



00781

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO

**EL TESTAMENTO
EN EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL
Fortalezas y Debilidades**

Tesis que para obtener el grado
de Doctor en Derecho presenta
CARLOS ALBERTO ORTIZ SOLALINDE

**TUTORA
DRA. HILDA PEREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO**

Ciudad Universitaria, Enero de 2005.

M343187

A mi familia:

Guillermo Ortiz Garduño
Ma. Guadalupe Solalinde de Ortiz

Clara Elisa
Caroline y Pamela Cox Ortiz

Guillermo y Adela
Guillermo, Gustavo y Cristóbal Ortiz Pichardo

Elena y Jesús
Elena y Jesús Mondragón Ortiz

A mi Alma Mater:

Universidad Autónoma del Estado de México
Universidad Anáhuac
Universidad Nacional Autónoma de México

Con agradecimiento a la:

Dra. Hilda Pérez Carbajal y Campuzano

A mis Familiares y Amigos.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo referencial.
NOMBRE: CARLOS ALBERTO ORTIZ SOLALINDE
FECHA: 17- Abril - 2005
FIRMA: [Firma]

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.	9
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	
I.1.- EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO.	14
I.1.1.- DERECHO CIVIL ANTIGUO.....	15
I.1.2.- DERECHO PRETORIANO.....	18
I.1.3.- DERECHO DEL BAJO IMPERIO.....	18
I.1.4.- DERECHO DE JUSTINIANO, ÚLTIMA ÉPOCA DEL DERECHO ROMANO.....	20
I.1.5.- EL DIGESTO.....	21
I.1.6.- EL LEGADO DENTRO DE LA SUCESIÓN EN EL DERECHO ROMANO.....	24
I.2.- EL TESTAMENTO EN EL DERECHO GERMÁNICO.	30
I.3.- CÓDIGO CIVIL FRANCES.	32
I.4.- EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL.	36
I.4.1.- LA LEY DE LAS SIETE PARTIDAS.....	37
I.4.2.-ORDENAMIENTO DE ALCALÁ DE HENARES...	40
I.4.3.- LEYES DE TORO.....	41
I.4.4.- CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL VIGENTE.....	42
I.4.5.- EL LEGADO EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.....	45
I.5.- DERECHO MEXICANO.	48
I.5.1.- INSTITUCIONES DE INDIAS.....	48
I.5.2.- CÓDIGO CIVIL DE 1870.....	50
I.5.3.- CÓDIGO CIVIL DE 1884.....	54
I.5.4.- CÓDIGO CIVIL DE 1928.....	60
CAPÍTULO II	
NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO SUCESORIO.	
II.1.- DERECHO SUCESORIO	63
II.1.1.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA SUCESIÓN.....	63
II.1.2.- TIPOS DE SUCESIÓN.....	67

	Pág.
II.2.- LA HERENCIA.	70
II.2.1.- TERMINO EQUÍVOCO.....	70
II.2.2.- OBJETO DE LA HERENCIA.....	73
II.2.3.- DERECHOS Y OBLIGACIONES TRASMISIBLES CON LA MUERTE.....	73
II.2.4.- DERECHOS Y OBLIGACIONES NO TRASMISIBLES CON LA MUERTE.....	74
 II.3.- EL HEREDERO.	 75
II.3.1.- CONCEPTO.....	75
II.3.2.- DESIGNACIÓN.....	76
II.3.3.- CARACTERÍSTICAS.....	77
II.3.4.- INCAPACIDAD E INDIGNIDAD.....	78
 II.4.- EL LEGADO.	 91
II.4.1.- CONCEPTO.....	91
II.4.2.- REGLAS APLICABLES A LOS LEGADOS.....	92
II.4.3.- CLASIFICACIÓN DE LOS LEGADOS.....	94
II.4.4.- ORDEN DE PAGO DE LOS LEGADOS.....	103
II.4.5.- INEFICIENCIA DE LOS LEGADOS.....	104
II.4.6.- CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LOS LEGADOS.	104
II.4.7.- CUMPLIMIENTO DE LOS LEGADOS.....	107
II.4.8.- CADUCIDAD DE LOS LEGADOS.....	108
 II.5.- EL LEGATARIO.	 108
II.5.1.- CONCEPTO.....	108
II.5.2.- DESIGNACIÓN VOLUNTARIA.....	109
II.5.3.- CARACTERÍSTICAS.....	109
II.5.4.- DIFERENCIAS ENTRE LEGATARIO Y HEREDERO.....	111
II.5.5.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS LEGATARIOS.....	112

	Pág.
II.6.- ALBACEA.	113
II.6.1.- CONCEPTO.....	113
II.6.2.- DESIGNACIÓN.....	114
II.6.3.- TIPOS DE ALBACEA.....	114
II.6.4.- OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL ALBACEA.....	115
II.6.5.- PROHIBICIONES.....	117
II.6.6.- CARACTERÍSTICAS.....	117
II.7.- SUCESIÓN TESTAMENTARIA.	119
II.8.- SUCESIÓN LEGÍTIMA.	120
CAPÍTULO III	
SUCESIÓN TESTAMENTARIA	
III.1.- DE LOS TESTAMENTOS EN GENERAL.	123
III.1.1.- CONCEPTO.....	123
III.1.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL TESTAMENTO	125
III.1.3.- CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO.....	127
III.1.4.- TIPOS DE TESTAMENTO.....	138
III.1.5.- MODALIDADES EN LOS TESTAMENTOS.....	171
III.1.6.- INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.....	182
III.2.- PROCESO SUCESORIO.	190
III.2.1.- TRAMITACIÓN JUDICIAL.....	192
III.2.2.- TRAMITACIÓN EXTRAJUDICIAL.....	196
III.2.3.- PROCESO ESPECIAL PARA EL TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO.....	201
CAPÍTULO IV	
EL NOTARIO PÚBLICO Y EL TESTAMENTO.	
IV.1.- EL NOTARIO PÚBLICO COMO FEDATARIO PÚBLICO.	206
IV.1.1.- CONCEPTO DE FE.....	206
IV.1.2.- CONCEPTO DE FE PÚBLICA.....	207

	Pág.
IV.2.- NATURALEZA DE LA INTERVENCION NOTARIAL EN MATERIA TESTAMENTARIA.	209
IV.2.1.- FE PÚBLICA NOTARIAL.....	212
IV.3.- EL NOTARIO PÚBLICO Y LA SUCESION TESTAMENTARIA E INTESTAMENTARIA.	221
IV.4.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO EN MATERIA DE TESTAMENTOS.	224
IV.5.- SANCIONES A QUE ESTA SUJETO LA ACTUACIÓN DEL NOTARIO PÚBLICO.	234
CAPÍTULO V	
FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL TESTAMENTO.	
V.1.- FORTALEZAS.	240
V.1.1.- FIGURAS AFINES AL TESTAMENTO.....	240
V.1.2.- SEGURIDAD JURÍDICA Y CREDIBILIDAD.....	251
V.1.3.- REGISTRO TESTAMENTARIO NACIONAL.....	251
V.2. DEBILIDADES.	257
V.2.1.- LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.....	258
V.2.2.- LA OBSOLESCENCIA DE LOS TESTAMENTOS ESPECIALES.....	266
V.2.3.-EL TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO...	270
V.2.4.- LA INEFICIENCIA DEL TESTAMENTO.....	283
CONCLUSIONES.	318
BIBLIOGRAFÍA.	329

INTRODUCCIÓN

“Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem summa fieri veli” (testamento es la justa expresión de nuestra voluntad en orden a lo que cada cual querría que se haga después de su muerte). Modestito.

El derecho sucesorio, encuentra su justificación, en la perpetuidad del derecho de propiedad del patrimonio de una persona al momento de su muerte, es decir, el conjunto de todos sus bienes, derechos y obligaciones, que no se extinguen por su muerte, los cuales tienen la posibilidad de ser transmitidos a las personas que por ley tienen este derecho o que por su voluntad expresa del titular, son designados para realizar esta sustitución.

Existen dos tipos de sucesión; la sucesión testamentaria y la sucesión intestada; la primera surge por la existencia de un testamento; la segunda se da por falta de testamento, cuando el testamento es declarado nulo, cuando el testamento es caduco, cuando el testador no dispone de la totalidad de sus bienes o cuando el heredero no cumple con la condición impuesta por el testador, y en estos casos, la ley es la que dispone la forma de liquidar el patrimonio del difunto.

Lo que da origen a la sucesión testamentaria es el testamento, el cual es un acto jurídico unilateral, personalísimo, formal, libre y revocable, 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.

El testamento como expresión de nuestra última voluntad, debe cumplir con todas las formalidades y solemnidades, para que esa voluntad no se afecte.

El heredero está considerado como un elemento de gran importancia dentro de la teoría testamentaria, ya que es el sustituto del *de cuius* en la titularidad del patrimonio y su nombramiento debe hacerse mediante testamento o por disposición

expresa de la ley y cuando la sucesión es a título particular, el sucesor se llamará legatario.

El hombre siempre busca trascender ya sea a través de sus descendientes, de sus ideas o de su patrimonio, como un acto consustancial a él. En este trabajo se pretende analizar el testamento como una norma, negocio, acto, e instrumento jurídicos, en si como una institución sólida que da certidumbre al autor del mismo, de que su voluntad será respetada al momento de su muerte, por lo que se le observa desde dos puntos de vista: Los elementos que la han fortalecido y los cuales consideramos lo han debilitado.

El testamento como figura jurídica es una institución que se ha consolidado a lo largo de la historia, como podremos ver en el primer capítulo de este trabajo, sus antecedentes los podemos encontrar desde el derecho romano y su desenvolvimiento se ha venido dando a través de distintas épocas y legislaciones, hasta llegar al contexto en que vivimos.

En el capítulo segundo analizaremos las nociones fundamentales de derecho sucesorio, que nos da el contexto jurídico en el que se encuentra inmerso el testamento dentro de la doctrina y nuestra legislación. Se analiza que elementos lo conforman, como son la herencia, el heredero, el legatario, los albaceas, etcétera.

En un tercer capítulo analizamos en que es la sucesión legítima y la testamentaria, esta última que deriva su existencia precisamente bajo el manto del testamento, que como se conceptualiza, cual es su naturaleza jurídica, sus características y los tipos de testamento que existen. De igual forma veremos lo que es el proceso sucesorio, su tramitación judicial y extrajudicial, así como el proceso especial que debe seguirse en el caso del Testamento Público Simplificado.

Posteriormente se estudia la función primordial que tiene dentro del testamento el notario público como fedatario público, la naturaleza de la intervención notarial en

materia testamentaria, así como la responsabilidad civil del notario en materia de testamentos y las sanciones a que está sujeto.

Del análisis del testamento se puede desprender que nuestra actual legislación contiene elementos que lo fortalecen como institución que da confianza y certidumbre a la última voluntad del autor del testamento, pero también contiene elementos que por la evolución de la sociedad se han quedado rezagados y por lo mismo, se han vuelto obsoletos y que requieren de adecuación, o bien, de su reemplazo; también se han creado elementos o formas dentro del mismo que con el fin de agilizarlo o hacerlo más expedito lo debilitan, ya que el testamento es un acto formal, que amerita darle toda la solemnidad y seriedad que le otorga la confianza que el autor del mismo otorga mediante la figura jurídica de que se ejecutará como lo dispuso después de su muerte.

Dentro de las fortalezas observamos elementos como lo son las figuras afines que se han creado con un espíritu semejante al del testamento, como pueden ser: la *donatio mortis causae* en el derecho romano, la estipulación a favor de tercero, el contrato de seguro de vida a favor de tercero beneficiario, el beneficiario designado en los contratos instrumentados por el Infonavit, el llamado testamento agrario, la renta vitalicia, y el beneficiario de las cuentas bancarias y bursátiles. La fortaleza que crea la seguridad jurídica y credibilidad que da el testamento, dentro de una crisis de credibilidad por la que pasa un gran número de instituciones en nuestro país. La gran fortaleza que representa para el testamento la creación del Registro Testamentario Nacional que da mucho más certeza en el sentido de que la voluntad del testador es la última que dictó en vida.

Como debilidades podemos observar la eliminación de los testigos como elementos fundamentales de la formalidad del testamento público abierto, la creación de un "testamento" como el público simplificado, que aunque su finalidad es viable, los elementos que lo conforman no le dan estructura necesaria para que la consecución

de su fin se de; así como la ineficiencia del propio testamento por motivos de invalidez como la inexistencia y nulidad del mismo.

Estas fortalezas y debilidades son tratadas en el último capítulo de este trabajo, como una crítica constructiva, haciendo propuestas para su solución y mejora, como una opinión, para que el lector la tome y pueda crear su propio concepto de la misma y establecer su criterio en las posibles modificaciones o mejoras que garanticen la consecución de los fines e ideales del testamento para las nuevas generaciones.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Sumario

I.1.- EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO

I.1.1.- DERECHO CIVIL ANTIGUO.

I.1.2.- DERECHO PRETORIANO.

I.1.3.- DERECHO DEL BAJO IMPERIO.

I.1.4.- DERECHO DE JUSTINIANO, ÚLTIMA ÉPOCA DEL DERECHO ROMANO

I.1.5.- EL DIGESTO.

I.1.6.- EL LEGADO DENTRO DE LA SUCESIÓN EN EL DERECHO ROMANO.

I.2.- EL TESTAMENTO EN EL DERECHO GERMÁNICO.

I.3.- CÓDIGO CIVIL FRANCES.

1.4.- EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

I.4.1.- LA LEY DE LAS SIETE PARTIDAS.

I.4.2.-ORDENAMIENTO DE ALCALÁ DE HENARES.

I.4.3.- LEYES DE TORO.

I.4.4.- CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL VIGENTE.

I.4.5.- EL LEGADO EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

I.5.- DERECHO MEXICANO

I.5.1.- INSTITUCIONES DE INDIAS.

I.5.2.- CÓDIGO CIVIL DE 1870.

I.5.3.- CÓDIGO CIVIL DE 1884.

I.5.4.- CÓDIGO CIVIL DE 1928.

I.1.- EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO.

El testamento es una clara intervención del genio jurídico romano.

En Roma, el testamento fue una institución muy importante, ya que con él se designaba a la persona que iba a continuar la figura del *Pater Familias*, prueba de esto es que los romanos, desde tiempos muy remotos, establecieron que para que el testamento tuviera validez, era indispensable la institución del heredero.¹

Las instituciones que se formaron al amparo del derecho romano representan un gran legado a nuestro marco jurídico, trascendiendo en el devenir histórico del Testamento hasta la forma como lo conocemos en nuestros días. Así fueron admitidas sucesivamente diversas maneras de testar por el Derecho Civil antiguo, por el Derecho Pretoriano y por las Constituciones Imperiales. Por lo que resulta esencial estudiarlo y conocerlo.

Los romanos gozaban de derechos como los siguientes:

1.- El *ius commercium* y el *ius connubium*, el primero se refiere al derecho que tenían los ciudadanos romanos de poder transmitir a título universal o a título particular, una parte o la totalidad de su patrimonio; el *ius connubium* se refiere a contraer matrimonio con todas sus consecuencias en el aspecto patrimonial.

Consecuencia del *ius commercium*, la *faccio testamenti*, que consistía en el derecho de transmitir universalmente un patrimonio a una persona a través de un testamento. Este derecho tenía dos aspectos fundamentales: la posibilidad de transmitir el patrimonio de acuerdo a las formas adecuadas y el de poderlas recibir sin ningún impedimento legal.

¹ D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 5ª edición, Pamplona, 1983, Pág. 334

Ulpiano definió a los testamentos como la "...manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte..."²

Por su parte Modestino lo definió como "...La manifestación legítima de nuestra voluntad de aquello que deseamos que se haga después de nuestra muerte."³

El testamento fue definido desde su origen como un acto jurídico de tipo solemne, personal, y el cual surtiría sus efectos después de la muerte del testador.

Un defecto en las definiciones mencionadas, consiste en omitir mencionar uno de los elementos esenciales que es la institución del heredero.

El maestro Magallón Ibarra nos señala "la palabra testamento toma su origen de *testatio mentis*: testimonio de la voluntad"⁴

Estas definiciones nos demuestran que en la época romana en la que se vivía, los testamentos tenían una forma determinada, razón por la que es importante analizar las distintas etapas del derecho romano y así ver la evolución que el testamento tuvo en cada una de ellas.

Existieron diversas maneras de testar según el periodo. El Derecho Civil antiguo, el del Derecho Pretorio, y el del Derecho del Bajo Imperio.

I.1.1.- DERECHO CIVIL ANTIGUO.

En esta primera etapa se conocieron originalmente dos formas de testar:

² PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Edesa, México, pág. 514.

³ BRAVO VALDES, Beatriz, *Segundo Curso de Derecho Romano*, 3ª. Ed., Editorial Pax, México, 1989, pág. 262.

⁴ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo V, Derecho Sucesorio, Editorial Porrúa, México, 1990, pág. 25.

a) Testamento *Calatis Comitiis* o en tiempo de paz.

Se encontraba reglamentado dentro del régimen de las leyes de las XII Tablas. El *Parterfamilias* designaba frente a los comicios a las personas que serían sus herederos y éstos lo aprobaban.

Este Testamento se podía hacer solamente en Roma, ya que ahí era el único lugar en el que se reunían las curias, y sólo lo hacían dos veces por año. Esto ocasionó que se dejara varios *Paterfamilias* intestados, lo cual tuvo como consecuencia que se hiciera una segunda forma de testar:

b) Testamento *In Procinctu* o durante la guerra.

“Se hacía delante del ejercito equipado y bajo las armas...”⁵ en esta el testador – solo en tiempo de guerra, y en cualquier lugar- podía hacer su testamento mediante una declaración en voz alta frente al ejercito, también lo podían hacer escribiéndolo con su espada en la arena o con sangre en su escudo.

Posteriormente surgió una nueva forma de testar:

c) Testamento *Per Aest Libram*.-

Quiere decir sobre la balanza y el cobre. El requisito para este tipo de testamento consistía en que debía haber el portabalanza, cinco testigos, un tercer amigo del testador que se convertiría en el *familiae emptor*, es decir, comprador de los bienes o del patrimonio (considerado un heredero), y el testador mismo. Acto seguido, el testador transfería su patrimonio a la persona en presencia del portabalanza y los testigos, pidiéndole que cumpliera con las disposiciones para cuando este muriera.⁶

Es importante señalar que la persona que el testador señalaba como un tipo de heredero, tenía que ser una persona realmente de su confianza ya que por una parte, no podía ser el hijo, porque se prohibía la *mancipatio* entre padre e hijo, y

⁵ *Op. Cit.* PETIT, Eugene, pág. 269.

⁶ *Op. Cit.* MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, pág. 28.

además una vez otorgado el mismo, este no podía ser revocado por el testador, su efecto era inmediato por lo que si no moría, estaba en la posibilidad de quedar sin bienes.

El perfeccionamiento de este testamento consistía en que al *familiae emptor*, se le daba un trato de albacea, el cual debía ser una persona de confianza y debía entregar la masa hereditaria a los verdaderos herederos.

Para elaborar este testamento se realizaban dos operaciones:

-Mancipatio de los bienes.- No se hacía la *mancipatio* tradicional, sino que se modificaban las palabras formales para que el *familiae emptor* quedara como depositario de los bienes.

-Nuncupatio.- Era la Declaración del Testador que se escribía en tablillas que contenían el nombre de los herederos y el conjunto de sus disposiciones testamentarias.

Estas dos formalidades debían cumplirse sin ser interrumpidas por ningún acto extraño al testamento, ya que de no ser así, sería nulo. Esta formalidad continúa hasta la actualidad.

Posteriormente el derecho civil aceptó otra forma de testar la cual era a través del:

d) Testamento Nuncupativo.

En este testamento el ciudadano podía testar oralmente por medio de una *nuncupatio* simple, es decir, declarando en voz alta el nombre del heredero y su última voluntad delante de siete testigos, que debían ser ciudadanos romanos *sui juris*.

I.1.2.- DERECHO PRETORIANO.

En este período la importancia en la mayoría de las solemnidades se fue perdiendo, dando fin a estas. El Pretor en Roma fue un gran promotor en contra de la rigidez del Derecho Civil, ya que ofrecía la sucesión pretoriana *Bonorum Possesio Secundum Tabulas*, al heredero instituido según un testamento en derecho civil.

Con la simple presentación del testamento el cual debería ir escrito en tablillas y contener el sello de los siete testigos que intervenían en él, o en su defecto, un solo sello e insertando los nombres del testador y de los seis testigos restantes, se le daba al heredero la posesión de los bienes de la masa hereditaria.

Esta reducción del testamento a un documento escrito, facilitó la forma testamentaria, por cuanto el testador podía completar su declaración en un documento separado: *codicilli*⁷ (diminutivo de *codex*), el cual podía ser una especie de apéndice del testamento, compartiendo su misma suerte. Generalmente era posterior a éste, o podía presentarse como un documento independiente; constituyendo así una forma menos solemne, pero que se reconocía como parte integrante del testamento cuando aparecía confirmado (previamente o *a posteriori*) en aquel; inclusive, sin aquella confirmación, valía para disponer encargos de confianza o fideicomisos, de forma que la historia de estos va íntimamente ligada a los codicillos.⁸

I.1.3.- DERECHO DEL BAJO IMPERIO.

Es en el último periodo, cuando vuelve a renacer el testamento nuncupativo del periodo del derecho civil.

⁷ *Op. Cit.* PETIT Eugene, pág. 584.

⁸ *Op. Cit.* D'ORS Álvaro, pág. 337.

En este periodo se simplificó la legislación sobre los testamentos y de la fusión de las reglas del Derecho pretoriano y del Derecho Civil nació una nueva forma de testar: el Testamento "*Tripartitum*" Triperto llamado así porque en él se combinaban el antiguo testamento civil, el del derecho imperial y las constituciones imperiales. Data del año 400 d.c.⁹

Las formalidades de este testamento consistían en que debía escribirse en unas tablillas, las cuales contenían la voluntad del testador, posteriormente en frente de siete testigos se las presentaba y podía entregarlas en forma cerrada en parte, si fuera su deseo conservar en secreto su contenido, y cada testigo ponía su *suscriptio* debajo del testamento, cerrándose después las tablillas, además cada testigo ponía su sello, escribía su nombre.

Todo lo anterior debía realizarse de forma continua sin ninguna interrupción.

En caso de no poderse realizar el testamento en forma ordinaria, se contemplaban formas especiales para realizarlo, las cuales eran:

- a) Testamento Militar
- b) Testamento Hecho por Cautivo
- c) Testamento Hecho por *sui juris*.

a) Testamento Militar.

Los emperadores otorgaban privilegios a los soldados, para contar con su apoyo, y uno de estos fue el derecho de testar de forma especial. Además era muy difícil cumplir con las formalidades testamentarias durante las campañas militares.

La voluntad del soldado constituía por si misma un testamento válido, confiaba su voluntad a otro soldado o escribiéndola con sangre sobre su escudo o trazándola

⁹ *Op. Cit.* MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, pág. 32.

sobre la arena con la punta de la espada. Esta voluntad debía ser cierta expresada seriamente.

La duración de este testamento era limitada, tenía vigencia durante la campaña militar en que era dictado y el año posterior a dicho término de campaña.

b) Testamento Hecho por un Cautivo.

Los cautivos y esclavos no tenían derecho de testar. Si el cautivo realizaba su testamento cuando estaba en libertad, dicho testamento era válido por el *ius postlimini*, de acuerdo al cual se consideraba a la persona que había dejado la cautividad como si nunca lo hubiera estado y recobraba sus derechos de ciudadanía. Si testó durante la cautividad, ese testamento no tenía ningún valor.

c) Testamento Hecho por un Impúber Sui Juris.

El Derecho Romano prohibía a los menores de 14 años otorgar un testamento, sin embargo existía una posibilidad de acuerdo al principio de que el testamento es un acto personal, basado en la figura de la sustitución pupilar, por la cual el *pater familiae* contaba con la facultad para nombrar a los herederos de su hijo impúber hasta que éste cumpliera la mayoría de edad y pudiera nombrar a sus propios herederos.

I.1.4.- DERECHO DE JUSTINIANO, ÚLTIMA EPOCA DEL DERECHO ROMANO.

En tiempos de Justiniano, existieron los llamados Testamentos Públicos, los Testamentos Privados u Ordinarios y los Testamentos Privilegiados.¹⁰

a) "*Testamenta Publica*" era aquel en que el testador declaraba verbalmente su voluntad ante la autoridad judicial, transcribiéndose en los registros judiciales o municipales: "*Testamentum Apud Acta Conditium*", o sea que se entregaban al emperador, el cual mandaba que se leyera en el *consilium principis* y después se

¹⁰ Op. Cit. PETIT, Eugene, pág. 517.

archivara: "*Testamentum Principi Oblatum*". En este tipo de testamento, se podía notar la ausencia de testigos testamentarios.

b) "*Testamenta Privata*" era el otorgado ante siete testigos y en los que no intervenía ningún tipo de autoridades o funcionarios. Podían formularse por escrito o verbalmente. (Este era el testamento *tripartitum* mencionado anteriormente).

c) "*Testamentum privilegiatum*". El derecho Justiniano, regulaba diversos tipos de testamento que gozaban de una situación de privilegio por la imposibilidad de observar todas las formalidades. Los principales eran el testamento militar (por razón de la persona del testador), el testamento "*ruri conditium*" (o rural, en el cual bastaban 5 testigos, por razón del lugar, y si algunos no sabían o podían escribir podían firmar otros por ellos), y el "*tempore pestis conditium*" (En tiempo de epidemia, y para evitar el contagio, no se exigía la concurrencia simultánea de los testigos al otorgamiento del acto, ni que se pusieran en relación directa con el testador).

I.1.5.- EL DIGESTO.

La palabra Digesto deriva del latín *digestum*, derivado a su vez de *digerere*, que significa distribuir, ordenar.

El Digesto o Pandectas es la colección de doctrinas de los jurisconsultos romanos, encomendadas por emperador bizantino Justiniano. El primer Digesto, codificado por Triboniano en 530 d.C., terminándose a los tres años y publicándose el 16 de diciembre de 533 d.C. se conoce con el nombre de *Digesta sive Pandecta Iuris*, y es considerado como la recopilación jurídica más importante del mundo. Tiene el valor de haber permitido la conservación de la doctrina jurídica clásica, sirviendo de nexo con el derecho moderno, a través de las constantes citas y referencias, como precedente y justificante de doctrinas y opiniones en la legislación moderna.

El Digesto se divide en 50 libros, éstos en títulos, que se subdividen en leyes.¹¹

Justiniano definió al testamento “como la declaración conforme a derecho que manifiesta nuestra voluntad sobre lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte (D.28,1,1)”.¹²

En el derecho de Justiniano la unidad del acto se conservó para el testamento, que se hacía en un solo acto.

En cuanto a los testigos testamentarios, éstos debían ser idóneos, sin exigírseles que entendieran el idioma del testador, siempre y cuando pudieran entender para lo que se les requería, estableciéndose su condición, atendiendo al momento en que sellaron el testamento.

Para que un testamento fuera considerado válido conforme al Derecho Civil y Pretorio, debía estar sellado por el testador y por los testigos, quienes podían sellar con el sello del mismo testador, pero si éste rompía los sellos, no se consideraba sellado el testamento.

En el caso de que un testigo sellara sin escribir su nombre, no se consideraba su testimonio válido, al igual que si escribía su nombre sin sellar. Se podía sellar el testamento de varias maneras; pero era preferible que se hiciera con el anillo, siempre y cuando estuviera grabado.

El Digesto estableció además, prohibiciones para ser testigos testamentarios, especificando a *contrario sensu*, quienes sí podían serlo.

¹¹ Los volúmenes que constituyen el código del DIGESTO han llegado hasta nosotros a través de copias realizadas en diferentes épocas y lugares, la más perfecta de ellas data de finales del siglo VI o principios del siglo VII y se le conoce con el nombre de *Pandectae florentinae*.

¹² *Op. Cit.* PETIT, Eugene, pág. 519.

No podían ser testigos en testamento:

- a) El condenado a causa de adulterio.
- b) El condenado por exacciones ilícitas.
- c) El hermafrodita, dependiendo del sexo que predominara en él.
- d) El Pródigo, pues no tenía testamentificación; ni el condenado como autor de un libelo difamatorio.
- e) El instituido heredero de un testamento, no podía ser testigo de ese mismo testamento.
- f) Los impúberes o los que estuvieren bajo la potestad del Testador.
- g) El loco, salvo momentos de lucidez.
- h) La mujer.
- i) El esclavo, ya que estaba excluido totalmente del derecho civil y hasta del derecho creado por el edicto del pretor.

El que había escrito el testamento, también era testigo válido, y el esclavo, aunque fuera ajeno, podía escribir el testamento con la autorización del testador.

Además se estableció quienes sí podían ser testigos en testamento:

- a) El padre y el hijo que estaba bajo su potestad, así como los dos hermanos que estaban bajo la misma potestad, podían ser testigos ambos en el mismo testamento.
- b) El legatario o el tutor, si no existía otro impedimento, como el ser impúberes o estar bajo la potestad del testador.
- c) El padre o el hermano de aquél que podía testar sobre su peculio castrense.
- d) El condenado conforme a la ley Julia sobre las exacciones ilícitas.

En el Digesto, también se contempló el testamento militar (D.29,1).

Asimismo, en el libro 29, capítulo VII, se hablaba del derecho de codicilo, estableciendo que el codicilo se consideraba una parte del testamento. El derecho de

codicilo era un derecho singular, de modo que lo que en ellos se escribía se consideraba como si hubiese sido escrito en el testamento.

Una vez hecho el testamento, aunque el codicilo no fuese confirmado en él, de él tomaba su fuerza. Los codicilos anteriores al testamento sólo se consideraban válidos si eran confirmados en testamento posterior o en un codicilo; sin considerarse válidas las disposiciones de último momento hechas de otro modo por el difunto. Una persona podía hacer varios codicilos, sin que fuera necesario que los escribiera o sellara de su propia mano.

I.1.6.- EL LEGADO DENTRO DE LA SUCESIÓN EN EL DERECHO ROMANO.

La institución del legatario en el Derecho Romano Antiguo se entendía como:

“Una disposición de última voluntad por la que una persona, directamente o por intermedio de su heredero, confiere a otra un beneficio económico a expensas de su propia herencia”.¹³

Así, el legado era una liberalidad de última voluntad, esta, tenía que ser dejada de una manera imperativa, ya fuere por un testamento o por un codicilo, por medio del cual el testador obligaba al heredero para que éste le diera algo a un tercero normalmente. Y donde el tercero, no adquiría ninguna deuda, ni ningún derecho de crédito, ya que no continuaba con la personalidad del testador.

El objeto de los Legados desde entonces, se constreñía tanto en cosas corpóreas como en cosas incorpóreas, así también, como legados de universalidad. En cosas propiedad del testador o cosas propiedad de un tercero, donde aquí el heredero era obligado a adquirirla y dársela al legatario, o bien darle el precio de la cosa, en caso de que el heredero no pudiera adquirirla.

¹³ *Op Cit.* BRAVO VALDEZ, Beatriz, pág. 262.

Dentro de los legados de cosa corpórea, los únicos que no podían existir, eran aquellos que se establecían sobre cosas estuvieren fuera del comercio o sobre cosas que no existieren o no pudieran existir. Tratándose de legados de cosas incorpóreas, el testador podía legar tanto derechos reales, como derechos de crédito.

Dentro de los derechos reales, éstos podían ser diversos, tales como: el de usufructo, el de servidumbre, el de habitación, el de uso, y otros.

Y por lo que hace a los derechos de crédito, éstos legados podían ser de deuda, de crédito, de libración de una deuda, entre otros.

Existían dos tipos de legados de universalidad; Uno era el legado de una parte de la herencia, y el otro era el llamado legado de peculio. El primero tenía por objeto, una cuota, que tenía que ser parte de la sucesión, cabe mencionar que aquí, el legatario nunca era considerado como un coheredero, ni como copropietario de las cosas materiales, ni tampoco podía ejercer la acción de petición de la herencia. El legado de peculio, era aquel que se relacionaba con los legados *per vindicationem*, ya que se le dejaban al legatario cosas corpóreas, y no directamente créditos o deudas.

Así, el legatario hacía una promesa frente al heredero de defenderlo contra las persecuciones que sufriera.

Son cuatro los tipos de legados o fórmulas que existieron en el derecho romano antiguo; estos según la formula que utilizaba el testador, eran:

- a) Legados per vindicationem
- b) Legados per damnationem
- c) Legados sinendi modo
- d) Legados per praeceptionem

a) Los legados per vindicationem.

Era aquel legado por virtud del cual, el testador decía que daba o legaba determinada cosa, incluyendo derechos reales, tales como el usufructo o las servidumbres, adquiriendo el legatario la propiedad de la cosa.

Cabe mencionar que la propiedad de la cosa legada, no debía pasar ni un instante por el patrimonio del heredero.

En este legado, era requisito, que el testador fuera propietario de la cosa que iba a legar.

No únicamente se tenía que ser propietario de la cosa en el momento de su fallecimiento, sino también debía serlo al momento en que la persona testaba.

Una excepción al anterior requisito, era aquel legado en donde se dejaban cosas ya fuera por medio de medidas, pesos, cantidades de dinero, etcétera.

b) Legados per damnationem.

Este legado, era aquel por virtud del cual, el testador obligaba al heredero, a realizar una determinada prestación, teniendo por lo tanto el legatario un derecho de crédito frente al heredero.

Esta clase de legado era el más amplio, ya que no únicamente se podían legar cosas de las cuales el testador era en ese momento propietario, sino que también el testador, podía legar sobre bienes futuros.

Así, el testador que había legado una cosa que no era de él, imponía al heredero la obligación de adquirirla para dársela al legatario, o a pagarle a éste el valor de la cosa, cuando el heredero no hubiera podido adquirir la cosa propiedad de un tercero.

c) Legados sinendi modo.

En un principio, el legado sinendi modo, tenía como principio fundamental, obligar al heredero, para con el legatario, a tomar la cosa legada.

Mas tarde, este legado, pasó a ser sinónimo del legado per damnationem, en donde se obligaba al heredero a dar la cosa al legatario. -

d) Legados praeceptionem.

Los legados per praeceptionem, eran aquellos en los que se legaba una cosa determinada, propiedad del testador, a un heredero. –además de su parte hereditaria-. Por lo tanto, si se legaba alguna cosa a una persona que no fuera heredera, el legado era declarado nulo según los sabinianos, o se tomaba como legado per vindicationem según los proculeyanos.

Es sólo hasta el año 64 de nuestra era, cuando bajo el imperio de Nerón se decide ser menos exigente en cuanto al uso de las cuatro fórmulas que debían usar los testadores. Ya que anteriormente, si el testador elegía mal la fórmula que debía haber utilizado, a pesar de su intención, el legado era declarado como nulo.

Así, se decidió que para el caso de que un testador hubiese elegido mal una fórmula de legado, este legado se tomaría como si fuese per damnationem, -En vez de ser declarado nulo- el cual como ya se dijo, era aquel en el cual se le imponía una determinada obligación al heredero.

Ya para el año 339 de nuestra era, la teoría de los cuatro legados, en los que se refiere a sus solemnidades, fueron anuladas por una constitución de los hijos de Constantino.

Aunque, para distinguirlos y para saber cual había sido la intención del testador, seguían subsistiendo las cuatro clases de legados.

Es hasta la época del emperador Justiniano, cuando éste a través una constitución logra agrupar las cuatro fórmulas de los legados en una sola clase, con el fin de que tuviera únicamente una sola naturaleza.

Así Justiniano, puso a disposición del legatario tres tipos de acciones: la reivindicatio, la acción personal, y la acción hipotecaria, lo que equivale a considerar al legatario como investido a la vez de un derecho de propiedad, de un crédito y de una hipoteca tácita.

Las tres acciones con la misma finalidad, que era la de "...asegurar la propiedad al legatario y permitirle escapar del concurso de acreedores del heredero"¹⁴

La acción *rei vindicatio* no podía nacer, cuando le había sido legada la cosa de otro.

La acción personal o también llamada *ex testamento*, se daba únicamente cuando el legado tenía por objeto: un hecho, una liberación, un crédito, una cosa ajena, o aquellas cosas fungibles que de momento no se tenían en la sucesión.

También la acción personal podía utilizarse para el caso de que el heredero hubiese destruido la cosa legada, o que el objeto legado ya no lo tuviere el heredero.

Si los herederos eran varios, la acción personal la tenía el legatario contra cada uno de los herederos, según la proporción que tuviera en la herencia.

La acción hipotecaria se daba cuando el legado no debía pagarse inmediatamente, y Justiniano quiso considerar este tipo de acción como una hipoteca tácita sobre la parte de la sucesión que estaba gravada por el legado.

Casos en que los podían ser declarados nulos:

¹⁴ *Ibidem*, pág. 269.

Los legados podían llegar a ser declarados nulos por tres diversas causas:

- a) *Ab initio*
- b) Por aplicación de la regla Catoniana.
- c) Por efectos de causas posteriores.

El legado podía ser nulo por *ab initio*, cuando le faltaba alguna condición esencial para su validez, como cuando se legaba una cosa que no podía ser legada, o cuando el legado era irregular.

Por aplicación de la regla Catoniana se establecía en síntesis, que aunque algún error en el legado en el momento de inscribirse era susceptible de desaparecer con el tiempo, el legado siempre seguía siendo nulo por la aplicación de esta regla.

Por efecto de causas posteriores, el legado se podía invalidar, ya fuera porque el legatario se incapacitara o muriera, cuando la cosa se perdía sin culpa del heredero, o cuando no se llegaba a realizar la condición.

La manera de adquirir los legados.

Para que se pudiera adquirir un legado, siempre era necesario, que tuviera lugar la *aditio hereditatis*, o también llamada aceptación de la herencia.

Ya en la época de la República, existió una jurisprudencia que atribuía determinados efectos al legado en el momento de la muerte del testador en caso de que éste fuera puro y simple, o al momento de cumplirse la condición suspensiva. Y tratándose de las leyes caducarias, al momento en que el testamento era abierto.

Esto era lo que los romanos llamaban *dies cedens*, o sea, el día en que se empezaba a deber el legado al legatario; donde a partir de ese momento, el legatario adquiría el pleno derecho sobre el objeto que era legado, derecho que se podía transmitir aun cuando el legatario muriera antes de la aceptación, y además la

cantidad y la extensión del legado eran fijados definitivamente al momento del *dies cedens* o momento en que se empezaba a deber el legado.

Pero la manera definitiva de adquirir el legado, era únicamente en el momento en que adquiría la herencia, esto era llamado el *dies veniens*, que era realmente cuando el legatario le podía exigir al heredero la entrega del legado.¹⁵

I.2.- EL TESTAMENTO EN EL DERECHO GERMÁNICO.

Para establecer las diferencias que caracterizaban al sistema germánico, verificaremos que en el no aparece la figura jerárquica del paterfamilias, puesto que en el grupo familiar estaba excluido. Sin embargo la única sucesión germana era la intestada, puesto que los testamentos fueron conocidos más tarde y merced de la influencia romana y de la Iglesia.¹⁶

En la época primitiva no conoce ningún derecho hereditario en el sentido de una pretensión individual sobre la herencia. Ante todo el patrimonio estaba vinculado a la comunidad doméstica o familiar.

Para el derecho antiguo eran desconocidas las disposiciones unilaterales de última voluntad, en el período franco fueron consideradas como eficaces desde un punto de vista jurídico-sucesorio las fundaciones en concepto de *utensilia pro exima*, cuando se había llevado a cabo sin contrato y sin dotarlas de eficiencia jurídico-real inmediata. Se consideraba natural y evidente que el causante dispusiese de su cuota o parte libre para la salvación de su alma; la Iglesia impulsó estas disposiciones con medios coactivos. El derecho testamentario romano influyó en este aspecto, puesto que reconoció la eficacia de la última voluntad unilateral. Estos testamentos de estilo antiguo quedaron limitados a ser un remedio por su alma. En la

¹⁵ *Ibidem*, pág. 280.

¹⁶ *Op. Cit.* MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, pág. 11.

edad media se ha salido de estos estrechos límites en algunas regiones como Sajonia

También en este sentido ejerció su influencia la Iglesia, ya que desde el derecho antiguo se había prestado su reconocimiento a los testamentos de los eclesiásticos y había abogado por la libertad de testar. Más importante fue, sin embargo, la circunstancia de que la idea del patrimonio doméstico comenzó a debilitarse y, al propio tiempo se fue considerando cada vez más fuerte el poder de disposición del individuo sobre su propiedad. De esta forma, el derecho alemán, especialmente en las ciudades, desarrolló, extrayéndolos de su propio ideario, los testamentos de estilo moderno: disposiciones unilaterales y revocables de última voluntad con una finalidad discrecional. El derecho alemán ha mantenido en esto fundamentalmente, el requisito de la publicidad de la donación; se exigía el otorgamiento del testamento ante el Tribunal o el Consejo o, por lo menos, su presentación por el testador.

A partir del Siglo XIV los testamentos fueron otorgados ante notarios. Lo esencial para este testamento alemán era que a diferencia del romano, no requería la institución de heredero, sino que podía limitarse a la disposición sobre objetos singulares del caudal relicto. Si no existía ninguna disposición de última voluntad, tenía lugar la sucesión hereditaria legítima y la testamentaria que podían coexistir una al lado de la otra en la misma "hipótesis sucesoria".

En el derecho moderno, a partir de la recepción el derecho testamentario romano va conquistando una fuerte influencia. Como forma testamentaria se recibió el testamento privado Justiniano con siete testigos rogados, forma que no logró abrirse camino en la práctica. Por el contrario, se mantuvo el otorgamiento público del testamento, junto con el testamento judicial presentado ante el tribunal o ante el juez en un escrito y fue reconocido el testamento notarial otorgado en las mismas formas. Ambos fueron recogidos por las legislaciones. El derecho vigente, junto a las formas públicas de testamento, ha reconocido el testamento privado de propia mano (ológrafo) y las formas testamentarias extraordinarias.

Fue recibido así mismo el principio de derecho romano de que todo testamento tiene que contener una institución de heredero, no necesario en todas las legislaciones locales alemanas.

Los testamentos mancomunados se utilizaron a partir del siglo XVI entre cónyuges. Su naturaleza fue muy discutida en el derecho común, siendo conceptuados a menudo como contratos sucesorios. Es preciso distinguir entre los testamentos meramente comunes, los cuales se limitaban a unir dos testamentos tan sólo en el aspecto externo, de los testamentos mancomunados, en los que dos personas se instituyen herederos recíprocamente; en este segundo caso las disposiciones de ambas partes dependen una de otra de tal forma que la revocación o realización de una afecta también a la otra. Algunas codificaciones han permitido este tipo de testamentos con carácter general; otras los han excluido por completo, pero en todo caso entre cónyuges.¹⁷

I.3.- CÓDIGO CIVIL FRANCÉS.

El Código Napoleónico contempla las disposiciones testamentarias en su Título II, Capítulo V.¹⁸

Las clases de testamento que contemplaba básicamente son: ológrafo; por acto público o auténtico y el cerrado o místico. Además señalaba las reglas particulares sobre los testamentos marino, militar y el hecho en el extranjero.¹⁹

En cuanto al testamento por acto público, se definió de la siguiente manera: “es aquel que es otorgado por dos notarios, en presencia de dos testigos o por un notario en presencia de cuatro testigos”, debiendo estar firmado mínimo por dos testigos, toda vez que éstos constituyen la solemnidad necesaria para la validez del acto.

¹⁷ PLANITZ, Hanz, *Principios de Derecho Privado Germánico*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957, pág. 374.

¹⁸ ARCE Y CERVANTES, José, *De las Sucesiones*, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 1992, pág. 98.

¹⁹ *Op Cit.*, MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, pág. 38

En cuanto al testamento otorgado en campaña, bastaba que estuviera firmado por uno de los testigos en caso de que el testamento haya sido otorgado por dos notarios; o era suficiente con la firma de dos de los cuatro testigos, si el testamento fue otorgado ante un notario. En todo caso, si todos los testigos sabían firmar, deberían hacerlo.

En cuanto a las prohibiciones para ser testigo en el testamento público abierto, se establecía que no podían serlo:

- a) Los legatarios, ni sus parientes o aliados en cuarto grado; y
- b) Los pasantes de los notarios.

En su artículo 895 se define al testamento como "un acto por el cual dispone el testador, para el tiempo en que ya no exista del todo o parte de de sus bienes", pero que puede revocar.²⁰

Los requisitos necesarios para poder testar eran el estar en perfecto estado de razón y tener 16 años, ya que los menores de edad sólo podían disponer por testamento de la mitad de los bienes; asimismo, para poder ser heredero se necesitaba no estar en una causa de indignidad y ser capaz.

Se establecieron disposiciones por las cuales se impedía heredar por testamento; es decir a los doctores en medicina; a los practicantes y farmacéuticos que hubiesen asistido a una persona en su última enfermedad y sólo por decreto del gobierno en el cual se aprobara, se podía heredar a los pobres, y a las instituciones benéficas.

Se prohibía que dos personas elaboraran su testamento en un mismo acto, por lo que se distinguió como un acto unilateral.

²⁰ *Ibidem*, pág. 102.

El estado era el último heredero, en el caso de no tener cónyuge, descendientes o ascendientes. El orden de herederos era primero descendientes, segundo ascendientes y por último el cónyuge.

En los testamentos existía la institución de la legítima, por la cual no se podía disponer de la totalidad de los bienes.

Los bienes que formaban parte de la legítima, debían ser repartidos de acuerdo a la forma en que se repartían las sucesiones intestadas. La forma de estos testamentos podían ser ológrafos, hechos en instrumentos públicos y en secreto.

Los testamentos públicos se otorgaban ante dos notarios con dos testigos o con un notario y cuatro testigos.

Este testamento se debía realizar en un acto continuo y el notario daba fe de que se cumplieran todas las formalidades, las cuales eran: El testador dictaba su testamento en presencia de testigos, luego se leía y si se estaba de acuerdo se firmaba, debiéndose poner la fecha y la hora del otorgamiento.

El testamento secreto consistía en que el testador dictaba o escribía su última voluntad firmándola, se cerraba y se sellaba. El testador se lo daba a un notario en presencia de 6 testigos y debía declarar que ese era su testamento, el notario escribía un acta y la firmaba el notario, el testador y los testigos.

Los testigos pertenecían al sexo masculino, mayores de edad y franceses en pleno goce de sus derechos civiles.

Este código también regulaba testamentos especiales que son: Marítimo, Militar y los hechos en el extranjero.

a) Testamento Marítimo.- Este testamento se otorgaba en buques del Estado o en particulares, se otorgaban ante quien ejerciera el mando en la embarcación y ante dos testigos. Se realizaba por duplicado y uno de los ejemplares se entregaba en el primer puerto en el cual existiera un Cónsul Francés y éste lo remitía al Ministerio de Marina, quien lo depositaba en el juzgado de paz del pueblo en el que tuviera su domicilio el testador.

La validez de este testamento dependía de que el testador muriera durante el viaje o durante los tres meses siguientes a su desembarco.

b) Testamento Militar.- Este testamento podría otorgarse en el país en el cual se encontraran los militares o empleados del ejército, se otorgaba ante el jefe del batallón o ante el oficial de mayor jerarquía, ante dos testigos.

La validez de este testamento era durante el tiempo que durara su misión; en los cuarteles fuera de Francia o en su caso, cuando fuesen prisioneros de guerra, los seis meses siguientes a su regreso.

c) Testamentos hechos en el extranjero.- Este testamento permitía que los franceses que se encontraban en el extranjero realizar su testamento, en un acta privada o de acuerdo a la legislación del lugar en el que se encontraran, para poder ejecutarse sobre bienes ubicados en Francia, era necesario inscribirse en el domicilio del testador en Francia y también en el domicilio del pueblo en el cual estuvieran los bienes.

El Código Civil francés vigente sigue en muchas de sus disposiciones, los lineamientos marcados por el Código Napoleónico, tales como las prohibiciones para ser testigos testamentarios.

Este Código Francés contemplaba los legados universales y particulares; los primeros los definía como: "la disposición testamentaria por la cual el testador deja a una o varias personas la universalidad de sus bienes después de su fallecimiento".²¹

Todos los Testamento anteriores podían ser revocados por uno posterior y siendo este el caso solo se anulaba la parte que fuera incompatible.

I.4.- EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Durante la baja edad media se observa en occidente un vivo interés por el Derecho Justiniano, a raíz del redescubrimiento del Digesto en el Norte de Italia y de la necesidad de un derecho racional y unificado en Europa occidental.

En España surgen los condados y cambia la influencia de sabor germánico al romanista, encontrando apoyo este último en el Derecho Canónico. La iglesia aceptó el Derecho Romano como supletorio del Canónico. Esta alianza de los dos derechos logro cambiar el tono del sistema jurídico español de la baja edad media.

Castilla es quien más busco la unificación jurídica a través de Alfonso X El Sabio, las obras jurídicas de este último comprenden dos ramas:

- La Legislación Positiva
- Las condiciones moralistas y filosóficas acerca del Derecho.

Una combinación de ambas se encuentra en la obra jurídica de Alfonso X: Las Siete Partidas en las que predomina el Derecho Romano y que fueron tomadas como derecho supletorio oficialmente un siglo después por Alfonso XI a través del Ordenamiento de Alcalá de Henares.

²¹ *Ibidem*, pág. 105.

La cristalización de la vida española en ciertas cortes monárquicas, la unión de las coronas de Castilla y Aragón consolida sus reinos. Las Ordenanzas Reales de Castilla compilan pero crean un laberinto de Derecho Positivo Español complicado, aún más por el prestigio que gozaban. Las Leyes de Toro (83) de 1505 vinieron a resolver grandes dudas, admitiendo no sin antecedentes el testamento por mandatario, reglamentando las mejoras y los mayorazgos.

La historia del Derecho español es posible seguirla a través de los pueblos godos, pues estos al haber invadido el territorio español, instauraron su régimen jurídico, el cual tenía una marcada influencia romana.

I.4.1.- LA LEY DE LAS SIETE PARTIDAS.

El origen del testamento en el Derecho español se encuentra en el Derecho Romano; así, la mayor parte de las solemnidades y requisitos de la Ley de las Siete Partidas, tiene como antecedentes los diferentes periodos del Derecho Romano.

La Ley de las Siete Partidas fue creada por el señor Rey Don Alfonso, en la Villa de Alcalá de Henares, en el año de 1386.

Las partidas reprodujeron las disposiciones romanas del Imperio y exigían además de la solemnidad interna (institución de heredero, sin la cual el testamento no era válido), las externas (unidad de contexto y asistencia simultánea de siete testigos).

La legislación referente a testamentos, se encuentra en la Sexta Partida, Título I y admitió el testamento abierto que se elaboraba en forma escrita y nuncupativa, exigiendo solemnidades que se mantenían como absolutamente necesarias para la validez del acto.

Los testamentos podían ser divididos en dos grandes grupos: en comunes y en privilegiados. Los testamentos comunes, eran aquellos en los que se cubrían todos y cada uno de los requisitos que establecía la ley.

Por el contrario, se llamaban testamentos privilegiados, aquellos en los que, por alguna circunstancia externa, no se podía cumplir con algún requisito, y por el contrario, exigían algún requisito especial diferente al de los comunes.

Los testamentos comunes a su vez se dividían en dos grupos, a saber: Los primeros llamados *Nuncupatium*, nuncupativos o también abiertos. Y los segundos llamados cerrados o *in scriptis*.²²

Los testamentos abiertos eran aquellos en los que, tanto el notario como los testigos, en general, podían conocer el contenido del mismo, teniendo el testador, la facultad de poder elegir de entre varias formas, entre las que se encontraban las siguientes:

Primero.- Que el testador acudiera ante el notario y tres testigos vecinos del lugar a otorgar su testamento.

Segundo.- Que lo otorgara ante cinco testigos, pero en ausencia del notario.

Tercero.- Aquel que se contemplaba para las épocas de peste, el cual sólo requería la presencia de tres testigos vecinos del lugar.

Cuarto.- Aquel testamento que se podía otorgar para el caso de que los testigos no fueren vecinos del lugar, requiriéndose que fueran siete los mismos.

Los testamentos en forma Cerrada, eran aquellos los que, el testador redactaba su última voluntad sin que los testigos ni el notario la supiese, ya que estos últimos, sólo concurrían, los primeros a firmar y el segundo a dar autenticidad (es decir, a firmar y sellar) sobre la cubierta del mismo.

²² GARCIA GOYENA, Florencio, *Concordancia Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Tomo II, Libro Tercero, Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, México, 1878, pág. 19.

Hecho el testamento de la manera anteriormente citada, se necesitaba que el mismo fuera llevado ante un proceso de adverbación; es decir, se tenía la obligación de llevar el testamento al alcalde (autoridad judicial) dentro del siguiente mes de fallecido el autor de la sucesión, para que éste lo certificara y posteriormente se pasara a su protocolización.

Ya desde entonces, según la Ley 24 de la Sexta Partida, el testamento podía ser declarado nulo, para el caso de que el testador hubiere roto la cubierta del mismo, o tachado la firma o el sello del notario.

Otras clases de testamentos conocidos por la Ley de Siete Partidas, fueron principalmente: los llamados testamentos Mancomunales, los Ad Cautelam, y los hechos por Comisario.

Se llamaban testamentos Mancomunales, aquellos por virtud del cual dos personas se instituían recíprocamente herederos, o instituían heredero a un tercero. Dentro del primer supuesto, casi siempre era otorgado por el marido y la mujer.

Los Testamentos Ad Cautelam, eran aquellos en los que, el testador hacía mención dentro del otorgamiento de este, que cualquier otro testamento otorgado posteriormente por él, no valdría salvo que se mencionara dentro de una cláusula especial, y de manera clara y determinante la revocación del anterior.

El testamento hecho por Comisario, era aquel otorgado por una persona a nombre de otra y en virtud del poder que se le confería.

La capacidad que se requería tratándose en materia de legados, según las Partidas, era la misma que se requería para testar o para ser instituido heredero, y se perdían por las mismas causas de indignidad que establecía la testamentifacción pasiva que era la capacidad para ser instituido heredero o de poder adquirir por testamento, (recordando que la testamentifacción activa era la facultad que tenía la persona de

cualquier sexo que no estuviera comprendida en los casos de incapacidad, para poder entregar testamento ya fuera por su propio derecho o por medio de un representante).

Las incapacidades se dividían en dos: en absolutas y relativas. Teniendo la incapacidad absoluta entre otras las corporaciones ilícitas, los deportados, los

condenados por libelo, hurto y homicidio; los herejes, los religiosos, moros, judíos y apóstatas (aunque fuera sucesión intestamentaria), asimismo los llamados hijos abortivos. Tenían incapacidad relativa, los hijos adulterinos, o sea aquellos concebidos de mujer casada con hombre casado, los hijos incestuosos, los hijos sacrílegos, los hijos naturales, el confesor en la última enfermedad, su iglesia, su religión o convento, y también las personas de mala vida o mala fama.

I.4.2.- ORDENAMIENTO DE ALCALA DE HENARES.

El Ordenamiento de Alcalá de Henares del 8 de febrero de 1386, modificó el régimen de testamentificación, otorgándole mayor sencillez y estableciendo una ley única consagrada en el Título XIX.

Dicho ordenamiento suprimió la solemnidad interna de la institución de heredero y exigió la vecindad de los testigos estableciendo una diversidad de formas para el testamento abierto, el cual podía otorgarse ante escribano público y tres testigos vecinos, o ante cinco testigos también vecinos, sin escribano.

En caso de que no pudieran avisarles a los testigos, se requieren mínimo tres. Además, estableció la validez del testamento hecha sin institución de heredero.

Como podemos observar, en este ordenamiento, aparece la figura del “escribano público”, además de que ya se permite otorgar testamento sin institución de heredero, por lo que desaparece desde ese momento como solemnidad interna.²³

I.4.3.- LEYES DE TORO.

Dichas leyes fueron hechas en Toro, en el año de 1505, por los Reyes Católicos; y se encuentran contenidas en la Novísima recopilación. Constituyendo un total de 83 leyes.

Establecen en su Ley I que, en todo lo que no esté claro por dicho ordenamiento, serán supletorios las leyes de los fueros municipales de cada Ciudad, Villa o Lugar; y en lo que en dichas leyes no se pudiera determinar, sería supletoria la Ley de las Siete Partidas.

La Ley III establece que en todo lo relativo al número de testigos requeridos para otorgar testamento abierto o *nuncupativo*, sería aplicable la Ley de las Siete Partidas.

En cuanto al testamento cerrado o *in scriptis*, requería de siete testigos y un escribano.

Las Leyes de Toro, contienen también una regulación especial para el caso de que un ciego quisiera otorgar testamento, en el cual se requería cuando menos de cinco testigos.

En el supuesto de que un testamento no cumpliera con los testigos requeridos, no tenía fe ni hacía prueba en juicio.

²³ PUIG PEÑA Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Sucesiones, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 96.

En la Ley IV se establecía que el condenado por delito a muerte civil o natural, podía hacer testamento o dar poder a otro para que lo haga por él, como si no hubiese sido condenado.

Estas formas de testamento abierto o nuncupativo, estuvieron en vigor hasta la publicación del Código Civil Español vigente, el cual admite una sola modalidad ordinaria del testamento abierto.

I.4.4.- CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL VIGENTE.

El Código Civil Español es muy parecido al Francés, y admite la clasificación de los testamentos en comunes y especiales. En los primeros concurren solemnidades ordinarias y en los segundos extraordinarias o excepcionales.

Los testamentos comunes, según el Código, son el ológrafo, el abierto y el cerrado; y los especiales son: el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

El testamento abierto es uno de los tres testamentos comunes admitidos por el Código Civil Español, y es aquel en el que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone (Art. 679), entendiéndose entonces (Art. 694), que deberá ser otorgado ante notario y "tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, a lo menos, sepa y pueda escribir...".

Esta exigencia de la intervención de un notario, se describe en el artículo 694 conforme al cual el testamento abierto debe ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.²⁴

En consecuencia:

²⁴ *Ibidem*, Pág. 255.

a) Deben ser tres testigos, y estar presentes con el testador durante todo el acto del otorgamiento del testamento.

b) Deben ser testigos idóneos, es decir, que no tengan causas de incapacidad al tiempo de otorgarse el testamento y que además:

- Veán y entiendan al testador, al igual que al notario.
- Que uno de los testigos cuando menos, sepa y pueda firmar, lo cual se establece para evitar el peligro de fraudes y simulaciones, y dar cumplimiento al precepto establecido por el artículo 695 en relación a cuando alguno no supiere firmar (sea testigo o sea el propio testador).

c) La intervención de los testigos está llena de obligaciones, como lo son el deber de manifestar su nombre y demás circunstancias que aseguren su idoneidad, y la obligación que tienen de expresar si conocen o no al testador, para que en caso negativo se utilicen los procedimientos supletorios de identificación, deben formar juicio sobre la capacidad testamentaria del otorgante, escuchar la lectura del testamento o leerlo en su caso, por si mismos y firmar el testamento o declarar que no lo hacen porque no saben o porque no pueden, y en su caso, firmarlo por el testador a su ruego, cuando éste no lo pueda hacer. (Art. 695).

Además se considera forzoso que el testador emita su declaración de voluntad ante el notario y los testigos y que éstos se enteren de las disposiciones testamentarias.

Finalmente, el testamento abierto debe ser custodiado en el protocolo notarial.

El Código Civil Español, no establece quienes pueden ser testigos en los testamentos; sino únicamente dice quienes son incapaces de serlo, siguiendo de ésta manera un procedimiento negativo, por lo que se entiende que son capaces todos los que no estén expresamente excluidos.

De ésta manera, el artículo 681 dispone que no podrán ser testigos en los testamentos:

- a) Los menores de edad, salvo en caso de epidemia.

- b) Los no domiciliados en el lugar del otorgamiento, a no ser que aseguren conocer al testador y el notario conozca a éste y a aquellos, o en los casos exceptuados por la Ley.
- c) Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.
- d) Los que no entiendan el idioma del testador.
- e) Los que no estén en su sano juicio.
- f) Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos y privados o por el falso testimonio, y los que estén sufriendo pena de interdicción civil.
- g) Los oficiales, auxiliares, copistas, subalternos y criados, cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo por afinidad del notario autorizante.

Además de establecer prohibiciones generales para ser testigo en un testamento, el Código Civil Español establece prohibiciones especiales para ser testigo en los testamentos abiertos, como lo son: los herederos y legatarios en él instituidos, los cónyuges o los parientes de aquellos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo en afinidad. (Art. 682).

No están comprendidos en esta prohibición los legatarios ni los cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

Si el testador se encuentra en peligro de muerte, el testamento se puede otorgar ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario; y en caso de epidemia, puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de notario ante tres testigos mayores de dieciséis años.

I.4.5.- EL LEGADO EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

Al igual que el testamento el legado y la mayoría de las instituciones del derecho civil español, fue tomado del derecho romano y reglamentado por las leyes de Partida, donde según la Partida sexta, el testador podía dejar una porción de los bienes, además de los dejados al heredero, ya fuera a éste o a terceras personas a manera de testamento o de codicilo.

Modo el fin que tuviera el testador, y por demostración, la descripción o explicación de la cosa que iba a ser legada.

Cabe mencionar que en el caso de que el testador expresara una causa falsa, este acto no viciaba el legado, con la condición de que el testador no indicara de modo claro lo contrario. También, un legado no podía ser invalidado, si la explicación o descripción de este era inexacto, siempre y cuando, este podía ser conocido por los herederos, al saber estos a que bien se refería el testador.

En cuanto al modo, el legado tampoco se perdía si en determinado momento, el legatario había puesto por todos los medios el fin propuesto por el testador.

Ya en el derecho civil español antiguo había mandas conocidas por los tratadistas como legados de cosa ajena, legados de genero, de especie, de alimentos, de liberación, de parte alícuota, entre otros, de los cuales son el antecedente de los mismos en el derecho civil mexicano, y que de los más importantes eran:

El legado de la cosa ajena, en el cual, el testador no sólo podía legar aquellas cosas que existieran en el momento en que la manda o el legado se constituyera, sino que podía legar cosas futuras, siempre y cuando estas nacieran.

También el testador podía legar cosas que no eran de su propiedad, (siempre y cuando este supiera. Ya que de ignorarlo, el legado quedaba sin valor alguno, se

invalidaba, con la única excepción de que este se hiciera a favor de personas allegadas al testador.) sino que obligaba al heredero a que adquiriera la cosa legada para dársela al legatario, si el primero no podía adquirirla, se tenía la obligación de dar el valor del bien.

También se tenía la obligación de dar al legatario el valor del bien, en caso de que este hubiera adquirido de manera onerosa el bien, después de que el testador hubiere constituido el legado.

Además de los legados de cosa ajena en el derecho español, también existían los legados de género y especie.

Los legados de género, eran aquellos que: pudiendo ser de cosa propia o ajena, se hacían de una cosa indeterminada, la cual no se especificaba, teniendo el heredero la obligación de entregar al legatario, una cosa de mediana calidad, con todo y los frutos únicamente desde que el heredero se constituía en mora, es decir, no tenía derecho a los frutos pendientes.

Si el legado no se encontraba dentro del caudal hereditario, entonces el heredero se veía obligado a adquirir esa cosa genérica y dársela al legatario.

El legado en especie. Así como en el derecho mexicano, este consistía en dejar al legatario una cosa ya determinada la cual podía crear confusión con alguna otra.

En este legado, el legatario si tenía a percibir los frutos pendientes, ya que este se adquiría desde la muerte del testador.

Otro legado también conocido en nuestro derecho, era el legado de alimentos, el cual consistía en aquel mediante el cual, el testador dejaba a una persona determinada: casa, vestido y alimentación. Y solo cuando este lo hacía de manera expresa se daba la educación.

Dentro de este mismo legado existía también, el legado de alimentos diarios, el cual, únicamente tenía la obligación el heredero de dar la comida.

El legado de liberación, era aquel legado mediante el cual el testador tenía el derecho de legar a su deudor de una manera o tácita, la deuda que se tuviera, extinguiendo por consiguiente la acción de reclamar la cantidad adeudada.

El legado de deuda, que era aquel mediante el cual el testador legaba a su acreedor la cantidad que le debiese.

Legado de parte alícuota, era aquel legado mediante el cual el testador dejaba al legatario el derecho de una parte proporcional a la herencia.

Otro derecho importante que tenía el heredero sobre el legatario, tanto en derecho romano como en la legislación de la Partida, fue el de la Cuarta Falcida, que en sí, consistía en la facultad que tenía el heredero sobre los legados o las mandas, para cuando hubieran terminado de una manera completa o casi completa el caudal hereditario.

Pudiendo entonces el heredero extraer la cuarta parte de ella, o la diferencia que hubiere una vez pagadas todas las deudas.

Cuatro cosas no eran objeto del derecho de la Cuarta Falcidia: Aquello que era dejado a la iglesia, los bienes dejados en testamento militar, los bienes determinados y legados con cláusula de no enajenar, y aquellas respecto de las cuales el propio testador las hubiera prohibido.

I.5.- DERECHO MEXICANO.

I.5.1.- INSTITUCIONES DE INDIAS.

El Derecho Castellano es únicamente supletorio del Derecho Indiano. No existía una gran diferenciación sobre lo público y lo privado.

La falta o escasez de normas jusprivatistas, en las Indias las fuentes del Derecho Castellano eran predominantes.

En materia de sucesiones, fuera de complicadas reglas y discusiones sobre la sucesión en encomiendas, mayorazgos y cacicazgos, el derecho indiano sólo añade al fondo general castellano el muy informal "Testamento de Indias", algunas medidas para proteger la libertad testamentaria contra presiones por parte del clero, y reglas minuciosas para garantizar la debida administración de las sucesiones abiertas en las Indias, que debían ser remitidas a herederos domiciliados en la Península.²⁵

La aristocracia trataba de lograr o garantizar su subsistencia a través de las "vinculaciones o mayorazgos": El representante privilegiado de la familia (generalmente el hijo mayor) en cada generación, recibía los bienes inmuebles, no en propiedad, sino en fideicomiso para el representante privilegiado de la próxima generación, de modo que no podía venderse o gravarse, vinculados para siempre en una familia determinada.

Esto tenía fines fiscales pues no generaban recursos al fisco por estar en manos muertas lo que se compensaba de alguna manera –cuando el mayorazgo empezó a ser impopular- con un impuesto único del 15% del valor de los bienes vinculados.²⁶

²⁵ FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, Textos Universitarios UNAM, México, 1971, pág. 50.

²⁶ *Ibidém*, Pag. 62.

Los tipos de testamentos que existían eran los siguientes:

Testamentos nuncupativo, el cual comúnmente se llamaba abierto porque en él declaraba el testador por palabra su voluntad.

Testamento ein scritis (o cerrado), el cual se otorgaba ante siete testigos y un escribano, los que ponían sus firmas en la cubierta de dicho testamento.

Las solemnidades requeridas por el testamento nuncupativo eran las siguientes:

a) Se debía testar con unidad de contexto.

b) Dicho testamento debía estar asistido por tres testigos cuando menos, vecinos del lugar donde se otorgara el testamento.

c) Debía de ser otorgado ante escribano público, pues si se hiciera sin él, debía de haber cuando menos cinco testigos vecinos si los hubiera; y en caso de que no hubiera cinco testigos ni escribano en el lugar, se requería por lo menos la presencia de tres testigos vecinos del lugar.

Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las demás cualidades requeridas por el derecho era válido.

e) Debía ser escrito en papel sellado.

En relación con las formas de testar y las cualidades que debieran de cumplir los testigos para acudir a testamento, rigieron en la Nueva España las disposiciones legales que estaban vigentes en la Metrópoli, mismas que ya estudiamos anterioridad, por lo que únicamente se señalan los puntos divergentes.

En el Derecho de Indias se establecieron los testigos en el testamento como una verdadera solemnidad, evitando así las falsificaciones testamentarias o su corrupción; por lo cual, si un testamento carecía de dichas solemnidades, se consideraba como injusto o nulo.

En cuanto a las prohibiciones para ser testigo en un testamento, podemos remontarnos al estudio del Derecho Español, específicamente a la Ley de las Siete Partidas, toda vez que no existió modificación alguna, excepto por la ampliación a ésta prohibición para el padre en el testamento de su hijo, así como el hijo en el testamento del padre y por último los herederos, o sus parientes hasta el cuarto grado.

Como podremos observar, no existía prohibición para los legatarios, ni para que fungieran como testigos parientes entre sí, siempre y cuando no lo fueran del testador o del heredero.

El testamento que cumpliera dichas solemnidades, aunque no se hubiera instituido en él heredero, era válido.

1.5.2.-CÓDIGO CIVIL DE 1870.

El Código Civil de 1870, definía el testamento en su artículo 3374 de la siguiente manera:

“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”.

El testador como quedaba definido sólo podía disponer de sus bienes, omitiendo sus derechos y deberes, por lo que era una definición muy restringida para el difunto. Este concepto del testamento se tomó del artículo 1739 del Código Civil Portugués y del artículo 662 del proyecto español de 1882, no tomando en consideración que muchas veces en el testamento se hacen revelaciones de paternidad, se reconocen deudas y se expresan datos de toda especie.

En este Código no se admitió la libertad de que el testador pudiera disponer de sus bienes para después de su muerte, sino se limitó tal libertad de testar.

Al respecto Rojina Villegas señala: “En realidad se instituyó un régimen en el cual el testador sólo podía disponer de una parte pequeña de sus bienes, dejando el resto a sus herederos consanguíneos en línea recta ascendiente o descendiente; a ésta se le llamó institución legítima”²⁷

En su artículo 3460 este Código Civil señalaba: “Legítima es la porción de bienes destinada por la ley a los herederos en línea recta, ascendientes o descendientes, que por ésta razón se llaman forzosos”.

Por institución legítima se entendía la porción de bienes que forzosamente debería dejar el testador a sus parientes consanguíneos en línea recta, ascendientes o descendientes, y en caso de que el testador no cumpliera con esta disposición establecida por la ley, era nulo dicho testamento, lo que quedaba reforzado en el artículo 3461 que señalaba “El testador no puede privar a sus herederos de la legítima, sino en los casos expresamente designados por la ley”.

La noción de una legítima supone una legislación que en principio reconozca la libertad de testar, pero que no la considera absoluta. Es un compromiso entre el derecho individual y el derecho familiar.

De acuerdo con lo establecido por el Código Civil de 1870, cuando el testador tenía hijos legítimos o legitimados, a éstos les correspondía las cuatro quintas partes del caudal hereditario; es decir, que se deducían las deudas y se obtenía el remanente, y de éste remanente el testador podía disponer de una quinta parte. Por tal razón, se comprendía que el testador estaba limitado por la ley para disponer libremente de sus bienes. En su artículo 3463 disponía “La legítima consiste en cuatro quintas partes de los bienes, si el testador sólo deja descendientes legítimos o legitimados; en dos tercios, si solo deja hijos naturales; y en la mitad, si sólo deja hijos espurios”.

²⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*. Tomo IV, 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 349.

La sanción impuesta en el Código Civil de 1870, fue declarar inoficioso el testamento. Naturalmente que si los herederos forzosos morían antes que el autor de la herencia, quedaba ya sin efecto la legítima y podía ya disponer libremente éste de la parte que caducó.

En su artículo 3498 señalaba: “El que no tiene herederos forzosos, puede disponer libremente de sus bienes a favor de cualquier persona que tenga capacidad legal para adquirirlos”.

También se aceptó causas de desheredación y fijo como en el Derecho Español, la porción legítima que debía reconocer necesariamente a los parientes consanguíneos.

El legislador mexicano al abordar el tema del testamento en el Código de 1870 en su parte redactora señaló las razones de no admitir el testamento ológrafo considerando el terrible peligro de su falsificación; más aún con los adelantos de lo que llamaban “pernicioso” arte de imitar no sólo la firma, sino todos los caracteres con que una persona acostumbra escribir.²⁸

En este Código se establecieron seis tipos de testamento, que eran los siguientes:

- a) Testamento Público Abierto.
- b) Testamento Público Cerrado.
- c) Testamento Privado.
- d) Testamento Militar.
- e) Testamento Marítimo.
- f) Testamento Hecho en País Extranjero.

Los testamentos en cuanto a su forma podía ser público o privado:

Público: Era aquel otorgado ante notario y tres testigo idóneos y se extendía en papel sellado, pudiendo ser abierto o cerrado.

²⁸ *Op. Cit.*, MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, pág. 39.

Privado: Era aquel otorgado ante testigos sin la intervención de notario, pudiendo o no extenderse en papel sellado. Este tipo de testamento era abierto.

Se prohibió ser testigo testamentario a las siguientes personas:

- a) Los amanuenses del notario que autorice.
- b) Los Ciegos y los que no entiendan el idioma del testador.
- c) Los totalmente sordos o mudos.
- d) Los que no estén en su sano juicio
- e) Los que no tengan la calidad de domiciliados, salvo los casos que la misma Ley exceptuaba.
- f) Las mujeres
- g) Los varones menores de edad.
- h) Los que hayan sido condenados por delito de falsedad

Para que un testigo se le declarara inhábil era necesario que la causa de la inhabilidad hubiera existido al tiempo de otorgarse el testamento.

Tanto el notario como los testigos tenían la obligación de conocer al testador o de certificarse de algún modo su identidad y de que se hallaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción. En el supuesto de que la identidad del testador no pudiese ser verificada, se declaraba ésta circunstancia por el notario o por los testigos en su caso, agregando todas las señales que caracterizaran la persona de aquel.

Carecía de validez el testamento mientras no se justificara la identidad del testador. En cuanto a los testigos, si alguno no sabía escribir, firmaba otro de ellos en su lugar; pero por lo menos debía constar la firma de dos testigos.

Si el testador no podía o no sabía escribir, intervenía otro testigo más que firmaba a su ruego. En caso de extrema urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmaba por el testador uno de los testigos instrumentales, haciéndose constar esta circunstancia.

Todas estas formalidades debían cumplirse acto continuo, dando fe el notario de ésta situación.

Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedaba el testamento si efecto.

I.5.3.- CÓDIGO CIVIL DE 1884

Este Código Civil definía al testamento como:

“El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento”²⁹

A partir de este Código existió la prohibición de testar en el mismo acto dos o más personas, ya que siempre se ha considerado al testamento como un acto personalísimo.

La forma de estos testamentos podía ser público o privado y los públicos podían ser abiertos o cerrados y los privados solo podían ser abiertos. Por lo que definía al testamento público como “...el que se otorga ante notario y testigos y se extiende en papel con las estampillas del timbre que señala la ley” y definía al privado como “...el que se otorga ante testigos sin intervención del notario, pudiendo o no extenderse en papel timbrado”³⁰

Los testamentos eran abiertos cuando el testador manifestaba su voluntad en presencia de las personas que debían autorizar el acto y cerrado cuando el testador no revelaba su última voluntad y declaraba que ésta se hallaba contenida en un pliego que presentaba a las personas que debían autorizar el acto.

²⁹ MATEOS ALARCON, Manuel, *Código Civil del Distrito Federal* (1884). Pág.86

³⁰ *Idem.*

Estos testamentos se elaboraban en un papel que siempre llevara las estampillas del timbre según la ley fiscal en vigor.

Los testamentos públicos se dividían en dos:

- Testamento Público Abierto.
- Testamento Público Cerrado.

I.5.3.1.- TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.

El Testamento Público Abierto, se dictaba de un “modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el notario”, el notario redactaba por escrito las cláusulas en su protocolo, las leía en voz alta, así el testador manifestaba su conformidad. En caso de estar conforme, todos los presentes firmaban el documento asentado el lugar, la hora, la fecha en que éste fue otorgado.

Las formalidades que este testamento exigía se deberían de realizar en un acto continuo sin interrupción alguna y el notario daba fe de haber cumplido con todas las formalidades. En caso faltar alguna solemnidad el testamento quedaba sin efecto y el notario podía incurrir en la pena de perder su cargo.

I.5.3.2.- TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO.

Este podía ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego y en papel común, debiendo el testador rubricar todas las hojas y al calce del mismo.

Debía constar en un pliego cerrado o sellado, o pudiendo constar en un sobre, el cual era presentado ante un notario en presencia de tres testigos, los cuales debían de firmarlo en su sobre y cubierta.

El testador al hacer la presentación debía declarar que en dicho documento se contenía su última voluntad, el notario daba fe del otorgamiento, con expresión de

que se cumplieron con todas las formalidades requeridas, haciéndose constar en la cubierta del testamento, la cual debía llevar las estampillas correspondientes al Impuesto del Timbre, y ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además debía poner su sello.

Si al hacer la presentación del testamento, el testador no pudiera firmar, debía hacerlo otra persona en su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo, como en el caso del público abierto, uno de los testigos, ya que esto solo se permitía en casos de suma urgencia, haciéndose constar esta circunstancia expresamente.

Si alguno de los testigos no sabía firmar, se debía de llamar a otra persona que lo hiciera en su nombre y en presencia, debiendo constar en todo caso tres firmas enteras.

Una vez cerrado y autorizado el testamento, este debía entregarse al testador, levantando el notario que lo autorizó, un acta en su protocolo, expresando el lugar, la hora, y la fecha en el que el testamento fue autorizado y entregado, si no se cumplía con esto, de todos modos no se invalidaba el testamento.

Posteriormente se entregaba al testador y este tenía tres opciones: conservarlo en su poder, entregarlo a una persona de su confianza o entregarlo en el Archivo Judicial. Si se entregaba en el Archivo Judicial, se debía presentar ante el encargado del mismo, y este levantaba una razón en un libro que para ese efecto se llevaba, haciendo mención del depósito y de la entrega, debiendo firmarse por el testador y por el encargado, entregándosele una copia "autorizada" de la razón.

El testador podía retirar su testamento cuando así le pareciera, pero para su devolución debían seguirse las mismas formalidades que para su entrega.

En caso de que el pliego interior se encontrara roto o abierto o las firmas estuvieran borradas, raspadas o alteradas, aunque el contenido no estuviere alterado, el testamento quedaba sin efecto.

El procedimiento para abrir el testamento era el siguiente:

Se presentaba ante un juez quien citaba al notario y a los testigos ante los cuales se otorgo el testamento, los cuales reconocían sus firmas y la del testador o el de la persona que hubiera firmado en su lugar. Se verificaba y se asentaba que el sobre que contenía el testamento estaba debidamente cerrado y sellado tal y como lo estaba al momento de la presentación. Una vez realizado lo anterior se procedía a abrir el testamento, decretando el juez su publicación y protocolización.

En caso de que no comparecieran los testigos, bastaba con la presencia de la mayoría de ellos. Si el que no podía comparecer fuera el notario, así como la mayor parte de los testigos, o ninguno de ellos, así lo hacia constar el juez y se verificaba la legitimidad de las firmas por información, haciéndose constar este hecho.

El testador una vez una vez cumplidos los requisitos de forma manifestaba su conformidad con el mismo y procedía a firmarlo junto con los testigos, debiendo hacerse constar el lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó.

Igual que en otros testamentos las formalidades debían también cumplirse en un solo acto, sin interrupciones.

Este testamento sufría efectos si el testador fallecía de la enfermedad o del peligro en que se hallaba, o dentro de un mes después de que esta causa haya cesado.

Para que este testamento fuera válido, una vez fallecido el testador, era necesario elevarlo a documento público a través de una declaración judicial, la que se haría a través de las declaraciones de los testigos que oyeron la voluntad del testador. Si las

declaraciones de todos los testigos fueren concordantes, el juez hacía una declaración de ser formal el testamento y lo mandaba protocolizar.

Este Código preveía testamentos especiales privados como lo eran:

Testamento Militar.

Testamento Marítimo

Testamento realizado en país extranjero.

I.5.3.3.- TESTAMENTO MILITAR.- Este código lo definía como: “Los militares y los empleados civiles del ejército, luego que entren en campaña, podrán testar en la forma privada, sujetándose a las formalidades prescritas para esta clase de testamentos” (artículo 3548).

Si el militar o empleado civil hacía su disposición al momento de entrar en acción, o estando herido sobre el campo de batalla, bastaba que declarara su voluntad ante dos testigos idóneos, o que ante los mismos presentara el pliego cerrado donde se contenía su testamento escrito y firmado, o por lo menos firmado de su puño y letra.

Si el testamento era cerrado, los testigos debían de firmarlo en la cubierta, debiendo hacerlo el testador si pudiese hacerlo.

Después de la muerte del testador, estos testamentos eran entregados al jefe inmediato del mismo, quien lo remitía al Ministerio de Guerra, y éste a su vez a la autoridad judicial competente. Si el testamento se otorgo de palabra, los testigos debían transmitir al jefe inmediato del testador la voluntad del mismo, procediéndose entonces de la misma manera.

I.5.3.4.- TESTAMENTO MARÍTIMO.- Permitía a las personas que se encontraran en alta mar o a bordo de navíos de la marina nacional, fueran de guerra o mercantes, otorgar su testamento bajo la forma de privado.

Este testamento se hacía por escrito ante dos testigos y el comandante del navío, leído y fechado, se firmaba por todas las partes.

Este se realizaba duplicado, quedándose una de las copias en el barco, conservándose entre los papeles más importantes de la embarcación y lo mencionaban en su diario.

En el primer puerto en el que se arribara y existiera un cónsul o vicecónsul mexicano, el comandante debía de entregar uno de los ejemplares junto con la copia de la nota que debía constar en el diario de la embarcación.

Estas autoridades levantaban un acta de la entrega y debían remitir el testamento, la copia del diario y del acta de la entrega a la brevedad posible al Ministerio de Relaciones, el cual debía publicar la noticia de la muerte del testador en los periódicos.

Sólo si el testador moría en el mar, o dentro de un mes contado desde su desembarco en un lugar donde hubiera podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición, este testamento surtiría sus efectos.

1.5.3.5.- TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO.- Se podían otorgar testamentos en el extranjero, pero se realizaban conforme a las leyes de ese país, y siendo así surtían efectos. Los cónsules y vicecónsules mexicanos podían actuar como notarios en el otorgamiento de estos testamentos siguiendo las formalidades establecidas por el propio Código. Estos funcionarios deberían remitir una copia autorizada de los testamentos abiertos que ante ellos se hubieran otorgado, al Ministerio de Relaciones para los efectos de publicarse existencia apenas se conociera la noticia de la muerte del testador.

I.5.4.- CÓDIGO CIVIL DE 1928.

El Código Civil de 1928, reprodujo también los preceptos establecidos por el Código Civil de 1884, en relación con el testamento público abierto, con las siguientes modificaciones:

En cuanto al testamento público abierto otorgado por los sordos, estableció, que el sordo que supiera leer, debía dar lectura a su testamento y si no sabía o no podía hacerlo, designaría a una persona que lo hiciera a su nombre.

En cuanto al testamento público abierto otorgado por el ciego: Se estableció que se daría lectura al testamento dos veces, una por el notario y otra por uno de los testigos u otra persona que el testador designara.

En cuanto al testamento público abierto otorgado por un extranjero, cuando el testador ignoraba el idioma del país, si podía, escribía de su puño y letra el testamento, el cual era traducido al español por los intérpretes. La traducción se transcribía como testamento en el protocolo respectivo, y el original se archivaba en el apéndice correspondiente del notario que intervenía en el acto.

Si el testador no podía o no sabía escribir, uno de los intérpretes escribía el testamento, y una vez leído y aprobado por el testador, se traducía al español por los dos intérpretes.

Si el testador no podía o no sabía leer, dictaba el testamento en su idioma a uno de los intérpretes.

Cuando el testamento se otorgaba en idioma extranjero, los testigos debían conocerlo o intervenir asistido de intérpretes.

En cuanto a la capacidad para ser testigo en el Testamento Público Abierto:

Tenían capacidad para ser testigo en los testamentos todas las personas no excluidas por el Código. Dicho Código suprimió la incapacidad de la mujer para ser testigo en los testamentos.

En cuanto a la edad de los testigos, el legislador de 1928, estableció la edad de dieciséis años.

Se permite a los extranjeros ser testigos en los testamentos, porque su condición no significa incapacidad.

Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedaba el testamento sin efecto, y el notario era responsable de los daños y perjuicios, incurriendo además, en la pérdida del oficio.

Por último, el notario debía redactar por escrito el testamento, pudiendo dictarlo a un amanuense.

Bajo estos antecedentes, nuestra actual legislación establece los lineamientos que rigen el estatus jurídico de las sucesiones y por tanto del testamento, con algunas deficiencias que a lo largo de las continuas modificaciones que se han venido realizando a este, se han presentado en la aplicación de la misma.

CAPÍTULO II

NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO SUCESORIO

Sumario

II.1.- DERECHO SUCESORIO

- II.1.1.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA SUCESIÓN.
- II.1.2.- TIPOS DE SUCESIÓN.

II.2.- LA HERENCIA.

- II.2.1.- TERMINO EQUÍVOCO
- II.2.2.- OBJETO DE LA HERENCIA.
- II.2.3.- DERECHOS Y OBLIGACIONES TRASMISIBLES CON LA MUERTE.
- II.2.4.- DERECHOS Y OBLIGACIONES NO TRASMISIBLES CON LA MUERTE.

II.3.- EL HEREDERO.

- II.3.1.- CONCEPTO
- II.3.2.- DESIGNACIÓN.
- II.3.3.- CARACTERÍSTICAS.
- II.3.4.- INCAPACIDAD E INDIGNIDAD.

II.4.- EL LEGADO.

- II.4.1.- CONCEPTO.
- II.4.2.- REGLAS APLICABLES A LOS LEGADOS.
- II.4.3.- CLASIFICACIÓN DE LOS LEGADOS.
- II.4.4.- ORDEN DE PAGO DE LOS LEGADOS.
- II.4.5.- INEFICIENCIA DE LOS LEGADOS.
- II.4.6.- CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LOS LEGADOS.
- II.4.7.- CUMPLIMIENTO DE LOS LEGADOS.
- II.4.8.- CADUCIDAD DE LOS LEGADOS.

II.5.- EL LEGATARIO.

- II.5.1.- CONCEPTO
- II.5.2.- DESIGNACIÓN VOLUNTARIA.
- II.5.3.- CARACTERÍSTICAS.
- II.5.4.- DIFERENCIAS ENTRE LEGATARIO Y HEREDERO
- II.5.5.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS LEGATARIOS.

II.6.- ALBACEA.

- II.6.1.- CONCEPTO
- II.6.2.- DESIGNACIÓN.
- II.6.3.- TIPOS DE ALBACEA.
- II.6.4.- OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL ALBACEA.
- II.6.5.- PROHIBICIONES.
- II.6.6.- CARACTERÍSTICAS.

II.7.- SUCESIÓN TESTAMENTARIA.

II.8.- SUCESIÓN LEGÍTIMA.

II.1.- DERECHO SUCESORIO

El derecho sucesorio es definido por el maestro Sánchez Román de la siguiente forma: "El derecho sucesorio es el conjunto de normas preceptos que regulan la sucesión por causa de muerte, y como que equivale a la sustitución, por la persona viviente, de la difunta en todos sus bienes y relaciones jurídicas transmisibles, que ésta mantuvo en vida".³¹

Antonio Cicu lo define como aquella parte del derecho privado que regula la situación jurídica consiguiente a la muerte de una persona física.³²

En opinión del maestro Clemente de Diego, para que exista la sucesión son necesarias tres condiciones, a saber:

- a) Que haya una relación jurídica transmisible.
- b) Que ésta continúe existiendo, pero que cambie de sujeto.
- c) Que esta transmisión tenga lugar por un vínculo o lazo que una jurídicamente transmitente y sucesor.³³

II.1.1.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA SUCESIÓN.

En nuestro derecho, podemos señalar los siguientes principios que rigen la sucesión:

- a) La existencia de cuando menos un heredero.- En toda sucesión siempre existe un heredero, es decir, lo sustituye en el lugar que éste ocupaba, porque nunca puede quedarse un patrimonio sin titular, aun cuando el nuevo titular, en un principio no pueda ser determinado, por lo que si en la herencia hay bienes, siempre habrá un heredero.

³¹ DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, 7ª edición, Editorial Porrúa, México, D.F. 1994, Pág. 655.

³² CICU, Antonio, *El Testamento*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 210.

³³ *Ibidem.*, Pág. 657.

Esto se desprende de los propios conceptos del Código Civil, en los que se establecen que si existen varios herederos, éstos adquieren derechos a la masa hereditaria como a un patrimonio común desde la muerte del autor y por medio de la aceptación o repudiación de la herencia, hechos que ocurren forzosamente después de la muerte del autor, los efectos de la misma se retrotraen a la fecha de ésta.

En efecto, en el artículo 1288 del Código Civil textualmente se estipula lo siguiente: "A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como un patrimonio común, mientras que no se hace la división".³⁴

b) Una vez heredero, siempre heredero.- La calidad de heredero del sucesor no puede ser condicionada ni temporal y de ahí la máxima "*semel heres semper heres* (una vez heredero, siempre heredero)".³⁵ Esto se desprende también de nuestro Código Civil en que se señala que no se puede aceptar o repudiar la herencia en parte, con plazo o condicionalmente; la aceptación y repudiación son irrevocables; la designación en el testamento del día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero, se tiene por no puesta.

Al respecto nuestro Código Civil establece lo siguiente:

"Artículo 1657: Ninguno puede aceptar la herencia en parte, con plazo o condicionalmente".³⁶

"Artículo 1670: La aceptación y la repudiación, una vez hechas, son irrevocables, y no pueden ser impugnadas sino en los casos de dolo y violencia".³⁷

c) Unidad y Universalidad de la Herencia.- La unidad que tiene el patrimonio hereditario, es decir, la cohesión que tienen entre sí los elementos que lo componen, no se disgrega aunque haya varios herederos, porque este hecho implica solamente

³⁴ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, publicada en el Diario Oficial el 26 de mayo de 1928 Asamblea Legislativa del Distrito Federal, www.asambleadf.gob.mx, México, última reforma aplicada 6 de septiembre de 2004, pág. 250.

³⁵ ARCE Y CERVANTES, José. *De las Sucesiones*, 3ª edición., Editorial Porrúa, México, 1992, pág.7.

³⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, Pág. 305.

³⁷ *Ibidem*, pág. 306.

la participación de varias personas en esa unidad ya que la parte de cada heredero es cualitativamente (de la misma calidad) a la de los demás herederos, aunque puede no ser cuantitativamente igual (en la misma cantidad) que la de otros. Se está, entonces, en un caso semejante a la copropiedad, porque los herederos tienen derecho a la masa común hereditaria.

Tampoco se pierde la unidad patrimonial ni el carácter de universalidad en la transmisión de la herencia por el hecho de que haya transmisiones a título particular (legados) a favor de quienes sean o no sean herederos, porque los legados son liberalidades aisladas que dispone el testador para el provecho de los beneficiarios, siempre y cuando esos legados no agoten el patrimonio hereditario porque, en caso contrario (si toda la herencia se distribuye en legados) tales legados pierden ese carácter y los legatarios se consideran como herederos esto tiene como efecto que todos los designados como legatarios, tendrán entonces los derechos y obligaciones de herederos y responderán de las deudas hereditarias.

d) Inmutabilidad de la calidad de los derechos en la transmisión patrimonial.- En principio, todos los derechos y obligaciones y la posesión se transmiten tal y como los tenía el autor de la sucesión, sin modificación, porque se busca que las relaciones jurídicas no se interrumpan ni modifiquen por el hecho de la muerte.

Sin embargo, por ciertas circunstancias relativas a las personas o a los bienes y derechos, existen excepciones, por ejemplo, el caso regulado en el artículo 1993 del Código Civil en el cual se prevé que el crédito del acreedor solidario se vuelve mancomunado en sus herederos:

“Artículo 1993: Si falleciere alguno de los acreedores solidarios dejando más de un heredero, cada uno de los coherederos sólo tendrá derecho de exigir o recibir la parte del crédito que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible”.³⁸

³⁸ *Ibidem*, pág. 355.

e) Protección de acreedores.- Así como el autor de la sucesión respondía de sus obligaciones con todos sus bienes de acuerdo al principio contenido en el artículo 2964 de nuestro Código Civil, el patrimonio hereditario sigue afectado con la responsabilidad de las mismas deudas, por lo que la sucesión del *de cuius*, en cuanto representa ese patrimonio, puede entrar en concurso o ser declarada en quiebra.

f) Beneficio de inventario.- La teoría clásica del patrimonio obliga a convertir que, en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia, su patrimonio y el del heredero se funden en uno solo, lo que hace que, en teoría, el heredero deba pagar todas sus deudas, inclusive las que heredó, con todos sus bienes. Su situación, cuando la herencia está en quiebra, es peligrosa ya que por tal circunstancia, tendría que pagar por lo menos en parte, con sus bienes, las deudas del autor de la herencia, que no se hubiesen podido cubrir porque no alcanzara el activo de la herencia.

Esta situación, en el supuesto que existiera en nuestro derecho, produciría un mal contrario a la equidad, para el heredero que aceptara la herencia; y si por el temor a tan funesto resultado el heredero se abstuviera de aceptar, además de las consecuencias técnicas, habría otro resultado perjudicial a la economía, porque existiría el riesgo de que quedara abandonado el patrimonio del difunto, en perjuicio de los acreedores, que no tendrían a quien cobrar, así como para la circulación de la riqueza, porque se perderían los bienes.

El remedio a este tipo de situación lo estableció Justiniano con el principio conocido como beneficio de inventario.³⁹ Es éste un beneficio que concede la ley, y consiste en la separación de los dos patrimonios. Tal separación produce los siguientes efectos para la defensa para el heredero:

³⁹ *Op. Cit.* DE IBARROLA, pág. 986.

- 1) Los bienes personales del heredero no quedan al alcance de los acreedores hereditarios. Se paga a éstos únicamente con los bienes del autor que aparezcan en el inventario; por eso se llama beneficio de inventario.
- 2) No se extinguen sus derechos por confusión. Se evita la confusión de derechos porque, si el heredero es acreedor, como no paga con sus bienes, tendría derecho a cobrar junto con los demás, y si fuere deudor tendría que pagar su deuda para aplicarla al pago de los acreedores.
- 3) Puede adquirir nuevos derechos. Puede el heredero adquirir nuevos derechos ya que, por ejemplo, cuando paga deudas hereditarias se subrogará en la deuda. Puede, si se remata un bien, adjudicarlo.
- 4) No se pueden oponer al heredero excepciones procedentes contra el difunto; por ejemplo, si el heredero es deudor de un tercero deudor de la herencia, no cabría la excepción de compensación, porque el acreedor y el deudor del tercero no resultan la misma persona.

La protección que en cambio da la ley a los acreedores, consiste en la intervención que les concede en los juicios sucesorios: son parte para provocar el juicio y para objetar los inventarios.

Hecho un recordatorio de las generalidades sobre el Derecho Sucesorio, pasemos a analizar los tipos de sucesión.

II.1.2.- TIPOS DE SUCESIÓN.

Los romanos ya conocían dos especies de sucesiones: la sucesión testamentaria y la sucesión intestada o *ab intestato*. La primera depende de la voluntad del autor de la herencia, expresada en un acto especial: el testamento. La segunda depende de la ley que, a falta de testamento, designa a la persona que debe.

Cabe señalar que la sucesión mixta no era posible en Roma, Si el *de cuius* (*de cuius successione agitur* o sea de cuya sucesión se trata) no disponía de todos sus bienes, el testamento era nulo.

Actualmente la ley es por completo supletoria de la voluntad del testador, por lo que se aplica siempre que no haya esa voluntad expresa.

De lo anterior podemos deducir los tres tipos de sucesiones que pueden existir, a saber: la sucesión testamentaria o voluntaria; la sucesión *ab intestato* o legítima y la sucesión mixta.

II.1.2.1.-SUCESIÓN TESTAMENTARIA O VOLUNTARIA.

La sucesión testamentaria tiene lugar cuando el autor dispone de sus bienes para después de la muerte, mediante el otorgamiento del acto jurídico llamado testamento. En consecuencia, la sucesión testamentaria se regirá por la voluntad expresa del autor de la herencia, esto es, por la voluntad del testador.

Así lo establece el artículo 1282 que a la letra dice: "La herencia se defiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima."⁴⁰

II.1.2.2.- SUCESIÓN *AB INTESTADO* O LEGÍTIMA.

La sucesión legítima, llamada legal, intestada o *ab intestado*, tiene lugar cuando el autor de la herencia no dispone de sus bienes mediante un testamento, para después de su muerte, por lo tanto, el legislador interpreta cuál hubiese sido su intención, suple la voluntad, presume su intención, con base en lo que la sociedad cree más conveniente, protegiendo así a los más necesitados y promoviendo que el derecho de propiedad tenga continuidad.

⁴⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, Pág.249.

La ley es muy clara en cuanto a que la sucesión legítima tendrá lugar o ha de abrirse cuando el autor de la herencia no haya dispuesto de todos sus bienes mediante su testamento, bien por que no lo hizo, o porque sólo se refirió a algunos de sus bienes y no a todos, o porque lo que dispuso no puede cumplirse o no nombraron herederos sustitutos.

Los anteriores conceptos se encuentran recogidos en el Código Civil de la siguiente manera:

“Artículo 1282.- La herencia se difiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima”.⁴¹

“Artículo 1283. El Testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima”.⁴²

“Artículo 1599. La herencia legítima se abre:

- I. Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez;
- II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;
- III. Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero;
- IV. Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto”.⁴³

“Artículo 1600. Cuando siendo válido el testamento no deba subsistir la institución de heredero, subsistirán, sin embargo, las demás disposiciones hechas en él, y la sucesión legítima sólo comprenderá los bienes que debían corresponder al heredero instituido”.⁴⁴

⁴¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 249.

⁴² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 249.

⁴³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 296.

⁴⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 296.

II.1.2.3.- SUCESIÓN MIXTA

Se llama así a la sucesión que es en parte testamentaria y en parte legítima o intestamentaria, por no haber dispuesto el testador de todos sus bienes mediante un testamento.

El fundamento positivo de este tipo de sucesión se encuentra básicamente en los artículos 1283 anteriormente transcrito, y los artículos 1600 y 1601 del Código Civil.

“Artículo 1600. Cuando siendo válido el testamento no deba subsistir la institución de heredero, subsistirán, sin embargo, las demás disposiciones hechas en él, y la sucesión legítima sólo comprenderá los bienes que debían corresponder al heredero instituido.”⁴⁵

“Artículo 1601. Si el testador dispone legalmente sólo de una parte de sus bienes, el resto de ellos forma la sucesión legítima.”⁴⁶

II.2.- LA HERENCIA.

II.2.1.- TERMINO EQUÍVOCO

El término “Herencia” es equívoco, debido a que esta palabra puede entenderse en diversos sentidos. Así, desde un primer punto de vista, por herencia podemos entender:

a) Subjetivamente: La sucesión de todos los bienes del difunto y de todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

Abundando al respecto, afirmamos que, desde el punto de vista gramatical, sucesión es una relación del momento que sigue a otra; es por ello que el diccionario de la

⁴⁵ *Op. Cit.*, Código Civil. Pág. 169.

⁴⁶ *Op. Cit.*, Código Civil. Pág. 169.

Real Academia Española de la Lengua señala que “la sucesión se deriva del latín *successio*, acción y efecto de suceder, entrada o continuación ordenada de personas o cosas en lugar de otra. Entrada como heredero o legatario en la posesión de los bienes de un difunto, y conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles a un heredero o legatario”.⁴⁷

Suceder, en su sentido jurídico más amplio, quiere decir colocarse una persona en lugar de otra, desde el punto de vista de un derecho, por cualquier título. En tal virtud, el comprador sucede al vendedor en la propiedad de la cosa vendida. De manera que puede decirse que hay sucesión en todos aquellos casos en que hay un medio derivado de adquirir la propiedad, así como en los que se adquiere un derecho cualquiera, de otra persona.

En el libro tercero del Código Civil, el término sucesión tiene una aceptación más restringida, pues se refiere solamente a la transmisión de bienes, derechos y obligaciones por causa de muerte. En este sentido, sucesión es sinónimo de herencia, y se dice que una persona adquiere una cosa por sucesión o por herencia; a título de herencia.

Excepcionalmente pueden encontrarse casos en que semejante transmisión se realiza respecto de bienes de persona que no ha muerto. Uno histórico; otro actual. El histórico se refiere a los casos de muerte civil; antiguamente se podían perder, en vida todos los derechos civiles en razón de pena o, en otros casos, de votos monásticos. Actualmente es posible encontrar como caso aislado, aquél en que se declara la presunción de muerte de un ausente; pero entonces, la transmisión de bienes es condicional, puesto que, si el ausente se presenta o se prueba que vive, recobrará sus bienes.

b). Objetivamente: Sucesión es la masa hereditaria objeto de la transmisión.

⁴⁷ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de Española, 21ª edición, Editorial Espasa Calpe, Pág. 1913

En este sentido, toma la significación de masa o conjunto de bienes y relaciones patrimoniales que se transmiten por causa de muerte, y que se relaciona al nuevo sujeto que recibe esa combinación de bienes.

Por tanto, bajo este punto de vista, los términos sucesión o herencia se aplican a los patrimonios mismos que se transmiten; el caudal hereditario: una sucesión valiosa, una herencia no cuantiosa.

Por otra parte y desde un segundo punto de vista, por herencia podemos entender el modo de suceder, es decir, la sucesión universal o la sucesión particular.

A mayor abundamiento, el término herencia tiene un significado más restringido, ya que el testador puede disponer de sus bienes a título universal o a título particular, o sea, de todo su patrimonio o parte alícuota de él, o de bienes determinados. En el primer caso tenemos una herencia y en el segundo caso un legado, de modo que, en este sentido más restringido, herencia es la sucesión a título universal por causa de muerte, mientras que el legado lo es a título particular.

Al igual de lo que sucede con los términos sucesión y herencia, la palabra legado significa también los bienes mismos objeto de la disposición testamentaria a título singular.

De lo anterior se infiere que sucesión es un proceso por medio del cual se transmite la herencia a los herederos o legatarios, en cambio herencia constituye la masa hereditaria.

Una vez especificada la relación existente entre los vocablos sucesión y herencia, como conceptos jurídicos fundamentales en esta materia, nos toca determinar qué relaciones jurídicas son contenido de una herencia o sucesión hereditaria.

II.2.2.- OBJETO DE LA HERENCIA.

Veíamos anteriormente que el maestro Clemente de Diego⁴⁸ exigía diversas condiciones para que se diera la sucesión, y en concreto, queremos recordar la que consiste en que haya una relación jurídica transmisible, a pesar del fallecimiento de su titular; es decir, que no obstante dicho fallecimiento, la mencionada relación jurídica continúa existiendo, aunque, obviamente, cambie de sujeto.

El objeto de la herencia consiste en la disposición de bienes y/o en la declaración o cumplimiento de deberes para después de la muerte de alguna persona, es decir, en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones para después de la muerte; también es objeto de la herencia la masa hereditaria, es decir, el conjunto de cosas y hechos que por la muerte del autor se transmiten a los herederos, en virtud de que no se extinguen con la muerte del autor de la sucesión.

Con base en lo anterior, podemos afirmar que no toda relación jurídica resiste al fallecimiento del titular de la misma. En otras palabras, existen relaciones jurídicas que se transmiten por causa de muerte y existen otras que se acaban por la muerte del titular.

De forma breve, analicemos algunas de las relaciones jurídicas que se transmiten por herencia y algunas otras que no.

II.2.3.- DERECHOS Y OBLIGACIONES TRASMISIBLES CON LA MUERTE.

Se transmiten por herencia:

- a) Todos los derechos reales de que era titular el autor, salvo aquéllos que nacen de una desmembración de la propiedad que deba cesar a la muerte;

⁴⁸ *Op. Cit.*, DE IBARROLA, pág.655.

cuya duración, por ser vitalicios, termina con el fallecimiento de su titular (como la renta vitalicia, el usufructo, el uso y la habitación).

- b) Todas las relaciones nacidas del derecho de crédito en su lado activo (o sea su carácter de acreedor) y en su lado pasivo (o sea su carácter de deudor), siempre que no se extingan por la muerte.
- c) La posesión que tenía el autor. No obstante que la posesión es un hecho, da lugar a una relación jurídica entre el poseedor y las demás personas y, además, es causa de derechos para el poseedor tales como los interdictos, derecho a los frutos de la cosa, la posibilidad de percibir, etcétera.
- d) Los bienes que le hubieran correspondido al autor de la herencia por la disolución de la sociedad conyugal si la hubiere.

II.2.4.- DERECHOS Y OBLIGACIONES NO TRASMISIBLES CON LA MUERTE.

No se transmiten por herencia:

Los derechos públicos como lo son los derechos humanos que garantiza la Constitución a su capítulo de garantías individuales, ni el derecho al sufragio.

Los derechos personalísimos ligados al titular por sus cualidades personales de parentesco, confianza, cargo, como son los cargos, los derechos y deberes familiares (patria potestad, tutela y curatela), el derecho y deber de alimentos; el carácter de mandante y mandatario, el de comodatario y el carácter de asociado de una asociación civil.

Los derechos patrimoniales de duración limitada a la vida de la persona, tales como el usufructo, el uso y la habitación, la pensión o renta vitalicia y la obligación cuyo cumplimiento no es fungible por ser personalísima del obligado.

Establecidos algunos de los derechos y obligaciones que se extinguen con la muerte del *de cuius*, y otros que se transmiten con ésta, como elementos componentes de la herencia, es conveniente revisar la figura del sujeto denominado en derecho sucesorio como heredero.

En cuanto a la aceptación de la herencia son posibles tres sistemas:

- El romano según el cual entre tanto no hubiese la aceptación, no se transfería la herencia y, por consiguiente, había un periodo de herencia yacente; los efectos de la aceptación no se retrotraían a la fecha de la muerte, sólo respecto de los herederos necesarios se entendía aceptada la herencia de pleno derecho.
- El que no requiere la aceptación de tal suerte que la herencia se entiende transmitida, y no hay prescripción hereditaria. La ley considera aceptada la herencia (antiguo Derecho Germánico).
- El tercer sistema es el aceptado por los sistemas europeos latinos, por el Código de Napoleón y por nuestra legislación, consistente en presumir la aceptación a la muerte del *de cuius* se presume la aceptación de la herencia por el heredero, pero requiere una aceptación expresa posterior.

II.3.- EL HEREDERO.

II.3.1.- CONCEPTO

Desde el punto de vista doctrinal se ha conceptualizado al heredero como la persona que sucede al *de cuius* en sus relaciones jurídicas, no continuando la personalidad del fallecido, ya que con la muerte se extingue la personalidad jurídica de las personas físicas, y lo único que subsiste y se transmite es el patrimonio. Tradicionalmente se había considerado en el Código de Napoleón, en el proyecto de Código Civil de García Goyena y en el Portugués, que el heredero era continuador de la persona del difunto, y por ende su representante.

No es un representante legal del *de cuius*; no es un continuador de la potestad y del culto del hogar, como lo señaló el derecho romano, ya que la herencia tiene una naturaleza económica, que se manifiesta logrando la continuidad patrimonial.

El heredero por tanto, es aquella persona física o moral que ha de suceder al autor de la herencia a título universal en todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones, o en una parte alícuota de ellos, que sean transmisibles por la muerte.

El heredero es un causahabiente a título universal; esto es, hay una continuidad patrimonial de la universalidad llamada herencia, como universalidad distinta de sus elementos.

Cabe reiterar que la categoría de heredero no se otorga por la cantidad de bienes que cada uno recibe, sino por el modo como una persona es llamada a gozar y recoger la masa hereditaria. Se es heredero por la calidad de tal y no por la cantidad de bienes que se reciban.

II.3.2.- DESIGNACIÓN.

La institución de heredero puede hacerse por dos vías, la primera, por voluntad del autor expresada a través de un testamento, y la segunda, cuando supletoriamente la ley lo establece presumiendo la voluntad del autor.

A la primera podemos llamarle designación o institución de heredero voluntaria, y a la segunda, legal.

Por razones metodológicas, se encaminará el análisis para los fines del presente estudio, la institución voluntaria del heredero, mediante el otorgamiento del acto jurídico llamado testamento, tal y como lo analizaremos en su oportunidad.

II.3.3.- CARACTERÍSTICAS.

De todas las posibles características aplicables a la figura del heredero, queremos, de manera intencional, resaltar dos de ellas, una, referente al modo de adquirir y la otra, respecto de su responsabilidad.

En este sentido, debemos afirmar que el heredero es, en primer lugar, un adquirente a título universal y, en segundo lugar, que el heredero, en su calidad de tal, responde de todas las deudas de la masa hereditaria, obviamente en este último caso, respetando el ya citado beneficio de inventario.

Abundando al respecto, el hecho de que el heredero sea un adquirente a título universal, implica que él recibe la totalidad o una parte alícuota de la herencia. Los romanistas llaman a este tipo de sucesión, *successio in jus, in universum jus, in omne jus, in universa bona, per universitatem*.

La herencia tiene al final de cuentas un objeto de naturaleza económica, o sea, lograr la continuidad patrimonial, garantizando los derechos de terceros. El heredero es un causahabiente a título universal, ya que hay una continuidad patrimonial de la universalidad llamada herencia, como universalidad distinta de sus elementos.

Con relación a la segunda característica antes citada, es decir, respecto de la responsabilidad del heredero, podemos afirmar, que como consecuencia de su carácter de causahabiente a título universal y de, que entre otras cosas, uno de los principales objetivos de la herencia es la protección de los derechos de terceros, de tal manera que estos se vean afectados lo menos posible por la muerte del *de cuius*, la calidad de heredero responde de todas las obligaciones que tenía el *de cuius* y que se transmiten por causa de muerte, hasta la cuantía de los bienes de la masa hereditaria, gracias al beneficio de inventario.

El artículo 1284 del Código Civil recoge ambas características al señalar que “El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda”.⁴⁹

II.3.4.- INCAPACIDAD E INDIGNIDAD.

Ya que el heredero sucede al *de cujus* en la titularidad del patrimonio, es necesario que el primero sea jurídicamente persona al momento de la muerte del segundo. Necesita personalidad y capacidad suficiente para heredar.

En cuanto a la personalidad, esta implica la aptitud para ser sujeto titular de derechos y obligaciones. En relación con la capacidad, en términos amplios, implica la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones y ejercer los primeros y cumplir las segundas, por sí mismos.

Nuestro Código Civil, establece como regla general la capacidad para heredar, fijando como excepción a dicha regla el que la ley establezca la incapacidad. Así lo establece este cuerpo legal en su artículo 1313, que a la letra dice:

“Artículo 1313: Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto, pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- I. Falta de personalidad;
- II. Delito;
- III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la integridad del testamento;
- IV. Falta de reciprocidad internacional;
- V. Utilidad pública;

⁴⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, Pág. 249.

VI. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento”.

En relación con el artículo transcrito, cabe señalar que el concepto de capacidad para suceder a una persona como señala el maestro Ibarrola, “no es más que la aptitud para la vida jurídica en materia sucesoria, plasmada en tres elementos:

- a) Existencia, porque no puede adquirir quien no es sujeto de derecho. Quien no existe no es persona, y por lo tanto puede ser titular de derechos y obligaciones.
- b) Capacidad, la cual en materia sucesoria es la regla, siendo la incapacidad la excepción; basándose dicha incapacidad en materia hereditaria, en motivos de orden social. No basta por lo tanto con existir para poder heredar, sino que hace falta además no caer en las incapacidades que marca la ley.
- c) Dignidad, que supone a los dos requisitos anteriores, tanto a la existencia, como la capacidad. Se basa a su vez en causas de orden moral”.⁵⁰

Por lo tanto, para que una persona sea apta para heredar, necesita existir, ser capaz y ser digna. Así, resulta conveniente recordar los siguientes conceptos.

- 1) Capacidad de goce: es la aptitud del sujeto de ser titular de derechos y obligaciones; sujeto de derecho.
- 2) Capacidad de ejercicio: es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica.
- 3) Legitimación: es la posibilidad concreta que la ley otorga a un individuo concreto, de llevar a cabo un acto concreto.

⁵⁰ *Op. Cit.*, De Ibarrola, págs. 950 y 254.

- 4) Capacidad para heredar: según el artículo 1313 de nuestro Código la capacidad para heredar es regla, y es inherente a todos los habitantes del Distrito Federal, cualquiera que sea su edad, y no pueden ser privados de ella en forma absoluta.
- 5) Incapacidad para heredar: es la excepción, y la ley marca las circunstancias en la que una persona es incapaz para suceder a otra.
- 6) Indignidad: es la prohibición para heredar por actos u omisiones que la ley considera inmorales. Se establece a título de pena por faltas graves cometidas por el heredero en contra del testador, su familia o su memoria, ya que la ley supone que el heredero tiene un deber moral frente al testador.

Cabe resaltar en este punto, que la indignidad y la incapacidad se distinguen entre sí y que una no supone a la otra, aunque puedan llegar a darse simultáneamente en la misma persona.

Las incapacidades no operan de pleno derecho, sino que para producir efectos requieren ser declaradas en juicio, a petición del interesado correspondiente.

Por lo tanto, no pueden ser promovidas de oficio por el juez. La acción para demandar esta incapacidad para heredar prescribe en tres años contados a partir de la fecha en que el incapaz entra en posesión de los bienes, siempre que se trate de una incapacidad que no esté establecida en atención al interés público.

Por el contrario, cuando se trate de la incapacidad establecida en vista del interés público, la acción para demandar la incapacidad para heredar, es imprescriptible. Ello se señala en el artículo 1342 del Código Civil.

Asimismo, una vez declarada la incapacidad, tiene efectos retroactivos, salvo el caso relativo a terceros de buena fe que señala el artículo siguiente, el 1343. Dicha

disposición establece que "si el que entró en la posesión de la herencia y la pierde después por incapacidad, hubiera enajenado o gravado todo o parte de los bienes antes de ser emplazado en el juicio en que se discuta su incapacidad, y aquél con quien contrató hubiera tenido buena fe, el contrato subsistirá; más el heredero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo de todos los daños y perjuicios".⁵¹

Las incapacidades para heredar son las siguientes:

1.- Incapacidad por falta de personalidad.- Las personas que no existen al momento de la muerte del testador, son incapaces para heredar. Cabe señalar que los que no existen sencillamente no pueden ser incapaces, debido a que sólo las personas que existen pueden tener capacidad. La falta de personalidad jurídica se traduce entonces en una ausencia del primer requisito que señalamos con anterioridad para poder heredar: la existencia.

a) Concebido pero no nacido.- Lo primero que se necesita para heredar es existir. Nuestro Código Civil señala en su artículo 22 que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere con el nacimiento y termina con la muerte; pero desde el momento que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los efectos legales. Asimismo, establece en su numeral 337 que para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Además el artículo 1314 del mismo cuerpo legal dispone que son incapaces para adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto por el artículo 337.

Por lo tanto, son incapaces por falta de personalidad los individuos que no se encuentren concebidos al momento de la muerte del autor de la sucesión, y aquellos

⁵¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 259.

que estándolo no nacen vivos y viables, entendiéndose por esto último lo fijado por el artículo 337 del Código Civil.

Es decir, los concebidos pero no nacidos, son capaces para heredar, siempre que hayan sido concebidos al momento de la muerte del autor de la sucesión, y sujeto a la *conditio juris* de que no nazcan vivos y viables. Son aptos por lo tanto, para ser titulares de derechos y obligaciones hereditarios. Si no nace vivo y viable dicho heredero, se destruyen retroactivamente los efectos, por lo que se deja sin efecto la adquisición hereditaria acaecida desde el momento de la muerte del autor de la sucesión, volviendo las cosas al estado que guardaban en el pasado como si nada hubiese ocurrido.

b) Fallecimiento anterior al autor de la sucesión y conmorencia. Siguiendo con los sujetos incapaces para heredar por falta de personalidad, la persona que fallezca antes que el autor de la sucesión también carece de capacidad para heredar. Tampoco existe como sujeto de derecho al momento del fallecimiento del *de cuius*. La falta de existencia sucede también en el supuesto de la conmorencia, es decir, cuando el autor de la sucesión y herederos y legatarios mueren en el mismo desastre, o el mismo día sin poder determinar cuál de ellos murió primero. El artículo 1287 del Código Civil dispone lo siguiente:

“Artículo 1287: Si el autor de la herencia y sus herederos o legatarios perecieren en el mismo desastre o en el mismo día, sin que se pueda averiguar a ciencia cierta quiénes murieron antes, se tendrán todos por muertos al mismo tiempo, y no habrá lugar entre ellos a la transmisión de la herencia o legado”.⁵²

c) Extranjeros.- Respecto de extranjeros, ellos cuentan con una incapacidad para heredar respecto de los bienes a que se refiere el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que no podrán adquirir bienes que se encuentran ubicados en zonas prohibidas, es decir, en el margen de

⁵² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 249.

50 kilómetros en las playas y 100 kilómetros en las fronteras. Así lo señala el artículo 1327 de nuestro Código Civil.

“Artículo 1327: Los extranjeros y las personas morales, son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado; pero su capacidad tiene las limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las respectivas leyes reglamentarias de los artículos constitucionales. Tratándose de extranjeros, se observará también lo dispuesto por el artículo siguiente”.⁵³

2. Incapacidad por falta de reciprocidad internacional.- Como quedo establecido en el párrafo anterior, los extranjeros tiene capacidad para heredar, con la limitante fijada en el artículo 27 constitucional. En el artículo 1328 del Código Civil se dispone además otra incapacidad para este tipo de personas, consistente en la falta de reciprocidad internacional. Según dicho numeral, son incapaces para heredar los extranjeros que según las leyes de sus respectivos países prohíban dejar sus bienes a mexicanos, ya sea por ley o por testamento, dicha disposición legal señala:

“Artículo 1328: Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado, a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, según las leyes de su país, no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos”.⁵⁴

3. Incapacidad por presunción de influjo contrario a la libertad del testador; la ley establece que ciertas personas son incapaces de heredar al suponer que en determinadas circunstancias hay un influjo que afecta la libertad del testador.

a) Tutores y Curadores.- Son incapaces para heredar al incapaz, a menos que hubiesen sido instituidos antes de su nombramiento o después de que ha desaparecido la causa que daba lugar a la incapacidad, siempre que hayan sido

⁵³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 257.

⁵⁴ *Op. Cit.* Código Civil, pág. 257.

aprobadas las cuentas de su gestión, Así lo dispone nuestro Código Civil en su artículo 1321.

“Artículo 1321: Por presunción de influjo contrario a la libertad del autor de la herencia, son incapaces de adquirir por testamento del menor, los tutores y curadores, a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayor edad de aquél, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela”.⁵⁵

b) Médico y familiares del mismo, que hayan asistido al autor de la sucesión en su última enfermedad.- El médico, así como su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, son incapaces, son incapaces de heredar al autor de la sucesión si el primero lo asistió en su última voluntad, salvo que se trate de herederos legítimos. El artículo 1323 de nuestro Código Civil lo dispone así:

“Artículo 1323: Por presunción contraria a la libertad del testador, son incapaces de heredar por testamento, el médico que haya asistido a aquel durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria, así como su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo, a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos”.⁵⁶

c) Familiares y asociación religiosa del ministro del culto que haya asistido al autor de la sucesión en su última enfermedad.- El artículo 1325 del Código Civil establece en su segunda parte, que los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos de los ministros del culto, son incapaces de heredar a las personas quienes estos hayan prestado cualquier clase de auxilios espirituales durante la última enfermedad de la cual hubieren fallecido, o de quienes hayan sido directores espirituales los mismos ministros.

⁵⁵ *Op. Cit.* Código Civil, pág. 256.

⁵⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 256.

Asimismo, las asociaciones religiosas ya tienen personalidad jurídica, y son aptas para heredar conforme a lo dispuesto por los artículos 6,17 y 18 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público. Este tipo de asociaciones cuentan con personalidad jurídica desde el momento de su registro constitutivo ante la Secretaría de Gobernación. Esta entidad gubernamental emite una declaración de procedencia respecto de los inmuebles que vaya adquirir la asociación. Por último, el fedatario público ante el cual se formaliza la adquisición por parte de la asociación religiosa, da aviso al Registro Público de la Propiedad que corresponda de que el inmueble adquirido por la misma va a ser destinado a los fines de la asociación. Esta es la regla general, pero el artículo 15 de la Ley de referencia, establece que la asociación religiosa a la que pertenezca el ministro del culto que preste ayuda espiritual al autor de la sucesión, es incapaz de heredar a este último. Los artículos en comento de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, señalan:

“Artículo 6: Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro constitutivo de la Secretaría de Gobernación en los términos de esta ley.

Las asociaciones religiosas se registrarán internamente por sus propios estatutos, los que contendrán las bases fundamentales de su doctrina o cuerpo de creencias religiosas y determinarán tanto a sus representantes, como, en su caso, a los de las entidades y divisiones internas que en ellas pertenezcan.

Dichas entidades y divisiones pueden corresponder a ámbitos regionales o a otras formas de organización autónoma dentro de las propias asociaciones, según convenga a su estructura y finalidades, y podrán gozar igualmente de personalidad jurídica en los términos de esta Ley.

Las asociaciones religiosas son iguales ante la Ley en derechos y obligaciones”⁵⁷

⁵⁷ LEY DE ASOCIACIONES RELIGIOSAS Y CULTO PÚBLICO, Editorial Andrade, Tomo II, México D.F., pág. 120.

“Artículo 15: Los ministros de culto, sus ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuges, así como las asociaciones religiosas a las que pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado, en los términos del artículo 1325 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal”⁵⁸

“Artículo 17: La Secretaría de Gobernación resolverá sobre el carácter indispensable de los bienes inmuebles que pretendan adquirir por cualquier título las asociaciones religiosas. Para tal efecto emitirá declaratoria de procedencia en los casos siguientes:

- I. Cuando se trate de cualquier bien inmueble;
- II. En cualquier caso de sucesión, para que una asociación religiosa pueda ser heredera o legataria;
- III. Cuando se pretenda que una asociación religiosa tenga el carácter de fideicomisario, instituciones de asistencia privada, instituciones de salud o educativas, en cuya constitución, administración o funcionamiento, intervengan asociaciones religiosas por sí o asociadas con otras personas.

Las solicitudes de declaratorias de procedencia deberán ser respondidas por la autoridad en un término no mayor de cuarenta y cinco días; de no hacerlo, se entenderán aprobadas.

Para el caso previsto en el párrafo anterior, la mencionada Secretaría deberá, a solicitud de los interesados, expedir certificación de que ha transcurrido el término referido en el mismo.

⁵⁸ *Ibidem*, Pág. 257.

Las asociaciones religiosas deberán registrar ante la Secretaría de Gobernación todos los bienes inmuebles, sin perjuicio de cumplir con las demás obligaciones en la materia contenida en otras leyes”.⁵⁹

“Artículo 18: Las autoridades y los funcionarios citados de fe pública que intervengan en actos jurídicos por virtud de los cuales una asociación religiosa pretenda adquirir la propiedad de un bien inmueble, deberán exigir a dicha asociación el documento en que consta la declaratoria de procedencia emitida por la Secretaría de Gobernación, o en su caso la certificación a que se refiere el artículo anterior.

Los funcionarios dotados de fe pública que intervengan en los actos jurídicos antes mencionados, deberán dar aviso al Registro Público de la Propiedad que corresponda, que el inmueble de que se trata habrá de ser destinado a los fines de la asociación, para que aquel realice la anotación correspondiente”.⁶⁰

4. Incapacidad por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento.- El artículo 1324 del Código Civil establece que tanto el notario, como los testigos que intervinieron en el testamento del autor de la sucesión, son incapaces de heredar del mismo, extendiéndose dicha incapacidad a sus respectivos cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos, dicho numeral señala:

“Artículo 1324. Por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento, son incapaces de heredar, el notario y los testigos que intervinieron en él, y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos”.⁶¹

5. Incapacidad por falta de Utilidad Pública.- El numeral 1329 de nuestro Código Civil señala que cuando el testador disponga como heredero o legatario a un establecimiento público, pero fijándose alguna condición o gravamen, esa herencia o legado sólo será válida si el Gobierno los aprueba. Respecto a este artículo cabe señalar que se trata más que de una incapacidad, del caso en el cual el Gobierno

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 257.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 257.

⁶¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 256.

está en posición de elegir si acepta o repudia esa herencia o ese legado, ya que el testador los dispuso bajo una condición o gravamen. El artículo de referencia señala:

“Artículo 1329: La herencia o legado que se deje a un establecimiento público, imponiéndosele algún gravamen o bajo alguna condición, sólo serán validos si el Gobierno los aprueba”.⁶²

6. Incapacidad Sobrevenida.- Este tipo de incapacidad se da por una causa posterior a la muerte del autor de la sucesión. Nuestro Código Civil dispone en sus artículos 1331, 1332 y 1696, que son incapaces para heredar los tutores, curadores y albaceas nombrados en el testamento del *de cujus*, ya sea que se hayan rehusado sin justa causa al cargo, o bien, que hayan sido separados judicialmente del ejercicio del mismo. En estos casos las personas instituidas, tenían capacidad para heredar al momento de la muerte del testador, pero posteriormente sobreviene uno de los supuestos previstos por la ley, debido al cual pierde esa capacidad para heredar. Los numerales de referencia establecen lo siguiente:

“Artículo 1331: Por renuncia o remoción de un cargo, son incapaces de heredar por testamento los que, nombrados por él tutores, curadores o albaceas, hayan rehusado sin justa causa el cargo, o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio”.⁶³

“Artículo 1332: Lo dispuesto en la primera parte del artículo anterior, no comprende a los que, desechada por el juez la excusa, hayan servido el cargo”.⁶⁴

“Artículo 1696: El albacea que renuncie sin justa causa, perderá lo que hubiere dejado el testador. Lo mismo sucederá cuando la renuncia sea por justa causa, si lo

⁶² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 257.

⁶³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 258.

⁶⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 258.

que se deja al albacea es con el exclusivo objeto de remunerarlo por el desempeño de su cargo”.⁶⁵

7. Indignidad.- La doctrina señala a la indignidad como la incapacidad por causa de delito, distinguiendo entre la indignidad y la incapacidad mediante diversas notas. No todas las causales son delito; algunos son deberes sociales y morales. El artículo 1316 establece:

“Artículo 1316: Son incapaces de heredar por testamento o por intestado:

I.- El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella:

II. El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aún cuando aquella sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra, o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge;

III.- El cónyuge que mediante juicio haya sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente;

IV.- El coautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de este o de la del cónyuge inocente;

V.- El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus descendientes o de sus hermanos;

⁶⁵ *Op. Cit.*, Código Civil, Pág. 310.

VI.- El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ello;

VII.- Los ascendientes que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes, respecto de los ofendidos;

VIII.- Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de darle alimentos, no la hubieren cumplido;

IX.- 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;

X.- El que usare violencia, dolo o fraude con un apersona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento;

XI.- El que conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, substitución o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió de corresponder a éste o a las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con estos actos;

XII.- El que haya sido condenado por delito cometido en contra del autor de la herencia".⁶⁶

Con lo anterior, la diferencia entre incapacidad e indignidad para heredar puede ahora ser mejor entendida.

La indignidad ocurre cuando la causa de la misma es un hecho ilícito o inmoral o imputable al heredero, en perjuicio del autor de la herencia, de sus familiares o de su memoria. Como quedó establecido anteriormente, para que una persona pueda heredar, requiere de existir, ser capaz y ser digno. La dignidad entonces, se requiere

⁶⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 254.

para que una persona pueda heredar de otra. La ley presupone mediante este requisito, que el heredero tiene ciertos deberes morales frente al testador; le debe lealtad y solidaridad, por lo que debe observar una conducta debida.

Tanto las indignidades como las incapacidades son establecidas por la ley. Sin embargo, las indignidades, a diferencia de las incapacidades, pueden ser perdonadas. Así pues, el indigno puede ser rehabilitado para heredar a través del perdón concedido por el autor de la sucesión. Se distingue en este perdón entre la sucesión testada y la legítima. En el primer supuesto, el artículo 1319 de nuestro Código Civil establece que sólo se recobra la capacidad para heredar cuando después de conocido el agravio, el ofendido instituye heredero al ofensor o revalida su institución anterior con las mismas solemnidades que se exigen para testar.

En el segundo supuesto, el numeral 1318 del mismo cuerpo legal señala que, cuando la parte agraviada perdonare al ofensor, éste recobrará el derecho a heredar por intestado, siempre que el perdón conste por declaración o por hechos indubitables.

II.4.- EL LEGADO

II.4.1.- CONCEPTO.- Es la institución testamentaria mediante la cual el legatario adquiere a título particular el derecho a una prestación de dar o de hacer, sin mas modalidades que las expresamente impuestas por el testador, teniendo a demás responsabilidad subsidiaria respecto de la responsabilidad de los herederos y con límite hasta en donde alcance la cuantía de la prestación legada, es decir corresponde al beneficio de inventario, artículos 1285, 1392 y 1678.

El término de legado tiene dos acepciones, en la primer a significa el acto por el cual se transmite a título particular por causa de muerte, y en el segundo se refiere a la cosa-objeto o hecho-objeto materia propiamente del legado. Por lo que legados solo los hay testamentarios.

Es decir puede el legado ser subjetivo u objetivo, el primero de ellos como la sucesión a título singular o particular. Puede ser objetivo; como las cosas, servicios, objetos o prestaciones legados.

II.4.2.- REGLAS APLICABLES A LOS LEGADOS.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1391 dispone que “cuando no haya disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos”.⁶⁷

Las reglas de los herederos se aplicarán en forma supletoria respecto de los legados; por lo cual la capacidad de los legatarios, las condiciones que el testador impone, las reglas de la aceptación y de la repudiación aplicables a los herederos, se aplicarán también a los legatarios, excepto que su naturaleza no lo permita o haya disposición expresa en otro sentido.

-TODA LA HERENCIA REPARTIDA EN LEGADOS.

Cuando toda la herencia se distribuye en legados, a los legatarios se les tendrá como si fuesen herederos; esto indica la ley. La consecuencia de que los legatarios sean considerados como herederos es que su responsabilidad, en vez de ser subsidiaria, es directa, es decir a la ley le faltó establecer una presunción de que sino hubiere quien reclamara ser heredero, por considerarse que todo el caudal hereditario se hubiera repartido en legados, se reputase que no hay más bienes, salvo prueba en contrario, la cual sería a cargo de los legatarios, con lo que se beneficiaría a los acreedores, evitándoles posibles pérdidas de tiempo. Artículos 1286 y 1411.

-DERECHO DE RETENCIÓN DE LOS LEGATARIOS.

Nadie puede hacerse justicia por su propia mano, principio jurídico, que el legislador aplica al caso de los legados al decir que el legatario no puede tomar por sí mismo la cosa legada, que no la puede ocupar por su propia autoridad, pero el legislador lo

⁶⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 149.

faculta a retener la cosa, si esta estuviese ya en su poder, lo cual le otorga el derecho de retención. Artículos 1408 y 1409.

-ESTADO EN QUE DEBE ENTREGARSE LA COSA

La cosa legada debe entregarse al legatario en el estado en que se hallaba al morir el testador, así como todos los accesorios que le correspondan, incluyendo los frutos que se hayan producido desde el momento de la muerte del *de cujus*, artículo 1395 del Código Civil para el Distrito Federal.

-GASTOS Y CONTRIBUCIONES.

Los gastos de entrega de la cosa legada, así como las contribuciones que genere el legado, son a cargo del legatario, salvo disposición en contrario del testador. Artículos 1396 y 1410.

-ACEPTACIÓN DEL LEGADO.

La aceptación del legado es absoluta, o se acepta o se repudia, no se puede aceptar una parte y repudiar la otra. Artículo 1397.

Si el legatario fallece sin aceptar ni repudiar el legado, lo correcto en materia jurídica es que sus herederos decidan si el legado pasó o no a ser propiedad del legatario que murió sin decidir; sin embargo, la ley dice y, por tanto, es legal, que si el legatario falleció sin aceptar o repudiar y dejó varios herederos, unos podrán aceptar y otros repudiar la parte que les corresponda en el legado.

El autor Asprón Pelayo dice que "es absurdo, que los herederos del legatario puedan aceptar o repudiar parte del legado puesto que a los herederos del legatario no les corresponde ninguna parte en el legado, ya que no adquieren del testador que estableció el legado, sino que adquieren del legatario que no decidió"⁶⁸. Por lo que opina que los herederos del legatario que murió sin decir simplemente deberían por mayoría de votos, decidir si el legado entró al patrimonio del *de cujus* del que

⁶⁸ ASPRON PELAYO, Juan M., *Sucesiones*, Mc Graw Hill, México, 1996, pág. 70.

heredan o no, pero el hecho que sea legal, no implica que sea posible ni que la solución sea la correcta. Artículos 1398 y 1659.

VARIOS LEGADOS, O LEGATARIO Y HEREDERO AL MISMO TIEMPO.

Si se designa a una persona al mismo tiempo como heredero y como legatario, podrá aceptar lo uno y repudiar lo otro, indistintamente, con independencia de que alguna de las dos instituciones fuere onerosa y la otra gratuita. Artículo 1400.

Si a una persona se le instituye con dos o mas legados, para la aceptación o repudiación, que será en relación a cada uno de ellos, deberán observarse las siguientes reglas:

- Si todos los legados son o bien onerosos, o bien gratuitos, se pueden aceptar o repudiar los que se desee.
- Si hay legados onerosos y gratuitos, entonces deberá decidir conforme a lo siguiente:
 - a) se puede aceptar el o los onerosos, y repudiar el o los gratuitos.
 - b) No se pueden aceptar el o los gratuitos, si se repudia el o los onerosos.

Artículo 1399.

GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DEL LEGADO.

Los legatarios tienen derecho a que se les garantice el cumplimiento de su legado, pudiendo consistir la garantía en cualquiera de las formas permitidas por la ley, pero sólo podrán exigir fianza a los herederos, o hipoteca necesaria a los co-legatarios. Artículos 1763, 1406 y 1407.

II.4.3.- CLASIFICACIÓN DE LOS LEGADOS.

Cabe una distinción entre legado y carga porque aquél otorga un derecho real en el que el causante es el autor de la herencia, se trata de una sucesión de derechos del

autor de la herencia en tanto que la carga es más bien una obligación impuesta, por consecuencia, es una disposición accesoría que grava al heredero o legatario.

Una primera e importante clasificación de legados consistiría en distinguir si el autor de la herencia deja como tal un bien individualizado dentro de su patrimonio o una cosa genérica; en el primer caso estarnos en presencia de un legado de especie y en el segundo de un legado de cantidad o género.

II.4.3.1.- CLASIFICACIÓN DE ACUERDO AL BIEN LEGADO.

-LEGADOS DE ESPECIE

En el legado de especie el bien se transmite al legatario desde el momento mismo de la apertura de la sucesión, por eso se indica que la cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador que si la cosa legada estuviere en poder del legatario podrá este retenerla, sin perjuicio de devolver en caso de reducción lo que corresponda y que el importe de las contribuciones correspondientes al legado se reducirá del valor de este, a no ser que el testador disponga otra cosa. (Artículos 1395, 1409 y 1410 del Código Civil para el Distrito Federal).

"Artículo 1395.- La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador."⁶⁹

"Artículo 1409.- Si la cosa legada estuviere en poder del legatario, podrá éste retenerla, sin perjuicio de devolver en caso de reducción lo que corresponda conforme a derecho."⁷⁰

"Artículo 1410.- El importe de las contribuciones correspondientes al legado, se deducirán del valor de éste a no ser que el testador disponga otra cosa."⁷¹

⁶⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 150.

⁷⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 151.

⁷¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 151.

De donde se deduce que el principio fundamental tratándose de legados de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere y hace suyos los frutos pendientes y futuros y que la cosa legada correrá a riesgo del legatario en cuanto a su pérdida, aumento o deterioro, por lo que podría decirse que el legatario tiene derecho de reivindicar la cosa (artículos 1429 y 1430).

“Artículo 1429.- Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere y hace suyos los frutos pendientes y futuros, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa.”⁷²

“Artículo 1430.- La cosa legada en el caso del artículo anterior, 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.”⁷³

-LEGADO DE CANTIDAD O GÉNERO:

Por el contrario, el legado de cantidad o de género no transmite la propiedad hasta que dicha cantidad o género se especifica. Es por eso que el legislador acepta como válido el legado de cosa ajena si el testador sabía que lo era, pues en estos casos el heredero estará obligado a individualizar la cosa genérica o adquirir la cosa ajena. En esas circunstancias, si el testador ignoraba que la cosa legada era ajena, el legado es nulo (artículos 1433 y 1440 del Código Civil).

“Artículo 1433.- La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena, corresponde al legatario.”⁷⁴

⁷² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 152.

⁷³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 152.

⁷⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 153.

“Artículo 1440.- Si el testador ignoraba que la cosa fuese propia del heredero o del legatario, será nulo el legado.”⁷⁵

Una hipótesis interesante es el legado a favor de un heredero, que tiene validez, y en este caso se autoriza al heredero a renunciar la herencia si así le conviniera y a aceptar el legado, o a renunciar a este y aceptar aquella (prelegado, artículo 1400); por esa razón se indica que el testador puede gravar con legados no sólo a los mismos herederos sino a los mismos legatarios (artículo 1394).

“Artículo 1400.- El heredero que sea al mismo tiempo legatario, puede renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla.”⁷⁶

“Artículo 1394.- El testador puede gravar los legados no sólo a los herederos, sino a los mismos legatarios”⁷⁷

-LEGADO DE CRÉDITO Y LIBERACIÓN DE DEUDA.

El legado de un crédito y el legado de liberación de deuda tienen reglas especiales, pues si el crédito sólo constare en el testamento se considerará como legado preferente al igual que el legado de liberación de deuda si sólo consiste en devolución de la cosa recibida en prenda, o en el título constitutivo de una hipoteca, sólo extingue el derecho de prenda o hipoteca, pero no la deuda y la misma regla se aplicará tratándose de la fianza; pero, en cambio, el legado esta obligado, no solamente a dar al deudor la constancia del pago, sino también a desempeñar las prendas, a cancelar las hipotecas y las fianzas y a liberar al legatario de toda responsabilidad. El legado de liberación o perdón de deudas comprende sólo las existencias al tiempo de otorgar el testamento y no las posteriores.

El legado de crédito no obliga al gravado a garantizar el buen nombre ni la eficacia del crédito, pues en este caso el que debe cumplir con el legado lo satisface

⁷⁵ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 153.

⁷⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 150.

⁷⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 150.

entregando y cediendo las acciones que en virtud de él correspondan al testador, sin que surja obligación de saneamiento ni cualquier otra responsabilidad, ya provenga esta del mismo título, ya de insolvencia del deudor o de sus deudores o de cualquier otra causa (artículos 1450 y 1451).

“Artículo 1450.- En el caso del artículo anterior, el que debe cumplir el legado entregará al legatario el título del crédito y le cederá todas las acciones que en virtud de él correspondan al testador.”⁷⁸

“Artículo 1451.- Cumpliendo lo dispuesto en el artículo que precede, el que debe pagar el legado queda enteramente libre de la obligación de saneamiento y de cualquiera otra responsabilidad, ya provenga ésta del mismo título, ya de insolvencia del deudor o de sus fiadores, ya de otra causa.”⁷⁹

Finalmente, si los bienes de la herencia no alcanzan para cubrir todos los legados, tienen preferencia en primer término los legados que el autor de la herencia hizo en atención a los servicios recibidos por el legatario y que no tenía obligación de pagar los que el propio testador haya declarado preferentes, los de cosa cierta y determinada y los de alimentos o educación; por eso los legatarios adquieren a título particular y no responden de las cargas de la herencia, salvo que el testador se las haya impuesto o que existiendo un pasivo elevado se sacrifiquen las porciones hereditarias y en último caso los legados.

II.4.3.2.- CLASIFICACIÓN DE ACUERDO AL CÓDIGO CIVIL.

Los legados pueden revestir determinadas características, que son de reglamentación por nuestro Código civil y de estudio para tratadistas. Se les asigna diversas denominaciones; así, el Código Civil para el Distrito Federal, los clasifica en.

⁷⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 154.

⁷⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 154.

-LEGADOS ALTERNATIVOS.- Se llama así a la disposición testamentaria en que se designan diversas cosas para que por elección del heredero, alguna de ellas sea entregada al legatario. Si el legatario es el que tiene derecho de escoger, se denomina de opción. La regla es que a falta de disposición expresa del testador, corresponde al heredero a elegir la cosa que deba entregar. En esto se sigue la regla general de las obligaciones alternativas.

Cuando lo alternativo se da entre una herencia y el legado, o sea que el legatario es también heredero, entonces la facultad de elegir le corresponde, pudiendo optar por alguna de las dos liberalidades; o es heredero o es legatario.

Si se legan dos bienes y uno de ellos tiene un gravamen, deben aceptarse ambos, pues no se permite recibir uno y repudiar el otro; tampoco puede el legatario aceptar parcialmente un legado.

-LEGADOS REMUNERATORIOS.- se llaman así aquellos que instituye el testador para cumplir con algún deber en compensación de algún servicio prestado por el legatario, que el testador no estuviese obligado a pagar. La característica de estos legados es que son preferentemente en el pago.

-LEGADOS POR SU OBJETO.- A su vez se clasifican en legados de cosa o de servicio.

-LEGADO DE COSA.- Es el que consiste en la disposición testamentaria de transmitir a una persona una cosa, este tipo de legado puede ser de cosa individualmente determinada, de un género o especie, los cuales tienen diversos tratamientos:

- a) De la cosa del testador.- De cosa del testador, en este legado se está ante la disposición normal por testamento a título singular. Por ejemplo, el testador lega algo concreto de su patrimonio presente, en este caso, si la cosa se

encuentra entre los bienes de la herencia el legado es válido, pero si el testador dispuso de ella en vida, o se pierde, destruye o es motivo de evicción, el legatario no adquiere ningún derecho.

b) De cosa ajena.- De cosa ajena: consiste en la disposición testamentaria que deja al legatario una cosa que al testar o morir el testador, no era de su patrimonio. Si la cosa era ajena y el testador lo sabía, el heredero debe adquirirla para entregarla al legatario, y si no la puede adquirir, dará su equivalente en dinero. Si el testador ignoraba que la cosa fuera ajena y la creyera propia, el legado no tiene validez. Si el testador adquiere luego de testar lo que no se sabía que era ajeno, el legado es válido. Si el propietario de la cosa legada es del heredero o de otro legatario, el legado es válido. Si la cosa es propia en parte y ajena en el resto para el testador, solo se extiende el legado a lo propio del *de cuius*, salvo disposición expresa en contrario. Si el legatario adquirió la cosa después de hecho el testamento, se entiende legado el precio.

-LEGADO DE SERVICIO.- cuando lo que se lega es el hecho de un tercero, el legado puede implicar una prestación o servicio que debe realizar el heredero o legatario gravado con ella, o que la prestación debe ser realizada por un tercero. En ambos casos, el legado debe valorizarse en dinero para los efectos del beneficio de inventario y el monto de la garantía que tenga que otorgar el obligado.

-LEGADO DE GÉNERO.- Es aquel compuesto por bienes muebles o inmuebles que no se determinan específicamente, sino sólo por el género a que pertenecen. Este tipo de legado es válido aunque el género no exista en la herencia; así, si al legatario se le legara el menaje para su casa, deberá adquirirlo, pero si se le legara el menaje de la casa del testador, se estará a la regla de las cosas determinadas. A propósito es conveniente recordar la regla respecto a los bienes muebles, por la cual en el legado de los bienes muebles de una cosa no se entienden incluidos el dinero, los documentos y papeles, colecciones científicas y artísticas, libros, medallas, armas,

joyas, ropa, vinos o mercancías, sino sólo el ajuar y utensilios propios del menaje de una casa.

Dentro del legado de género se comprende el legado de dinero; si no lo hay en la masa hereditaria, deberán venderse bienes de la misma para pagarlo, o lo pagará el heredero de su peculio si a él se le cargó con el legado.

Cuando las cosas que comprenden un género son de diversa calidad y valor, debe entregarse una de mediana calidad y precio.

-LEGADO DE USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN.- Es la disposición testamentaria que le concede al legatario el uso y goce, y no el dominio de la cosa legada. Estos legados en principio, son vitalicios, a no ser que el testador disponga que duren menos de la vida del legatario. Si se establecen por un plazo y el legatario muere antes, no transmite ningún derecho a sus herederos. Cuando estos legados son dejados a alguna corporación que tiene capacidad de adquirirlos, solo duran veinte años.

-LEGADOS DE PRESTACIÓN O SERVICIO.- Consisten en la disposición testamentaria que concede al legatario el derecho a percibir alguna cosa o servicio como dinero, comida, habitación, asistencia sanitaria, etc., entregados periódicamente y por un determinado tiempo. Estos legados son de pensión, alimentos y educación:

a) Legado de pensión.- Es el que otorga al legatario el derecho a percibir un pago periódico de dinero, en una cantidad determinada por el *de cuius* y por un plazo establecido por el testador, el cual puede ser por toda su vida.

b) Legado de alimentos.- Consiste en la disposición testamentaria que concede al legatario el derecho a percibir comida, vestido, habitación y asistencia médica hasta una determinada edad, mientras esté incapacitado

para procurarse por sí mismo la subsistencia, o por toda la vida. Si en este legado no se establece cantidad, se está a las reglas de la obligación alimentaria en cuanto a la necesidad del acreedor y la posibilidad del deudor, en este caso, a las posibilidades de la herencia.

c) Legado de educación.- Es en la que se instituye a una persona o personas determinables como legatarios, para costear sus estudios por determinado tiempo, o hasta que se establezca para ejercer oficio o carrera. El Código civil señala a la llegada de la mayoría de edad, o antes si adquiere medio de subsistencia o contrae matrimonio. Es de desear mayor liberalidad, pues es difícil adquirir una profesión antes de los dieciocho años.

-LEGADOS DE CRÉDITO Y DEUDA.- En este caso, el testador que es titular de un crédito dispone en su testamento que lo transmite a determinada persona. El heredero entregará al legatario los títulos y documentación referente al caso, salvo disposición expresa en contrario. El crédito lleva como accesorios los intereses desde la muerte del testador. El legado de deuda constituye la disposición testamentaria por lo cual se libera al deudor de una deuda que tenía pendiente con el autor de la sucesión. Este tipo de legado puede ser solo de garantía que sostiene al crédito como prenda o hipoteca; en este caso la deuda subsiste, pero se libera la garantía real y debe devolverse al deudor el bien dado en prenda, o cancelarse la hipoteca.

II.4.3.3.- CLASIFICACIÓN DE BONNECASE

Bonncase, dice que los legados en atención a su objeto se clasifican en⁸⁰ :

- Legado Universal.
- Legado a título universal.
- Legado a título particular.

⁸⁰ BONNECASE, Julian, *Elementos del Derecho Civil*, regimenes matrimoniales y derecho de las sucesiones, Tomo III y último, Volumen XV, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1930. Pág. 361.

-LEGADO UNIVERSAL.- Es la disposición testamentaria por la cual el testador deja a una o varias personas, la totalidad de los bienes que tenga a su muerte o vocación a esta universalidad. Es necesario pensar siempre en la idea de vocación a toda la herencia, como característica del legado universal; lo que el legatario puede llegar a recibir, es de mas importancia que lo que respectivamente reciba, debido a la existencia de varios legatarios universales o de la presencia de herederos reservatarios. Puede llegar el caso de que el legatario universal no reciba nada en lo absoluto, si el testador dispuso, por otra parte, de todos sus bienes, en la forma de legados particulares. En tal caso el legatario universal no es sino un ejecutor testamentario.

-LEGADO A TITULO UNIVERSAL.- Es una disposición por la cual, el testador lega ya sea una parte alícuota de todos sus bienes, o la porción de estos de que la ley le permite disponer, o la universalidad de sus inmuebles o de sus muebles o una parte fija de la universalidad de unos u otros.

-LEGADO A TITULO PARTICULAR.- Todos los legados a los cuales no les aplica ni la definición del legado universal, ni del legado a título universal. En otros términos, estos recaen sobre bienes individualizados o simplemente determinados en su valor o calidad. Se oponen a los legados universales y a título universal, debido a que no se refieren al conjunto del patrimonio del testador, o una parte alícuota de éste, sino a elementos concretos del mismo patrimonio.

II.4.4.- ORDEN DE PAGO DE LOS LEGADOS

Para el pago de los legados debe seguirse un orden, que adquiere especial importancia cuando los bienes de la herencia no son suficientes para pagarlos a todos. Al respecto nuestro Código Civil establece el siguiente orden de pago:

- 1.- Legados remuneratorios
- 2.- Legados preferentes por voluntad del testador o por ley
- 3.- Legados de cosa cierta y determinada
- 4.- Legados de alimentos o educación.
- 5.- Todos los demás, que serán pagados a prorrata, en igualdad, con el remanente de herencia.

II.4.5.- INEFICACIA DE LOS LEGADOS

Los legados pueden ser ineficaces por las mismas causas que la herencia como acto jurídico, pero además por causas específicas cuando se trata de legado de cosa individualmente determinada, como:

- 1.- Cuando la cosa no está en la herencia:
- 2.- Cuando la cosa es ajena, ignorándolo el testador;
- 3.- Cuando se establezca el legado en virtud de una causa expresa que resulte errónea (vicio de la voluntad por falso motivo).
- 4.- Cuando se establezca una condición física o legalmente imposible de hacer o no hacer, pues anula la institución;
- 5.- Cuando se imponga una sustitución fideicomisaria (que obligue al legatario a transmitir la cosa legada a determinada persona a su fallecimiento, lo que se tendrá por no puesto aunque se establezca como legado a cargo del legatario).

II.4.6.- CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LOS LEGADOS:

a) Por actos del testador: El testador puede dejar sin efectos un legado, bien sea con la intención expresa de que así sea, bien sea que su intención se encuentre intrínseca en los actos que ejecute; es decir, la revocación de los legados puede ser expresa o tácita; es más, por actos del testador, de manera involuntaria puede quedar sin efectos el legado. El testador puede en cualquier momento revocar el legado, para ello es necesario que revoque el testamento. Para revocar el

testamento es necesario que el testador haga uno nuevo. Artículo 1494. Sin embargo, el testador puede extratestamentariamente dejar sin efectos el legado si le cambia la forma y denominación a la cosa legada. Artículo 1393. También quedará sin efectos el legado por actos del testador, si enajena la cosa objeto del legado, sin embargo, el legado valdrá si el testador readquiere la cosa Artículo 1413.

“Artículo 1393.- No produce efecto el legado si por acto del testador pierde la cosa legada la forma y denominación que la determinaban.”⁸¹

“Artículo 1413.- Queda también sin efecto el legado, si el testador enajena la cosa legada; pero vale si la recobra por un título legal.”⁸²

b) Por actos del legatario: El legado puede quedar sin efectos por causas ajenas a la voluntad del legatario, si éste es incapaz o si no se cumple la condición suspensiva, o bien, por causas imputables a la voluntad del designado como legatario, tal es el caso si repudia el legado.

c) Por causas de la cosa: El legado también puede quedar sin efectos por causas imputables a la cosa objeto del legado, como por ejemplo e el caso de que la cosa se pierda o destruya, esto es, que la cosa parezca; tampoco habrá legado si la cosa se pierde por evicción, porque la cosa sea ajena, sin saberlo el testador, porque la cosa sea propia del legatario al otorgarse el testamento, porque sea un legado de bien inmueble, designado por género y que no lo haya en el caudal hereditario. Artículos 1412, 1434, 1436, 1458, 1427 y 1428.

⁸¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 153.

⁸² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 151.

“Artículo 1412.- El legado queda sin efecto si la cosa legada perece viviendo el testador, si se pierde por evicción, fuera del caso previsto en el artículo 1459, o si perece después de la muerte del testador, sin culpa del heredero.”⁸³

“Artículo 1434.- Si el testador ignoraba que la cosa legada era ajena, es nulo el legado.”⁸⁴

“Artículo 1436.- Es nulo el legado de cosa que al otorgarse el testamento pertenezca al mismo legatario.”⁸⁵

“Artículo 1458.- Si la cosa indeterminada fuere inmueble, sólo valdrá el legado existiendo en la herencia varias del mismo género; para la elección se observarán las reglas establecidas en los artículos 1456 y 1457.”⁸⁶

“Artículo 1427.- 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.”⁸⁷

“Artículo 1428.- Si la cosa mencionada en el artículo que precede, existe en la herencia, pero no en la cantidad y número designados, tendrá el legatario lo que hubiere.”⁸⁸

d) Por causa del testamento: En el caso de que el testamento no surta su efecto, el legado tampoco, excepto en el caso de instituciones de beneficencia privada, Artículo 1417 Código Civil y 11 de la Ley de Instituciones de Beneficencia Privada.

“Artículo 1417.- Si se declara nulo el testamento después de pagado el legado, la acción del verdadero heredero para recobrar la cosa legada procede contra el

⁸³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 151.

⁸⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 153.

⁸⁵ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 153.

⁸⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 155.

⁸⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 152.

⁸⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 152.

legatario y no contra el otro heredero, a no ser que éste haya hecho con dolo la partición.”⁸⁹

II.4.7.- CUMPLIMIENTO DE LOS LEGADOS.

El heredero, o legatario en su caso, que acepte lo que le dejó el *de cuius*, queda obligado a prestar el legado que se le haya impuesto, ya que la aceptación de herencia debe hacerse en términos absolutos, no puede sujetarse a ninguna modalidad. Artículos 1419 y 1657.

“Artículo 1419.- Si la carga consiste en la ejecución de un hecho, el heredero o legatario que acepte la sucesión queda obligado a prestarlo.”⁹⁰

En caso de que a un legatario se le haya impuesto cumplir, a su vez, con otro legado, deberá cumplir con la obligación que se le impuso, pero si sólo recibe parte del legado quedará obligado a cumplir el legado únicamente en proporción a lo que recibió, más aún si el legatario cumpliera el sub- legado, y posteriormente sufriere de evicción, podrá repetir lo que hubiere entregado, ya que habrá realizado un pago de lo indebido. Artículo 1420 y 1882 y siguientes.

Si a quien se impuso el cumplimiento de un legado repudiase la herencia, el legado surtirá efectos y deberá cumplirse con la porción a que tenía derecho quien renunció. La ley protege que al legatario le llegue el beneficio que el *de cuius* le concedió, y no deja al arbitrio del obligado la existencia del legado. Artículo 1418.

Artículo 1418.- Si el heredero o legatario renunciare a la sucesión, la carga que se les haya impuesto se pagará solamente con la cantidad a que tiene derecho el que renunció.⁹¹

⁸⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 152.

⁹⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 152.

⁹¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 152.

II.4.8.- CADUCIDAD DE LOS LEGADOS⁹²:

La caducidad supone que el legado no se cumple por una causa distinta a la revocación, y aunque sea válido en todos sentidos, varias son las causas de caducidad:

- a) La no aceptación del legado o repudio del mismo.
- b) La incapacidad del legatario, posterior al testamento, pues de haber sido anterior al legado sería nulo.
- c) La defunción anterior del legatario, solo cuando el legatario vive al fallecer el testador, podrá aquel transmitir los beneficios del legado a sus causahabientes, pues las libertades testamentarias son personales.
- d) La no realización de la condición suspensiva.
- e) El cumplimiento de la condición resolutoria.
- f) La pérdida de la cosa legada.

II.5.- EL LEGATARIO.

.- CONCEPTO

El Legatario es aquella persona física o moral, designada en un testamento, que ha de suceder al autor de la herencia a título particular y recibe una cosa pecuniaria específica, una porción de bienes pecuniarios a título particular, o algún hecho o servicio determinado, ya sea a título gratuito, con modalidad o carga.

Cabe señalar que la categoría de legatario no se otorga por la cantidad de bienes que cada uno recibe, sino por el modo como una persona es llamada a gozar y recoger la masa hereditaria. Se es legatario por la calidad de tal y no por la cantidad de bienes que se reciban.

⁹² *Op. Cit.*, BONNECASE, Julian, pág. 364.

El término "legado" (igual que el de "herencia") es equívoco, ya que puede ser concebido en varios sentidos. En un sentido objetivo, en el cual se entiende por legado a la cosa, prestación o hecho materia del legado; y en un sentido subjetivo, como el acto por el cual se sucede a título particular por causa de muerte.

Respecto de la regulación de los legatarios, el artículo 1391 del Código Civil dispone que cuando no haya disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos. Por lo tanto son aplicables de manera supletoria a los legados, las disposiciones respectivas a los herederos, siempre que su naturaleza lo permita, y no exista disposición expresa en contrario.

II.5.2.- DESIGNACIÓN VOLUNTARIA.

A diferencia de la institución de heredero, que puede ser por dos maneras, la institución de legatario únicamente tiene lugar cuando se designa a dicha persona de manera voluntaria a través del otorgamiento de un testamento.

El legado se da como consecuencia de una disposición testamentaria, es decir, sólo puede ser inserto en un testamento, y por lo tanto en una sucesión legítima nunca podrá darse esta figura.

II.5.3.- CARACTERÍSTICAS.

De manera similar a lo analizado en el caso de la institución de heredero, en el caso del legatario, se deben resaltar dos características que aplican a dicha figura, una, de igual forma referente al modo de adquirir y la otra, también respecto de su responsabilidad. Sin embargo, a diferencia de lo estudiado para el heredero, en el caso en cuestión, dichas características debemos entenderlas de manera diametralmente opuestas.

Debemos afirmar que el legatario es, en primer lugar, un adquirente a título singular o particular y, en segundo lugar, que el legatario, en su calidad de tal, responde únicamente de las cargas que expresamente le haya impuesto el testador y, además, es responsable subsidiario con los herederos. Obviamente también con el debido respeto del principio general del beneficio de inventario.

Abundando al respecto, el hecho de que el legatario sea un adquirente a título singular o particular, implica que él recibe un bien en concreto o un conjunto de bienes individualmente determinados de la herencia. Los romanistas llaman a éste tipo de sucesión, *successio in rem, in rei dominium, in singularum rerum dominium*.

Desde este punto de vista, y en virtud de que en principio, el legatario únicamente responde de las deudas impuestas expresamente por el testador, con la sabida responsabilidad subsidiaria con los herederos, aquél deviene en acreedor de la masa hereditaria, y por tanto, acreedor de aquel o aquellos que tengan calidad de herederos.

Asimismo, el legatario pudiera llegar a compartir responsabilidad con los herederos respecto de las deudas de la masa hereditaria, pero sólo de manera subsidiaria, cuando sea indispensable utilizar los bienes del legatario para liquidar deudas con acreedores y los bienes de la masa no sean suficientes por sí mismos para ese cometido. Lo anterior, en última instancia, es la aplicación hasta el extremo, del multicitado beneficio de inventario.

El artículo 1285 del Código Civil recoge ambas características al señalar que “El legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos”.⁹³

⁹³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 249.

II.5.4.- DIFERENCIAS ENTRE LEGATARIO Y HEREDERO⁹⁴:

-LEGATARIO.

- En la sucesión fue establecido a título particular.
- Recibe cosas determinadas, servicios o prestaciones concretas e individuales.
- Es un sucesor *mortis causa* a título particular, que no sustituye al de cuius en la titularidad del patrimonio, sino solo en cosas particulares.
- No responde de las cargas de la herencia ni de otros legados con los cuales no esté expresamente gravado.

-HEREDERO.

- En la sucesión fue establecido a título universal.
- Recibe siempre un patrimonio o una parte alícuota de él, en el que se incluyen bienes, derechos y obligaciones.

-LEGADO.- (Del latín *legatus*, manda que en su testamento hace un testador a una o varias personas naturales o jurídicas.) Conforme a los artículos 1284 y 1285 del Código Civil en tanto que "el heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcanza la cuantía de los bienes que hereda" "el legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos", por esa razón se dice que se entiende por legado toda atribución patrimonial *mortis causa* a título particular.⁹⁵

⁹⁴ ARCE Y CERVANTES José, *De las Sucesiones*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1992, pág. 91.

⁹⁵ DICCIONARIO JURÍDICO 2003. Desarrollo Jurídico Profesional, pág. 54.

II.5.5.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS LEGATARIOS

-DERECHOS:

- 1.- Recibir la cosa legada con todos sus accesorios, mejoras y frutos, pero no las nuevas adquisiciones que se agreguen a una propiedad para aumentarla, sino hay una nueva declaración del testador.
- 2.- Exigir que el heredero le otorgue fianza.
- 3.- Exigir la constitución de hipoteca necesaria por parte de los otros legatarios cuando toda la herencia se distribuye en legados.
- 4.- Exigir que el albacea caucione su manejo, ya sea con fianza, hipoteca o prenda.
- 5.- Retener la cosa legada.
- 6.- Reivindicar la cosa legada.
- 7.- Recibir la indemnización del seguro en caso de incendio de la cosa legada después de la muerte del testador. Artículo 1416 del Código Civil para el Distrito Federal.

-OBLIGACIONES:

- 1.- Abonar los gastos necesarios para la entrega.
- 2.- Pagar las contribuciones correspondientes al legado.
- 3.- responder subsidiariamente de las deudas de la herencia en proporción al monto del legado.

II.6.- ALBACEA.

II.6.1.- CONCEPTO

La palabra albacea se incorpora al idioma español tomada del vocablo árabe *al-waci*, que se utiliza para designar a una persona que está encargada de ejecutar una voluntad de otra persona; por ello se refirió el término de manera específica al ejecutor de la voluntad del testador. Los albaceas se llaman también ejecutores de las últimas voluntades, y se les llamó antiguamente mancebos, cabezaleros y testamentarios.

En términos sencillos, el albacea es aquella persona encargada de ejecutar la última voluntad, expresa o presunta, del difunto y, al efecto, administrar, liquidar y adjudicar la herencia.

Esto es, el albacea es la persona designada por el testador, los herederos o el juez, para dar cumplimiento a las disposiciones testamentarias, y/o para representar a las personas que intervienen en procedimiento sucesorio, y ejecutar todas las acciones que hubieren correspondido al autor de la herencia y que no se extinguieron con su muerte.

En otras palabras, el albacea es el administrador de un patrimonio en liquidación, que actúa en nuestro derecho, como auxiliar en la administración de justicia. No es un sujeto que represente al testador, ni a la sucesión. Es simplemente la persona que administra un patrimonio en liquidación que perteneció al autor de la sucesión. El albacea no es entonces representante, mandatario, intermediario o ejecutor, sino simplemente es albacea. No se puede limitar su concepción a uno sólo de los conceptos, por ser una figura tan especial.

II.6.2.- DESIGNACIÓN.

En el caso de que exista testamento, el testador puede designar expresamente a una persona para desempeñar ese cargo; así lo autoriza el artículo 1681 al decir que “El testador puede nombrar uno o más albaceas”.

Sin embargo, cuando no hay testamento, o aún habiendo uno, el testador no designó albacea o el designado no quiere o no puede desempeñar tal cargo, entonces corresponde a los herederos instituidos el nombrar a uno como tal, o en última instancia, al juez.

En este sentido, los artículos 1682 y 1687 del Código Civil disponen lo siguiente:

“Artículo 1682: Cuando el testador no hubiere designado albacea o el nombrado no desempeñare el cargo, los herederos elegirán albacea por mayoría de votos. Por los herederos menores votarán sus legítimos representantes”.⁹⁶

“Artículo 1687: Cuando no hay heredero o el nombrado no entre en la herencia, el juez nombrará el albacea, si no hubiere legatario”.⁹⁷

II.6.3.- TIPOS DE ALBACEA.

Los albaceas pueden ser:

1.- Testamentario.- Es el nombrado, como su nombre lo indica, en el testamento por el testador; puede ser universal o especial, individual o mancomunado, único o sucesivo y definitivo. Ello se de los artículos 1681, 1691 y 1692 del Código Civil.⁹⁸

⁹⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 308.

⁹⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 309.

⁹⁸ Rojina Villegas nos define a los *albaceas universales* como aquellos que tienen por objeto cumplir todas las disposiciones testamentarias y representar a la sucesión. Cuando su nombramiento depende de los herederos o el juez, dichos albaceas sólo tienen función representativa de la herencia; y *albaceas especiales* como aquellos que tienen una función determinada por disposición expresa del testador para cumplir una cierta disposición testamentaria.

2.- Legítimo.- Se produce cuando el testador no lo hubiese nombrado, o la persona muriese intestada, por lo que es nombrado por los herederos. Los herederos nombrarán al albacea por mayoría de votos, misma que se computará en relación con las porciones hereditarias y no por el número de personas. Únicamente puede ser universal, definitivo e individual. No pudiendo nombrarse en este supuesto albaceas especiales, ni provisionales, ni múltiples, ya sean mancomunados o sucesivos. Así lo establece el Código Civil en sus artículos 1682, 1683 y 1685.

3.- Dativo.- Es el nombrado por el juez cuando en la votación efectuada por los herederos para designar un albacea no hubiese mayoría, o bien cuando no haya heredero, o el nombrado no entre en la herencia. Únicamente puede ser universal. Así lo disponen los artículos 1684 y 1687 del Código Civil.

II.6.4.- OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL ALBACEA.

Dentro de las obligaciones del albacea hay que distinguir entre las del albacea universal o las del particular o especial.

Respecto la del albacea universal son:

- a) La presentación del testamento,
- b) El aseguramiento de los bienes de la herencia,
- c) La formación de Inventarios,
- d) La administración de los bienes y la rendición de cuentas del albaceazgo,
- e) El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias,

- f) La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios,
- g) La defensa en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento,
- h) La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren contra ella,
- i) Deducir todas las acciones que pertenezcan a la herencia,
- j) Entregar al ejecutor especial las cantidades o cosas necesarias para que cumpla la parte del testamento que estuviere a su cargo,
- k) Proponer al juez, dentro de los quince días siguientes a la aprobación del inventario, la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, señalando la parte de ellos que cada bimestre deberá entregarse a los herederos o legatarios.
- l) Fijar dentro del primer mes del ejercicio del cargo, de acuerdo con los herederos, la cantidad que haya de emplearse en los gastos de administración y el número y sueldo de los dependientes (artículos 1706 al 1759 del Código Civil).

Arce Cervantes nos dice que el albacea es un elemento obligatorio de las sucesiones testamentarias o intestamentarias ya que sus funciones son complejas, como lo son principalmente administrar y proteger el caudal relicto en beneficio de los herederos, legatarios así como de los acreedores del *de cuius* y como el patrimonio destinado a liquidarse, deberá proceder a realizar esta liquidación y entregar finalmente los bienes a quien le correspondan.⁹⁹

⁹⁹ Op. Cit., ARCE Y CERVANTES, José, pág. 195.

El Testamento Público Simplificado no contempla la figura del albacea en la tramitación simplificada sino que se pretende sustituir por una nueva figura denominada representante especial, que como más adelante analizaremos no tiene cualidades ni la fuerza de un albacea.

II.6.5.- PROHIBICIONES.

Las prohibiciones establecidas para los tutores respecto de la compra y arrendamiento de los bienes de los incapacitados que se encuentren bajo su guarda y protección afectan a los albaceas en relación con los bienes de la herencia, según los artículos 569 y 570 del Código Civil.

De Pina comenta que el albacea no puede gravar ni hipotecar los bienes de la sucesión sin consentimiento de los herederos, o de los legatarios, en su caso, ni transigir, ni comprometer en árbitros los negocios de la herencia, sin consentimiento de los herederos, ni dar en arrendamiento dichos bienes por más de un año, sin la autorización que se necesita para gravarlos o hipotecarlos.¹⁰⁰

II.6.6.- CARACTERÍSTICAS.

El cargo de albacea reviste características que determina con claridad la ley, y entre ellas las más destacadas son éstas:

a) Es un cargo voluntario, esto es, que ninguna persona está obligada a ser albacea, pero una vez que acepte el nombramiento, está en la necesidad de llevarlo hasta el fin de sus funciones. El artículo 1695 determina:

¹⁰⁰ DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, volumen segundo, Editorial Porrúa, México, 1987, pág.391.

“El cargo de albacea es voluntario; pero el que lo acepte, se constituye en la obligación de desempeño”.¹⁰¹

b) Si rehúsa el cargo el designado albacea o renuncia al mismo sin justa causa y además aparece nombrado heredero, pierde el derecho a heredar. Así, el artículo 1331 determina que:

“Por renuncia o remoción de un cargo, son incapaces de heredar por testamento, los que, nombrados en él tutores, curadores o albaceas, hayan rehusado sin justa causa el cargo, o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio”.

Y Se tiene también la norma del artículo 1696 la cual dispone que “El albacea que renuncie sin justa causa, perderá lo que hubiere dejado el testador. Lo mismo sucederá cuando la renuncia sea por justa causa, si lo que se deja al albacea es con el exclusivo objeto de remunerarlo por el desempeño del cargo”.¹⁰²

c) El cargo de albacea es personalísimo, con lo cual se significa que designado no puede delegar su cargo en ninguna otra persona, sino que él es el único responsable de las funciones que la ley le encomienda. Es cierto que podrá asesorarse de personas que le puedan orientar y ayudar en el desempeño del cargo, pero eso no exime lo personalísimo de su encargo. Así, el artículo 1700 determina que:

“El albacea no podrá delegar el cargo que haya recibido, ni por su muerte pasa a sus herederos, pero no ésta obligado a obrar personalmente; puede hacerlo por mandatarios que obren bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éstos.”¹⁰³

d) Es un cargo oneroso. Por prestar sus servicios tiene derecho a una retribución, pero si lo decide, puede renunciar a la misma. Por lo tanto sólo por decisión de albacea, podría ser un cargo gratuito.

¹⁰¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 310.

¹⁰² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 258.

¹⁰³ *Op. Cit.*, Código Civil, págs. 310 y 311.

e) Es un cargo temporal. El albacea cuenta con un año para cumplir su encargo, según los artículos 1737, 1738 y 1739 del Código Civil.

f) Es un cargo que no precisa ser discernido. El albacea no requiere de declaración solemne.

II.7.- SUCESIÓN TESTAMENTARIA.

La sucesión testamentaria se basa en la libertad del testador de plasmar su voluntad en el testamento y de acuerdo a lo que el dispuso será como se desarrolle su sucesión después de su muerte.

México es un país cuya Constitución otorga la garantía de libertad a todos los hombres que pisen el territorio nacional, de esta libertad se deriva la libertad de testar. Asimismo nuestra Carta Magna nos da el derecho de propiedad. El testar y el derecho de propiedad van de la mano ya que no se puede disponer de lo que uno no tiene. Desgraciadamente existieron países en los que el ser humano no gozaba del derecho de propiedad y por lo mismo podía testar.

En nuestro país el sistema de la libertad de testar fue implantado por el Código Civil de 1884 y que el Código Civil vigente retomó. Como en casi todas las disposiciones, en esta también existe una limitación. La única limitante a la libertad de testar es la obligación de dar alimentos a los parientes más cercanos del testador como descendientes, ascendientes y cónyuge, que dependan económicamente de él. Por ejemplo, en el caso de que el testador nombre como herederos a sus hijos mayores de edad y no así a los menores de edad, sin dejarles una pensión alimenticia el testamento se convierte en Inoficioso. Es obligatorio dar alimentos a esos menores o heredarlos.

Las personas a las que el testador está obligado a dar alimentos se encuentra en el artículo 1368 del Código Civil, Si este no deja la pensión alimenticia, la ley lo hará supletoriamente alterando lo dispuesto por el testador en su testamento.

II.8.- SUCESIÓN LEGÍTIMA.

La sucesión legítima es aquella en que la ley llama a los parientes más cercanos del *de cuius*, para que lo sucedan en sus derechos y obligaciones por considerar que si este hubiese hecho testamento, las personas que hubiese nombrado serían a sus familiares más cercanos.

La sucesión legítima es por decirlo de alguna manera, encausada por la ley, el juez y los herederos y albacea una vez designados y aceptados sus cargos y nombramientos. La ley señala las disposiciones a seguir tratando de abarcar todas las situaciones posibles pensando en lo que podría ser la voluntad del difunto. Desafortunadamente, la ley es muy general y no puede atender cada caso específico a la perfección. Aquí entra el juez, quien es el perito en derecho que conoce el caso de cerca y puede orientar a los interesados y protegerlos. Por último los herederos exponen sus necesidades al juez quien, siempre obrando conforme a derecho, dispondrá lo mejor posible para la sucesión.

Como comúnmente se dice, cada familia tiene su historia. Sería imposible que la ley lograra contemplar todos los casos y que en cada juicio todos terminaran contentos y satisfechos. Siempre es mucho más ágil y menos conflictiva la sucesión testamentaria que la legítima, ya que el testador dispuso como se debe de llevar a cabo su sucesión, cosa que en la legítima, como ya vimos, es más difícil y tardada.

La sucesión legítima se abrirá en los siguientes supuestos:

- a) Que exista caducidad de las disposiciones testamentarias que se da en los supuestos que regula el artículo 1497 del Código Civil y que son los siguientes:
- I. Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o legado.
 - II. Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado.
 - III. Si el heredero o legatario renuncia a su derecho.
- b) En caso de que exista nulidad del testamento.
- c) Por que no se haya dispuesto de todos sus bienes en el testamento.
- d) En caso de que no exista disposición testamentaria alguna.

CAPÍTULO III

SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Sumario

III.1.- DE LOS TESTAMENTOS EN GENERAL.

- III.1.1.- Concepto.
- III.1.2.- Naturaleza Jurídica del Testamento.
- III.1.3.- Características del Testamento.
- III.1.4.- Tipos de Testamento.
- III.1.5.- Modalidades en los Testamentos.
- III.1.6.- Interpretación del Testamento.

III.2.- PROCESO SUCESORIO.

- III.2.1.- Tramitación Judicial.
- III.2.2.- Tramitación Extrajudicial.
- III.2.3.- Proceso Especial para el Testamento Público Simplificado.

III.1.- DE LOS TESTAMENTOS EN GENERAL.

La institución del testamento es considerada por la generalidad de los tratadistas como una de las más lentamente elaboradas en la historia de las instituciones jurídicas, la cual adquirió su completo desarrollo e importancia hasta el derecho romano.

En las primeras sociedades no existió sucesión testamentaria, ni siquiera derecho sucesorio, ya que no se reconocía el derecho de propiedad individual. Posteriormente cuando se empezó a reconocer la propiedad individual, se hacía de una manera temporal ya que al momento de la muerte, el patrimonio regresaba a la comunidad o colectividad de la que procedía el *de cuius*.

Cuando aparece el derecho sucesorio, no surge como una sucesión voluntaria sino como una familiar y necesaria, y ordinariamente como transmisión del patrimonio indiviso.

La sucesión por testamento es muy posterior a la sucesión legítima ya que “la testamentaria presupone un desenvolvimiento de los conceptos jurídicos y un reconocimiento de la propiedad individual que no se encuentra en los pueblos primitivos”.¹⁰⁴

III.1.1.- CONCEPTO

El testamento ha sido definido por un sinnúmero de autores y leyes, por lo que se transcriben a continuación algunas de las consideradas más importantes:

Mucius Scevola nos dice que el testamento es “un acto espontáneo, solemne y revocable, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de ley, dispone para después de su muerte, tanto de su fortuna como de todo aquello que,

¹⁰⁴ *Op. Cit.*, DE PINA, Rafael, pág. 382.

en la esfera social en que vive, puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que están unidas a ella por cualquier lazo de interés.¹⁰⁵

Para Bonnacase, "El testamento es un acto jurídico solemne cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor, su voluntad para la época que seguirá a su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario como extrapecuniario, Es esencialmente revocable, en él el testador a nada obliga. No es necesario que englobe todos los bienes del difunto y surte plenos efectos únicamente en caso de muerte."¹⁰⁶

Para Ruggiero, "El testamento es un acto solemne unilateral, espontáneo, revocable, por el cual una persona determina el destino de su patrimonio para después de su muerte y reglamenta sus relaciones jurídicas para el tiempo en que no viva"¹⁰⁷.

En ese mismo orden de ideas encontramos que el Código Civil español define al testamento como el "acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos los bienes o parte de ellos".

Cabe recalcar que el testamento no sólo sirve para disponer de los bienes y derechos, sino también para crear obligaciones, imponer cargas y sujetar a condiciones las diversas transmisiones que se dispusieron así como la creación de entidades jurídicas como instituciones de asistencia privada, asociaciones civiles, patronatos y fundaciones.

De Pina cita a De Buen quien concisamente lo define como "un acto unilateral y solemne por el que una persona manifiesta su voluntad para que se cumpla después de su muerte".¹⁰⁸ Y continúa diciendo que hay que tener en cuenta que algunas de las declaraciones contenidas en el testamento, tienen eficiencia por sí mismas como

¹⁰⁵ *Ibidem*, pág. 383.

¹⁰⁶ *Op. Cit.*, IBARROLA Antonio, pág. 684.

¹⁰⁷ GUTIERREZ PEREZ, Ricardo, *La Necesidad de dar una Nueva Regulación al Testamento en el Código Civil para el Distrito Federal*, Escuela Libre de Derecho, México, 1996, pág. 11.

¹⁰⁸ *Op. Cit.*, DE PINA, pág. 383.

es el reconocimiento de un hijo natural, nombramiento de un tutor, revocación de un testamento anterior, disposiciones relativas al entierro y funeral, etc. Y otras exigen la aceptación. En este orden de ideas el testamento constituye un elemento de creación de derecho, y es un acto jurídico perfecto.

De otra manera Rodolfo Sohm nos dice que el testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma”.¹⁰⁹

De esta última definición la que más se acerca a la del Código Civil para el Distrito Federal, aunque en realidad el testamento no transmite sino que dispone una transmisión posterior la cual se llevará a cabo en la adjudicación y no al momento de otorgarse dicha disposición testamentaria.

El artículo 1295 del Código Civil dice que el “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”.¹¹⁰

III.1.2.- NATURALEZA JURIDICA DEL TESTAMENTO.

La naturaleza jurídica del testamento es un tema controvertido y sobre el que se ha escrito y determinado criterios diferentes, por lo que de manera sucinta podemos analizar las distintas posturas al respecto:

III.1.2.1.- CONTRATO

Los sustentantes de esta teoría establecen que el testamento es un contrato, razonamiento evidentemente erróneo, ya que contrato es el convenio que produce o

¹⁰⁹ *Op. Cit.*, ROJINA VILLEGAS, Rafael, pág. 370.

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 380.

transfiere derechos y obligaciones; y a su vez, los convenios son los acuerdos de dos o más personas para crear, transferir, modificar y extinguir derechos y obligaciones. Así lo establecen los artículos 1792 y 1793 del Código Civil. Por lo tanto el contrato implica un acuerdo de voluntades, mientras que el testamento es una manifestación unilateral de la voluntad, tal y como veremos más adelante.

III.1.2.2.- ACTO JURIDICO UNILATERAL

Desde el punto de vista de la teoría clásica de los hechos jurídicos, o teoría francesa, el testamento, al ser una manifestación de voluntad sancionada por la ley para que surta los efectos deseados por el testador para después de su muerte, es un acto jurídico, es decir, una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, produciendo el efecto deseado por un autor debido a que el derecho sanciona esa voluntad.

El testamento, como todo acto jurídico, debe reunir los elementos para su existencia y para su validez. La Ley establece tales elementos para el testamento en virtud de lo dispuesto por el artículo 1859 en relación con los 1794 y 1795 del Código Civil. Al cumplirlos, existe válidamente como testamento desde el momento en que se otorga, pero no surte inmediatamente todos sus efectos. Estos se producirán completamente hasta después de la muerte de su autor.

En este sentido, el testamento es un acto jurídico *mortis causa*, por lo que sólo a la muerte de quien lo otorga producirá plenamente todos sus efectos. En otras palabras, la muerte no es un elemento que perfeccione al testamento como acto, sino un elemento que determina la producción de sus efectos jurídicos.

Ahora bien, adicionalmente, el testamento es un acto jurídico unilateral, por que basta una sola voluntad, la del testador, para que tenga plena existencia y validez.

III.1.2.3.- NEGOCIO JURIDICO UNILATERAL.

Si tratamos de analizar y ubicar la figura del testamento desde el punto de vista de la teoría moderna o alemana de los hechos jurídicos, el testamento vendría a ser un negocio jurídico unilateral.

Los alemanes prefieren utilizar la palabra “negocio” argumentando que dicho término es más preciso que el de “acto”. Para quienes aceptan esta distinción no parece suficiente caracterizar el testamento como “acto jurídico”, ya que las consecuencias jurídicas de los mismos derivan de forma directa de la ley. Piensan que al utilizar la palabra “negocio”, la ley protege la voluntad del autor de la sucesión, al respaldar las consecuencias derivadas de la persona del testador.

Por tanto, Negocio Jurídico es el acto en el que la voluntad de las partes regula los efectos jurídicos de los mismos, es decir, la voluntad es una potestad creadora, modificadora o extintiva de derechos y obligaciones.

Al final de cuentas, la teoría moderna o alemana perfecciona el estudio de la intervención de la voluntad del hombre en la conformación de los actos jurídicos. Desde este punto de vista, no podemos negar la afirmación de que el testamento es un negocio jurídico unilateral, especie a su vez, del género próximo llamado del acto jurídico.

No obstante lo anterior, la teoría moderna no ha acabado de tener carta de naturalización en nuestro derecho nacional, no obstante el empuje cada vez mayor de juristas mexicanos, ya que nuestro código civil es clásico en este aspecto.

III.1.3.- CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO.

De la definición de testamento se puede encontrar que los elementos del mismo son:

- a) Acto jurídico unilateral.
- b) Personalísimo.
- c) Revocable
- d) Libre.
- e) Otorgado por persona capaz.
- f) Objeto que puede ser la transmisión de derechos, obligaciones o la creación de los mismos.

III.1.3.1.- ACTO JURIDICO UNILATERAL

Siguiendo la teoría clásica de los hechos jurídicos, acto jurídico es la manifestación externa de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, y que producen el efecto deseado por su autor, ya que la ley sanciona esa voluntad. Las consecuencias jurídicas se producen por la manifestación de voluntad que pone en movimiento al ordenamiento jurídico.

El testamento es un acto jurídico porque es el acto que realiza una persona exteriorizando por medio del mismo su voluntad, manifestando su deseo de producir efectos jurídicos. En el testamento se requiere de la voluntad del testador para que se produzcan las consecuencias jurídicas respectivas. El testamento entonces, se perfecciona desde su otorgamiento, aunque los efectos del mismo se actualicen en un momento posterior, es decir, al momento de la muerte del testador. En este caso, estos efectos de derecho se traducen en transferir la propiedad, el usufructo, el uso, etcétera, de sus bienes y derechos a determinadas personas y cumplir deberes para después de su muerte, y el derecho sanciona esa manifestación de voluntad.

De acuerdo al maestro Rojina Villegas el Código Civil “no dice que sea un acto jurídico unilateral, sino simplemente que es un acto”. Aunque sabemos que es un acto jurídico ya que es una manifestación de la voluntad hecha con la intención de producir las consecuencias de derecho; y unilateral porque sólo interviene una voluntad, la del testador.

Los actos jurídicos pueden ser unilaterales o bilaterales, según intervengan una o más voluntades en un mismo sentido, o varias voluntades encontradas o en sentidos opuestos.

El testamento es un acto jurídico unilateral de disposición de bienes, o declaración o cumplimiento de deberes *mortis causa*, pues el testador manifiesta expresamente su voluntad de disponer de sus bienes o declarar o cumplir deberes para después de su muerte.

Es un acto jurídico unilateral, porque interviene una sola voluntad, la del testador, en el sentido de establecer en qué forma y términos deberá disponerse de sus bienes y cumplirse sus deberes para después de su fallecimiento.

Como acto jurídico unilateral que es, el testamento se rige, en lo que no se oponga a su naturaleza, por la teoría general de las obligaciones, en términos del artículo 1859 del Código Civil, que a continuación se transcribe.

“Artículo 1859. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se oponga a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.”¹¹¹

Toda persona que manifiesta su voluntad de producir consecuencias jurídicas a su favor o en su contra es el autor jurídico. Pero se reserva la denominación de autor para el creador de los actos jurídicos unilaterales y se habla de partes para significar o distinguir los distintos autores que intervienen en los actos jurídicos bilaterales.

¹¹¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 334.

III.1.3.2.- PERSONALÍSIMO

El testamento es un acto personalísimo, es decir, que debe ser otorgado personalmente por su autor, sin que se admita ninguna clase de representación.

Este principio ha sido adoptado por casi todas las legislaciones, aunque no siempre ha existido, pues en las Leyes de Toro se permitía otorgar testamento por medio del procurador designado para tal caso, por una persona.

Lo que sí puede hacer un testador es asesorarse por un experto, por un profesional que le indique en que términos puede otorgar su testamento, así como el contenido y alcance del mismo, tal como es el caso del testamento público abierto, que se otorga ante el notario público, quien está obligado a redactar el testamento ajustándose a la voluntad del testador, así como explicarle el contenido y alcance legal.

Además no puede ser otorgado conjuntamente por dos o más personas, sea en provecho recíproco o a favor de un tercero, sino que lo deberá hacer una sola, bajo la sanción de nulidad, lo cual tiene por fin garantizar la espontaneidad de la voluntad, evitando influencias, así como la posibilidad de revocarlo (artículos 1296 y 1297), excepto lo dispuesto en materia de testamento público simplificado que más adelante se verá (artículo 1549 bis).

Transcribimos los mencionados artículos 1296 y 1297.

“Artículo 1296.- No puede testar en el mismo acto dos o más personas ya en provecho recíproco, ya a favor de un tercero”.¹¹²

¹¹² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 251.

“Artículo 1297. Ni la subsistencia del nombramiento de heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan, puede dejarse al arbitrio de un tercero”.¹¹³

En la legislación alemana sí se permiten los llamados testamentos mancomunados o conjuntos, pues pueden testar dos personas en un mismo acto, pero siempre y cuando se trate de cónyuges.

El carácter personalismo debe entenderse tanto respecto al otorgamiento, como al contenido del mismo, pues no puede encomendársele a un tercero designar herederos ni establecer las proporciones en que estos deban heredar, excepto cuando se designe como heredero a un grupo ilimitado de individuos como los pobres, los ciegos, los huérfanos, etcétera, según lo dispuesto por los artículos 1298 y 1299.

“Artículo 1298. Cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc., puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto, así como la distribución de las cantidades que a cada uno correspondan”.¹¹⁴

III.1.3.3.- REVOCABLE.

El testamento es esencialmente revocable, lo cual puede hacerse en cualquier momento hasta antes de la muerte del testador, y puede revocarse total o parcialmente, siendo la regla la revocación total. El testamento es un acto jurídico unilateral y es un acto esencialmente revocable, en virtud de que es hecho por la voluntad del hombre la cual es cambiante por naturaleza.

¹¹³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 251.

¹¹⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 251.

Además es un acto revocable ya que el testador no puede celebrar pacto o convenio en virtud del cual se obligue a renunciar a su derecho de revocar el testamento ya que dicho pacto o convenio se consideraría inexistente por una imposibilidad jurídica.

“Se dice que hay inexistencia por imposibilidad jurídica, cuando el acto no puede llevarse a cabo, porque una norma de derecho constituye un obstáculo insuperable para la realización del mismo”.¹¹⁵

Así se desprende que un acto que se encuentra imposibilitada su realización en virtud de una disposición jurídica (en este caso el artículo 1295 del Código Civil que le atribuye al testamento la calidad de acto revocable) se considera inexistente.

III.1.3.4.- LIBRE.

La libertad para testar implica un doble significado pues, en primer lugar, el testador es libre de disponer de todo o de parte de sus bienes como mejor le parezca y en segundo lugar su voluntad deberá ser manifestada libremente.

Por lo que se refiere al primer significado, en derecho positivo vigente, el testador es completamente libre de disponer de sus bienes, a diferencia de las legislaciones que rigen por el llamado sistema de “la legítima”, en las que se establece que el testador deberá dejar determinada parte de sus bienes a ciertas personas.

Cabe destacar que el sistema de libertad para testar fue implantado como una novedad en el Código Civil de 1884, pues anteriormente se establecía el sistema de la legítima, obligando al testador a dejar cuatro quintas partes a sus hijos legítimos y permitiéndole disponer libremente solo de una quinta parte.

Existen todavía algunas legislaciones como la española, que todavía prevén el sistema de la legítima.

¹¹⁵ *Op. Cit.*, ROJINA VILLEGAS, pág. 386.

El testamento es un acto libre y debe ser ajeno a toda violencia física o moral que lo pudiera viciar. Al igual que en los más actos jurídicos, en el testamento debe manifestarse la voluntad libremente, sin ninguna coacción, pues de lo contrario sería nulo. (Artículos 1485, 1486 y 1487 Código Civil).

El testador no puede obligarse por pacto o convenio a no testar, o a hacerlo bajo ciertas condiciones como sería disponer de ciertos bienes para determinadas personas. Cualquier pacto de esta índole al igual que en los párrafos anteriores, sería inexistente por una imposibilidad jurídica, en virtud de que existe una norma de derecho que impide que dicha privación de libertad al testar se lleve a cabo.

III.1.3.5.- SOLEMNE.

Desde el punto de vista doctrinal, la forma del acto jurídico es la manera como se debe manifestar la voluntad en aquél. El autor del acto jurídico es libre para elegir la forma de manifestación de su voluntad, principio conocido con el nombre de consensualismo (artículo 1796 y 1832), pero en algunos casos la ley establece e impone determinadas formas de manifestación de la voluntad, obligando al autor a sujetarse a ellas. Es así como existen los actos consensuales, los formales, los reales y los solemnes.

Son actos consensuales todos aquellos que no requieren para su validez y perfección de ninguna forma especial, basta que exista la voluntad, mientras que los formales sí requieren de una forma determinada para perfeccionarse, que por regla general es escrita, sea privada o en un instrumento público; los reales requieren la entrega de la cosa para su plena validez y; los solemnes, para su propia existencia necesitan revestir y cumplir con cierta forma, con cierta solemnidad, aunque en nuestro Código Civil el legislador no fue claro en esta materia dando lugar a muchas dudas y a muchas interpretaciones, en el sentido de saber si hay o no algún acto

jurídico solemne, hecho que la jurisprudencia ha resuelto de manera simplista igualando la inexistencia a la nulidad absoluta.

Dependiendo de la clase de testamento que se otorgue deberá sujetarse el testador a la formalidad determinada para que pueda ser perfectamente válido y eficaz.

La inexistencia, como figura nueva introducida en el cuerpo legal de 1028 ni siquiera fue mencionada en la exposición de motivos del mismo, y únicamente se le incluye en dos artículos, el 1794 y el 2224; se le incluyó como una novedad forzada. Mientras que respecto a la nulidad, también carece de técnica jurídica para fijar claramente cuándo se trata de nulidad absoluta y cuando de nulidad relativa.

Asimismo, nuestro Código Civil comete el error de usar indistintamente la designación “formal”, “solemne”, “formalidades” y “solemnidades”, al regular las disposiciones testamentarias.

“Artículo 1491: El testamento en nulo cuando se otorga en contraversión a las formas prescritas por la Ley”.¹¹⁶

“Artículo 1520: Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además, en la pena de pérdida del oficio”.¹¹⁷

“Artículo 2224: El caso jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de hacerse valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”.¹¹⁸

¹¹⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 277.

¹¹⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 282.

¹¹⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág.389.

“Artículo 2226: La nulidad absoluta por regla general, no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o prescripción”.¹¹⁹

“Artículo 2227: La nulidad es relativa, cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos”.¹²⁰

“Artículo 2228: La falta de forma establecida por la ley, y si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo”.¹²¹

Doctrinalmente se ha discutido si el testamento es un acto jurídico formal, o solemne, y consecuentemente si la sanción por la falta de cumplimiento de esas formalidades o solemnidades es la nulidad o la inexistencia. Apegándose por lo dispuesto por el mismo Código Civil, la falta de forma establecida por la ley trae aparejada la nulidad relativa. Y la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia del acto, trae como consecuencia la inexistencia.

Se ha querido diferenciar a las tres ineficiencias según las consecuencias jurídicas que producen o que dejan de producir, pero ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia que señala que las diferencias entre la inexistencia y la nulidad absoluta son meramente teóricas; las consecuencias de ambas son iguales.

¹¹⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 389.

¹²⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 390.

¹²¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 390.

De la misma manera la ley no exige ni en su artículo 1794, ni en el 2224, que son los únicos referentes a la inexistencia, que la solemnidad sea un requisito para la existencia del acto; ello se aduce únicamente en la doctrina.

En cuanto a la nulidad relativa, ella se ocasiona como sanción por falta de forma establecida por la ley, siempre que no se trate de actos solemnes así como por error, dolo, violencia, lesión e incapacidad de los autores del acto. Y relacionando ello, con lo dispuesto en el artículo 1491 antes transcrito, la falta de forma prescrita por la ley para los testamentos, acarreará la nulidad absoluta del acto, ya que el testamento es un acto solemne. La falta de forma fijada por la ley en un acto jurídico solemne, como es el testamento, trae aparejada como sanción la nulidad absoluta del acto, y como quedó asentado anteriormente, la solemnidad sólo es requisito de existencia en la doctrina y no en la ley vigente; por lo que no se trata ni de una nulidad relativa, ni de una inexistencia, sino de una nulidad absoluta.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha designado asimismo a esta sanción respecto al testamento como una nulidad, declarado en relación con la misma, lo siguiente: "Al declararse la nulidad de un testamento, ésta tiene que retrotraerse, en cuanto a sus efectos, hasta la fecha y momento de la muerte del testador, y no teniendo existencia legal la sucesión testamentaria, quienes de ella recibieron en adjudicación algunos bienes lo reciben de una personalidad que no existe, aun cuando aleguen que los han recibido en calidad de pago, pues para que lo haya, debida o indebidamente es indispensable la existencia de una obligación y de un obligado y por virtud de la nulificación del testamento, desaparece la persona obliga. Destruída la personalidad de la sucesión testamentaria por la declaración de nulidad, quedan igualmente destruidas las escrituras otorgadas a favor de los adquirentes de los bienes de la sucesión".

III.1.3.6.- CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO

El testamento, como todo acto jurídico, debe ser otorgado por una persona que tenga la capacidad, tanto de goce como de ejercicio, es decir por una persona que tenga la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones y de ejercerlos o cumplirlas por sí misma.

La capacidad de testar, llamada testificación activa es la regla general, pues pueden testar todos aquéllos a los que la ley no se los prohíbe; el testamento, a excepción del ológrafo, puede otorgarse por personas capaces, mayores de dieciséis años.

El artículo 1305 del multicitado Código Civil establece que pueden testar todas aquellas personas a quienes la ley no prohíba expresamente el ejercicio de ese derecho. La capacidad en materia civil es la regla, siendo incapaces únicamente las personas señaladas por la ley. En materia sucesoria específicamente se señala que tienen capacidad para testar todas las personas, excepto las que la misma ley señala que tienen incapacidad de hacerlo.

Existen en esta materia dos tipos de incapacidades para testar, tal como lo señala el artículo 1306 del Código Civil.

“Artículo 1306: Están incapacitados para testar:

I.- Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres.

II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio”.¹²²

El mismo cuerpo legal establece una excepción a la fracción II del artículo 1306 transcrito, en el numeral siguiente.

¹²² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 353.

"Artículo 1307: Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes".

La regulación de la capacidad para testar en el Código Civil no se adhiere idénticamente a lo establecido en los artículos 450 y 1798 del mismo ordenamiento, que establecen incapacidades similares más no exactamente iguales a las fijadas en materia sucesoria. En el artículo 450 se dispone que tienen incapacidad los menores de edad, mientras que el 1306 permite que un menor de edad, pero mayor de dieciséis años otorgue testamento. Asimismo, un demente, es considerado por el mismo numeral 450 como incapaz, por estar disminuido o perturbado en su inteligencia, mientras que el 1306 les permite otorgar testamento en un intervalo de lucidez, mientras se cumplan con los requisitos que establece los artículos 1308, 1309, 1310 y 1311 del mismo cuerpo legal.

El mismo artículo Código Civil establece en su artículo 1312 que para valorar la capacidad del testador, se atiende especialmente al estado en que éste se encuentra al momento de otorgar el testamento, a diferencia del Código Civil Español que señala en su artículo 666 que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

III.1.4.- TIPOS DE TESTAMENTO

Se pueden clasificar desde diversos puntos de vista:

- I) Desde el punto de vista doctrinal.
- II) Desde el punto de vista legal.

Desde el punto de vista doctrinal se dividen en:

- a) Testamentos públicos: aquellos en que la declaración de la voluntad se hace ante una persona investida de carácter oficial: notarios, jueces, autoridades administrativas, eclesiásticas o militares.
- b) Testamentos privados: aquellos en los que el testador interviene solo en la realización del acto, sin que le presenten asistencia ningún tipo de funcionario público.
- c) Testamento Mixto: aquellos que participan de características de los dos tipos anteriores.

Desde el punto de vista legal se dividen en:

- a) Ordinarios.
- b) Especiales.

III.1.4.1.- CLASIFICACIÓN LEGAL

El Código Civil para el Distrito Federal clasifica a los testamentos, según su forma a sus artículos 1500 y 1501, los cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 1500: El ordinario puede ser:

- I.- Público Abierto
- II.- Público Cerrado
- III.- Público Simplificado
- IV.- Ológrafo”.¹²³

¹²³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 279.

“Artículo 1501: Especial puede ser:

I.- Privado

II.- Militar

III.- Marítimo

IV.- Hecho en país extranjero”.¹²⁴

III.1.4.2.- TESTAMENTOS ORDINARIOS.

Los testamentos ordinarios tienen tal carácter legal, debido a que únicamente requieren de formalidades ordinarias. Es decir, no necesitan de requisitos o formalidades distintas o especiales para su otorgamiento, a diferencia de los especiales. Estos últimos se otorgan en circunstancias especiales previstas por el legislador mientras concurren esas circunstancias características.

a) Testamento Público Abierto.

Este tipo de testamento es el más usual en el medio mexicano, y es el que brinda mayor seguridad a su autor, en el sentido de que su voluntad será respetada después de su muerte, y cumplida la disposición que haga de sus bienes y derechos o la declaración o cumplimiento de deberes.

El testamento público abierto se otorga ante notario en instrumento público, pudiendo ser conocida la voluntad del testador por cualquier persona sin que se afecte su validez.

El Código Civil describe al testamento público abierto en su artículo 1511 como “aquel que otorga notario, de conformidad con las disposiciones de este Capítulo”.

Es de subrayar que la disposición relativa al testamento público abierto, no es muy clara, esto debido a que desea distinguirlo del testamento público cerrado y del

¹²⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 279.

testamento público simplificado y no proporciona los elementos esenciales del testamento público abierto, pues esta descripción también podría aplicarse a otros testamentos, tales como el público cerrado o incluso el llamado testamento público simplificado, que también son testamentos que se otorgan ante notario público de conformidad con las disposiciones de sus capítulos correspondientes.

El testamento público abierto, al igual que el testamento cerrado, son públicos porque se otorgan en instrumento público y ante fedatario público, es decir ante notario público. El testamento público abierto deberá siempre constar por escrito, tal y como lo establece el artículo 1512:

"...El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento.... Firmará la escritura el testador, el notario, y en su caso, los testigos y el intérprete...."¹²⁵

Este testamento es abierto como consecuencia de la declaración de voluntad del testador la cual es conocida por cualquier persona sin que se afecte su validez, ya que dicha voluntad se asienta expresamente en el protocolo del notario. No requiere declaración judicial de autenticidad.

Así pues en el Código, que no debe definir a las figuras jurídicas pues esto corresponde exclusivamente a la doctrina, si debe cuando menos enunciar los elementos esenciales de las mismas, quizá a la manera que lo hace el Maestro Rojina Villegas al señalar que el testamento público abierto "es un testamento ordinario y formal en el cual el testador manifiesta claramente su voluntad ante el notario...., y el notario redacta por escrito esa manifestación, sujetándose estrictamente al tenor de ella; una vez hecha la redacción, dará lectura al testamento otorgado y si el testador da su conformidad, será firmado por éste, el notario y los testigos".¹²⁶

¹²⁵ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 280.

¹²⁶ *Op. Cit.*, ROJINA VILLEGAS, Rafael, pág. 408.

Puede otorgar este testamento cualquier persona capaz, mayor de dieciséis años, no importando si puede o no ver, oír, leer o escribir.

El individuo que desee otorgar un testamento público abierto deberá acudir ante un notario público a efecto de manifestar su voluntad en los términos y condiciones que él crea más conveniente. La función del notario se basa en escuchar la voluntad del testador, así como interpretar y asesorar sobre la mejor forma de testar, posteriormente el notario preparará, redactará, certificará, autorizará y firmará el instrumento notarial en el que constará el testamento de aquella persona que solicitó sus servicios. El notario debe asesorarla y le explicará qué se puede hacer al respecto, le debe explicar el valor y consecuencias legales del contenido de la escritura, de tal manera que sería difícil que el contenido del testamento fuera ambiguo o contradictorio, lo cual aunado a las garantías que al caso presta la competencia, responsabilidad y probidad del notario, lo hacen tener una ventaja más fuerte a los demás testamentos contemplados en el Código Civil.

“Artículo 1512: 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 ésta conforme. Si lo estuviere, firmará la escritura el testador, y en su caso los testigos y el intérprete, asentándose el lugar, año, mes, y hoya en que se hubiere otorgado”.¹²⁷

El maestro Antonio de Ibarrola señala que este testamento es nuncupativo, “en cuanto a que la declaración de la voluntad se hace oralmente”¹²⁸ ya que el artículo recién transcrito establece que el testador debe manifestarse de modo claro y terminante ante el notario ante quien se hizo; con lo cual no estamos de acuerdo pues la ley no nos señala que la voluntad del testador deba hacerse oralmente, pudiendo el testador hacerlo por escrito, y que mejor forma que la escrita donde el

¹²⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 280.

¹²⁸ *Op. Cit.* IBARROLA, Antonio de, pág. 708.

testador puede expresar su voluntad. En consecuencia consideramos que el testador efectivamente debe manifestar su voluntad al notario, pero sin importar si lo hace en forma escrita o en forma oral.

Ahora bien, el precepto comentado señala que la voluntad deberá expresarse de modo claro y terminante; para nosotros el término claro significa que este pueda ser concluyente, es decir, que vaya al punto y no de pie a otra interpretación que la que el testador quiso dar al momento del otorgamiento del testamento; por lo que respecta a los dos conceptos anteriormente mencionados podemos encontrar que ambos son sinónimos y no señalan gran diferencia. A mi parecer este artículo debería señalar que el testador debe expresar cumplida y claramente su voluntad, con esta redacción considero sería mejor decir en un solo artículo que el testador debe expresar su voluntad al notario de tal manera que no quede lugar a dudas en cuanto a dicha voluntad, sin necesidad de utilizar palabras o términos subjetivos que pueden dar lugar a confusiones, y no sólo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen.

El notario conforme al artículo 1489, tiene la obligación de redactar por escrito las cláusulas del testamento, y aunque consideramos que no es necesario que lo escriba el propio notario de puño y letra pues parece que el legislador lo que quiso fue que estuviera redactado por escrito por él pudiendo hacer esto por cualquier medio utilizando cualquier procedimiento de escritura o impresión firme, indeleble y legible, tal y como lo establece la Ley del Notariado para el Distrito Federal, no estamos de acuerdo que corresponda solo al notario redactar el testamento, puesto que consideramos que no hay inconveniente alguno en que el testador lo hiciera, debiendo el notario asentarlo en su protocolo siempre y cuando este cumpla con todas las condiciones establecidas por la ley.

Considero también improcedente por parte del Código Civil establecer las reglas para el otorgamiento del testamento, esto en cuanto a la hora, mes, año y lugar que ya es

mencionada por la Ley del Notariado la cual es la responsable para dictar estas disposiciones y no el Código Civil.

Todas las formalidades del otorgamiento del testamento deben practicarse en un solo acto que comienza con la lectura del testamento, como lo determina el artículo 1519: "Las formalidades expresadas en este capítulo se practicarán en un solo acto comenzará con la lectura del testamento y el notario dará fe de haberse llenado de aquéllas".¹²⁹

Antes de la reforma de 1994 al Código Civil, este dispositivo señalaba que las formalidades deberían practicarse en "un acto continuo" y ahora dice en "un solo acto", asimismo se estableció que el acto del otorgamiento del testamento comienza con la lectura del mismo; a nuestro parecer en una reforma inadecuada e incongruente, ya que no es posible que las formalidades se practiquen en un solo acto que comienza con la lectura, siendo que una de las referidas formalidades es la manifestación exteriorizada de la voluntad del testador al notario de otorgar testamento, ordenada por el artículo 1512, que se hace obviamente antes de la redacción y lectura del mismo; además opinamos que no debe ser considerado comienzo del otorgamiento, la lectura del testamento, sino que desde que se manifiesta expresamente al notario la voluntad de otorgarlo, empezó dicho otorgamiento, pues desde este momento el testador debe estar actuando libremente, sin ningún tipo de coacción o violencia física o moral, para que el testamento sea perfectamente válido y eficaz.

Opinamos que lo que debe practicarse en un solo acto continuo es la lectura y firma del testamento, así mientras se esté llevando a cabo no podrá ni el testador, ni los testigos en su caso de ser necesarios, celebrar otro acto jurídico, si pudiéndose al efecto interrumpir o suspender un instante la confección del testamento para satisfacer una necesidad urgente.

¹²⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 282.

Es también importante saber en que momento termina el otorgamiento, pues es el tiempo en que surte efectos el acto como tal, siendo esto obviamente a la hora en que el notario firma la escritura después de haberlo hecho el testador y en su caso los testigos, hora que debe constar en el propio testamento.

Como decíamos unos párrafos antes, el notario debe dar fe de que se cumplieron todas las formalidades que establece el Código Civil; si faltara alguna de ellas el testamento quedaría sin efecto y el notario sería responsable de los daños y perjuicios, además de que sería sancionado con la pérdida del oficio, según se infiere del artículo 1519 ya transcrito y del 1520, que a la letra dice: "Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además, en la pena de la pérdida de oficio".¹³⁰

Las exigencias de todas las formalidades y la consecuencia establecida por la falta de las mismas tiene por objeto garantizar la autenticidad de la voluntad del testador y evitar que sea suplantada fraudulentamente por el notario o por otras personas, pero consideramos que el hecho que el notario deba dar fe de haberse cumplido con todas las formalidades es otro requisito poco afortunado, porque no por el hecho de que el notario asiente en su protocolo lo anterior, significa efectivamente que se hayan cumplido dichas formalidades, en consecuencia pensamos que tal requisito sobra y debe derogarse, pues el notario es responsable de la observancia de las formalidades a las que obliga tanto el Código como la Ley del Notariado para el Distrito Federal, existen medios de prueba que pueden demostrar que sí se cumplió efectivamente con las mismas.

El Código señala en sus artículos 1513 y 1514 que cuando el testador no sepa o no pueda firmar, cuando sea sordo, cuando sea ciego o no sepa leer, así como cuando el testador o el notario lo solicite, dos testigos deberán concurrir al otorgamiento del

¹³⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág.282.

testamento y deberán concurrir al otorgamiento del testamento y deberán firmar la escritura.

“Artículo 1513. En los casos previstos en los artículos 1514, 1516 y 1517 de este Código, así como cuando el testador o el notario lo soliciten, dos testigos deberán concurrir al acto de otorgamiento y firmar el testamento. Los testigos instrumentales a que se refiere este artículo podrán intervenir, además, como testigos de conocimiento”.¹³¹

“Artículo 1514. 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”.¹³²

Es de advertir que estas disposiciones van en contra de la teoría general de las obligaciones, que sólo prevé el caso de que cuando en un acto jurídico que requiera de forma escrita, una persona no pueda o no sepa firmar, lo deba hacer otra a su ruego, debiendo imprimir la huella digital de aquella que no firmó, como se establece en el artículo 1834, que a la letra dice: “Cuando se exija la forma para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó”.¹³³

Para empezar, se destaca la firmeza del Código al solicitar en el otorgamiento del testamento, cuando el testador no pueda o no sepa firmar, la presencia de dos testigos a diferencia de los demás actos jurídicos, en cuyo caso sólo se requiere de uno; pensamos que el Código es congruente y manejar premisas, solicitando la presencia de uno de dos testigos en el testamento cuando las personas que en él intervienen no pueden o no saben firmar. Estamos de acuerdo que se exijan testigos

¹³¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 281

¹³² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 281

¹³³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 331

que deban concurrir al otorgamiento del testamento cuando el testador se encuentre en este caso. Independientemente de que se realice ante notario público quien esta investido de fe pública.

Reclamamos nuestra opinión de exigir la presencia de testigos en el otorgamiento del testamento, en virtud de que no obstante de que debe hacerse ante la notario público, cuya probidad, competencia y buena fe se presume y cuya función es dar seguridad jurídica, pues esta investido de fe pública, no se debe olvidar que la operatividad del testamento se da una vez que su autor ha fallecido, y que en ocasiones este se puede impugnar por muy diversos motivos por lo que los testigos dan una mayor seguridad y medio de prueba de que se trata de la última voluntad del testador, lo que jamás esta de más, razón por la cual históricamente siempre se ha considerado la figura del testigo, que da una mayor seguridad jurídica.

b) Testamento Público Cerrado.

Este tipo de testamento es aquel que se escribe en papel común por el testador o por otra persona a su ruego, cuyas hojas se rubrican; que se firman al calce por el testador o por otra persona si no puede o no sabe hacerlo y que una vez cerrado y sellado o el que le sirve de cubierta se exhibe al notario en presencia de tres testigos. El testador declara ante el notario que en ese pliego esta contenida su última voluntad y el notario dará fe del otorgamiento en la cubierta del testamento, constancia que será firmada por el testador, los testigos y el notario, quien, además, pondrá su sello y una razón, en el protocolo, del lugar, día, hora, mes y año del otorgamiento. Este testamento podrá ser conservado por el testador o darlo en guarda a personas de su confianza o depositarlo en el Archivo Judicial.

Este tipo de testamento consideramos que es aconsejable con su debida cautela para los casos en que el testador considere imprescindible que nadie conozca de su contenido por razones válidas que pueda tener el testador, porque en si presenta varias inconveniencias su otorgamiento como son: que el testador omitiera algún

requisito indispensable para su validez, que lo redacte defectuosamente ya porque no es claro en su redacción o porque contradiga preceptos legales fundamentales.

En relación a este testamento cito los siguientes preceptos del Código Civil que nos señalan los requisitos y reglas necesarias para su otorgamiento.

“Artículo 1521. El testamento público cerrado, puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común.”¹³⁴

“Artículo 1522. 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.”¹³⁵

“Artículo 1523. En el caso del artículo que precede, la persona que haya rubricado y firmado por el testador, concurrirá con él a la presentación del pliego cerrado; en este acto, el testador declarará que aquélla persona rubricó y firmó en su nombre y ésta firmará en la cubierta con los testigos y el Notario.”¹³⁶

“Artículo 1524. El papel en que esté escrito el testamento o el que le sirva 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.”¹³⁷

“Artículo 1525. El testador, al hacer la presentación, declarará que en aquel pliego está contenida su última voluntad.”¹³⁸

El notario ante quien se otorgue este testamento, debe dar fe de que se cumplieron todas las formalidades que requiere el mismo, asentando una constancia en la

¹³⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 282.

¹³⁵ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 282.

¹³⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 282.

¹³⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 283.

¹³⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 283.

cubierta, que debe ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además debe poner su sello de autorizar, según lo dispone el artículo 1526: “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, que llevará las estampillas del timbre correspondiente (*sic*) y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además pondrá su sello”.¹³⁹

Una vez cerrado y autorizado el testamento, se debe entregar al testador y el notario debe asentar en su protocolo el lugar, hora, día, mes y año en el que el testamento fue autorizado y entregado, bajo la pena, en caso de no hacerlo, de ser suspendido de su oficio durante seis meses, como lo determina el artículo 1535: “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 que el testamento fue autorizado y entregado”¹⁴⁰. Y el artículo 1536: “Por la infracción del artículo anterior, no se anulará el testamento, pero el notario incurrirá en la pena de suspensión por seis meses”.¹⁴¹

Si este testamento careciera de alguna de las formalidades requeridas queda sin efectos y el notario es responsable de los daños y perjuicios y debe ser sancionado con la pérdida del oficio.

Si el pliego interior o la cubierta del testamento quedan rotos o abiertos, o si las firmas fueran borradas, raspadas o enmendadas, quedan sin efecto, como lo señala el artículo 1548: “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”.¹⁴² Hecho gravísimo, pues incluso por el sólo transcurso del tiempo podría abrirse el sobre y quedar sin efectos el testamento, o quien podría abrirlo por accidente, o sin saber la gravedad del hecho e igualmente dejar sin efectos su testamento.

¹³⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 283.

¹⁴⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 284.

¹⁴¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 284.

¹⁴² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 286.

El testamento puede ser depositado en el Archivo Judicial, por el mismo testador o por el representante del mismo al encargado, quien debe asentar una razón en el libro que al efecto se lleve, firmada por el testador o en su caso por el apoderado y por dicho funcionario, si es que el testador no desea guardarlo en su poder o darlo en guarda a persona de su confianza.

“Artículo 1527. Si alguno de los testigos no supiere firmar, se llamará a otra persona que lo haga en su nombre y su presencia, de modo que siempre haya tres firmas.”¹⁴³

“Artículo 1537. El testador podrá conservar el testamento en su poder, o darlo en guarda a persona de su confianza, o depositarlo en el archivo judicial.”¹⁴⁴

“Artículo 1538. El testador que quiera depositar su testamento en el archivo, se presentará con él ante el encargado de éste, quién 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 quien se dará copia autorizada.”¹⁴⁵

“Artículo 1541. El poder para la entrega y para la extracción del testamento, debe otorgarse en escritura pública, y esta circunstancia se hará constar en la nota respectiva.”¹⁴⁶

Este testamento debe ser abierto por el juez y cumplidos los requisitos que marca la ley, lo mandará publicar y protocolizar, para que surta plenos efectos.

Consideramos que en la actualidad esta clase de testamento carece de toda utilidad práctica, tal vez lo justificamos en caso de que un testador quisiera reconocer un hijo, o de que un servidor público no quisiera que alguien se enterara de los legados que

¹⁴³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 283.

¹⁴⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 284.

¹⁴⁵ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 285.

¹⁴⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 285.

quisiera otorgar, pero por la carencia de seguridad jurídica, no se justifica que el testador otorgue su testamento en forma secreta, sin que nadie se entere, toda vez que el contenido de la voluntad del testador, que sólo él conoce, puede estar viciada o adolecer de ilicitud, por desconocimiento o ignorancia de la ley, en cuyo caso, de nada habrá servido en vida la forma en que se dispondría de los bienes, derechos y obligaciones para después de su muerte, además de lo comentado en cuanto a la facilidad que existe de dejar sin efectos este testamento.

c) Testamento Público Simplificado

El llamado testamento público simplificado aparece regulado por vez primera en el derecho positivo mexicano en las reformas al Código Civil para el Distrito Federal el siete de enero de mil novecientos noventa y cuatro, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día anterior.

La iniciativa de presentada por el entonces presidente de los Estados Unidos Mexicanos, C. Carlos Salinas de Gortari, que propuso diversas reformas, adiciones y derogaciones a la legislación en la materia señaló dentro de la exposición de motivos lo siguiente:

“El constante fortalecimiento de nuestro Estado de Derecho, exige la permanente revisión y renovación del orden jurídico a fin de dar respuesta a la necesidad de nuestra sociedad de regirse por normas jurídicas claras y sencillas que regulen los fenómenos sociales, de tal modo que sus integrantes cuenten con mecanismos ágiles que les permitan identificar con facilidad sus derechos y deberes, evitando la generación de conflictos cuya resolución amerite la intervención de las autoridades judiciales”.

“De la revisión de las normas jurídicas de carácter civil relativas a la celebración de contratos y testamentos, así como la actuación de los notarios públicos, emprendida por el Ejecutivo a mi cargo, se derivó la conveniencia de proponer a ese H. Congreso

de la Unión diversas reformas, adiciones y derogaciones a la legislatura en la materia”.

“La creación de un verdadero testamento popular que tiene por objeto apoyar al sistema inmobiliario registral, asegurando en un gran porcentaje la no interrupción del proceso registral de los inmuebles, a través del facilitamiento del otorgamiento de últimas voluntades de los autores de la sucesión con relación a las viviendas que adquieran, así como el establecimiento de un procedimiento sucesorio expedito para la titulación de dichos inmuebles a favor de los legatarios que instruya el propietario, en virtud de que la regularización de la tenencia de la tierra y la seguridad y claridad jurídica en la posesión del suelo urbano han sido prioridades del Gobierno Federal en los asentamientos humanos de las grandes ciudades y en todo el país, pues los beneficiarios de esos programas no formalizan ninguna disposición testamentaria, heredando cuando fallecen, una serie de problemas que van transmitiendo de generación en generación, hasta convertirse en una nueva situación de irregularidad, de tal suerte, que si no se preveía un medio ágil y seguro por el que los propietarios de los predios regularizados formalicen su decisión para después de su muerte sobre la propiedad de dichos predios, se corría el riesgo de que la eficiencia de dichos programas se anulara”.¹⁴⁷

De esta forma se propuso adicionar una fracción al artículo 1500 del Código Civil y un capítulo III bis con un artículo 1549 bis al Código Civil, creando un testamento público simplificado con el fin de facilitar la transmisión por causa de muerte de una vivienda, a través de la institución de uno o más legatarios que el adquirente podrá efectuar en el mismo acto de la expedición del título de propiedad en su favor, o en un acto posterior otorgado ante notario.

¹⁴⁷ INICIATIVA DE DECRETO QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA COMUN, PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, DE LA LEY DEL NOATRAIDO PARA EL DISTRITO FEDERAL Y DE LA LEY ORGANICA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL” sometida a consideración del H. Congreso de la Unión por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Carlos Salinas de Gortari, el 11 de noviembre de 1993. Pág. 2

Es su momento se proponía en la iniciativa mencionada crear no sólo una nueva figura dentro de los testamentos ya existentes, sino establecer todo un sistema que se ajustaría, en lo aplicable, a las reglas generales de los testamentos y de los legados, con el objeto de establecer reglas claras y específicas que garantizaran la eficiencia jurídica de los programas de vivienda de interés social y de la regularización de la tenencia de la tierra, sino la posibilidad real de facilitar y economizar el acceso a grandes sectores de la población de escasos recursos al sistema testamentario. Objeto sin duda de lo más significativo y justificado, pero carente de realidad social y eficacia y justificación jurídica, como lo demostraremos más adelante en el capítulo respectivo.

El testamento público simplificado es aquel que se otorga ante notario público respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a la vivienda por el adquirente en la misma escritura que establezca su adquisición, o que es materia de regularización por parte de las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la administración pública federal.

El artículo 1549 Bis del Código Civil señala:

“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 patria potestad o tutela, el testador también podrá designarles un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente cuenta de los incapaces;

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

IV.- Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la 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."¹⁴⁸

Este tipo de testamento tiene las siguientes características:

¹⁴⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 163.

1) Testamento Ordinario y Público.-

En cuanto a su forma el Código Civil lo clasifica como un testamento ordinario, que corresponde a aquellos testamentos que requieren de formalidades ordinarias, es decir, que no precisan requisitos adicionales o especiales para su otorgamiento, a diferencia de los especiales que requieren de circunstancias y situaciones especiales para su otorgamiento. Por ello se puede considerar como un testamento ordinario por ley, pero que la misma ley lo regula con un régimen de excepción, tal y como se desprende de la iniciativa de creación y que se probará más adelante.

Además de ser un testamento ordinario, estamos ante un testamento público, como su nombre lo indica, debido a la necesaria intervención del notario para su otorgamiento. Por lo tanto, este tipo de instrumento es un testamento ordinario y público.

2) Disposición *mortis causa* de objeto limitado y específico.

En cuanto a su nota característica más relevante, se trata de un instrumento que contiene una disposición *mortis causa* a título particular, específica y exclusivamente sobre un inmueble que cumpla con las siguientes características:

- a) Debe tratarse de un inmueble destinado a casa habitación; concepto excluyente de cualquier otro tipo de inmueble.
- b) El valor del inmueble en cuestión no debe exceder 25 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal elevado al año.
- c) Siempre que se trate de un inmueble objeto de un programa de regularización, no aplica ningún valor máximo, por lo que el valor del mismo es irrelevante.

Por lo tanto, se trata de un testamento en el cual única y exclusivamente pueden establecerse legados, como requisito indispensable del mismo, no hay que pasar por alto que en los demás tipos de testamentos pueden constituirse también legados, pero ésta es una facultad que otorga a favor del testador, quien puede decidir

libremente si nombra exclusivamente legatarios o no, sin que por ello deje de cumplir con un requisito indispensable para el testamento, a diferencia de lo que ocurre en el testamento público simplificado.

Por ello es que se hace más vulnerable la figura del testamento público simplificado, debido a que el legislador supone que el único bien que posee el testador es el inmueble objeto de este tipo de testamento. En este testamento no se puede disponer de ningún otro bien o derecho de los cuales sea titular el testador. Esto conlleva la problemática de que se abra una sucesión legítima para que los demás bienes y derechos del testador entren en ella, de acuerdo con el artículo 1599 del Código Civil, y como desde el punto de vista práctico es punto menos imposible probar que el testador no tenía otros bienes o derechos, en relación con la teoría del patrimonio, pues como consecuencias, siempre que se otorgue un testamento de este tipo, los deudos tendrán que tramitar adicionalmente el juicio sucesorio correspondiente para adquirir el carácter de herederos y nombrar albacea de la sucesión, como tal.

3) Momento del Otorgamiento.- En relación con el momento del otorgamiento, este puede fijarse en varios supuestos:

- a) En el acto de adquisición de un inmueble del testador. Al momento de que adquiera la propiedad de la vivienda de que se trate, por el título que sea, ya sea que se trate de una compraventa o de una donación, entre otros, puede otorgar el testamento público simplificado dentro de la misma escritura.
- b) En la escritura de regularización de la tenencia del inmueble en la que intervengan las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la administración pública federal. En ese momento el testador también puede otorgar el testamento público simplificado en la citada escritura que regularice la situación de la vivienda de la que es propietario.

c) En un acto posterior a la adquisición de la vivienda, o a la regularización de la misma. El testador puede acudir al notario público con posterioridad a la regularización de la vivienda de que se trate o a la adquisición de la misma para otorgar su testamento público simplificado.

4) Mancomunidad.- En la regulación del testamento público simplificado se permite que una o más personas lo otorguen en el mismo instrumento, situación que rompe con el principio de unipersonalidad que debe existir en los testamentos. No sólo eso, sino que en el acto de otorgamiento de este tipo de testamento se permite que los testadores se designen legatarios recíprocos o que designen a un tercero. Con ello se atenta contra uno de los principios o característica esencial del testamento, que se trate de un acto personalísimo, en el cual no pueden testar conjuntamente dos o más personas. Por lo anterior podemos señalar que lo establecido por el artículo 1296 del Código Civil es atentatorio a los principios básicos del testamento y por lo tanto se trata de algo con lo cual no podemos estar de acuerdo.

Al crearse esta nueva figura jurídica, se desconoció el principio de unipersonalidad que rige a los testamentos. La unipersonalidad radica en la expresión de voluntad única del testador debe ser libre, consciente, espontánea y sin pasiones que la afecten. De esa manera se protege la libertad para testar.

Al existir pluralidad de adquirentes, cada propietario puede instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Igualmente, si el adquirente estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge puede instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento por la porción que le corresponda.

Al omitir el legislador la presencia del principio de unipersonalidad, vuelve frágil desde el inicio este tipo de testamento, ya que no se protege la libertad de testar, permitiendo que la voluntad del testador pueda ser coaccionada o presionada, y de esa forma no quede plasmada en el acto una voluntad libre y espontánea.

5) Representante especial.- Se crea junto con esta nueva figura jurídica, un denominado "representante especial". Esta figura es la de un representante legal del legatario incapacitado no sujeto a patria potestad o tutela, instituido por el testador para que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta del incapaz, es decir, que concurrirá a la firma de la escritura de adjudicación de la vivienda.

Al crearse la fracción correspondiente del artículo 1549 del Código Civil, no se establecieron ni su naturaleza jurídica, ni sus características, ni sus facultades, ni sus obligaciones, ni qué pasaría si no acepta su cargo, ni lo que ocurriría si resultare ser incapaz, ni sus responsabilidades frente al legatario o frente a terceros.

En base a la reforma que lo crea, se desprende que la única facultad que ostenta es la de firmar la escritura de adjudicación de la vivienda legada por el testador a favor del legatario incapaz. Este representante especial es un representante legal del legatario incapaz por disposición de ley, cuyo ámbito de facultades es muy reducido, pero no por ello poco importante. Su inclusión en la reforma, a pesar de que trajo consigo múltiples cuestionamientos e inconvenientes, tuvo como acierto que no importando que el legatario incapaz no tenga tutor al momento de la adquisición del legado, si el testador nombró a su representante especial, éste podrá firmar el instrumento notarial correspondiente, evitándose así el tener que concurrir ante el juez para que le nombre tutor al incapaz, ahorrándose tiempo y tal vez dinero.

Acreeedores alimentarios y otros acreedores.- En cuanto a los acreedores alimentarios, en la fracción 1549 del Código Civil, se establece que 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 el la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión. Cabe señalar, que aquí de alguna manera, implícitamente se reconoce la necesidad de abrir la sucesión del *de cuius*.

Ahora bien, la fracción siguiente del propio artículo continúa fijando que los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no les serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713 y 1770 del Código Civil.

De lo anterior se desprende un crédito preferente: el alimentario. Pero no menciona nada sobre los demás acreedores del testador, si no alcanza el valor del bien para que cobren. Se da preferencia al derecho del legatario, quien cobra a título gratuito, frente al crédito del acreedor del testador, olvidándose el legislador que una de las principales funciones del testamento es darle continuidad a las relaciones jurídicas, tanto derechos y obligaciones del testador, mismas que no desaparecen con su muerte y de tal manera que los acreedores del *de cuius* resientan lo menos posible su fallecimiento.

7) La reforma dispuso que la titulación notarial de la adquisición por los legatarios se hiciera en los términos del artículo 876 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Con la inclusión de este nuevo artículo a la ley adjetiva, se quiso facilitar y simplificar la adjudicación del bien a que se refiere la figura en estudio.

Una crítica a este tipo de testamento, así como su existencia o supresión dentro del Código Civil Federal, será tratado en el capítulo correspondiente de este mismo estudio.

d) Testamento Ológrafo.

Este testamento fue de nueva creación en el Código Civil de 1884. El testamento ológrafo es el escrito de puño y letra por el propio testador. En el testamento ológrafo permanece secreta la voluntad del testador hasta el momento, después de su muerte, en que es abierto y conocida la voluntad del *de cuius*.

Esta clase de testamento tiene la peculiaridad de que debe ser escrito en forma total por el testador y firmado por él, con expresión del día, mes, y año en que se otorgue. En consecuencia, pensamos que si hubiese una sola letra o palabra puesta por una mano extraña a la del testador este carecería de validez y por lo tanto se podría decretar la nulidad del mismo, según señala el artículo 1551: "...y para que sea válido, deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, con expresión del día, mes y año en que se otorgue. Los extranjeros podrán otorgar totalmente ológrafo en su propio idioma".

Este testamento sólo puede ser otorgado por personas capaces mayores de edad, es decir, con personas con edad de 18 años cumplidos, lo que crea una excepción en cuanto a que cualquier persona mayor de 16 años puede otorgar testamento, sin embargo, coincide con la Teoría General de las Obligaciones.

Deberá hacerse el testamento por duplicado, imprimiendo en cada ejemplar la huella digital del testador, debiendo otorgar el original, en sobre cerrado y lacrado en el Archivo General de Notarías y el duplicado también en sobre cerrado y en el cual se pondrán sellos, señales o marcas que estimen convenientes para evitar violaciones, de conformidad con los artículos 1550 y 1553, que a la letra dice: 1550: "...Los testamentos ológrafos no producirán sus efectos si no están depositados en el Archivo General de Notarías en la forma dispuesta por los artículos 1553 y 1554".¹⁴⁹ Artículo 1553: "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 y con la nota en la cubierta a que se refiere el artículo 1555, será devuelto al testador. Este podrá poner en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señales o marcas que estime para evitar violaciones."¹⁵⁰

El deposito debe hacerse personalmente por el testador, quien presentará dos testigos de identidad si no es conocido y se encuentra imposibilitado para ello, el Jefe

¹⁴⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 288.

¹⁵⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 289.

del Archivo deberá concurrir al lugar donde se encuentre el testador para cumplir con las formalidades del depósito. Una vez depositado, el Jefe del Archivo tomará razón de él en el libro respectivo y conservará su original bajo su directa responsabilidad, hasta que se proceda a hacer su entrega, sea al testador o al juez competente.

El testador puede en cualquier ocasión retirar del Archivo General de Notarías su testamento ológrafo, sea personalmente o por medio de apoderado con poder especial otorgado en escritura pública, en cuyo caso se levantará un acta que firmará el interesado o su apoderado y el Jefe del Archivo, como lo señala el artículo 1558: “En cualquier tiempo el testador tendrá derecho a 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 un acta que formará el interesado o su mandatario, y el encargado de la oficina”.

Una vez que el juez haya pedido el original del testamento al Archivo se observarán las siguientes reglas.

1. Si alguien guarda en su poder el duplicado o si alguien tiene noticia de que el autor de una sucesión depositó algún testamento ológrafo, debe comunicarlo al juez competente para que éste pida al Jefe del Archivo General de Notarías que se lo remita, como lo señala el artículo 1560: “ 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 quien pedirá al encargado del Archivo General de Notarías en que se encuentre el testamento, que se lo remita”.

2. Una vez que se reciba el testamento, el juez deberá examinar la cubierta que lo contiene para verificar que no fue violada. El juez hará que los testigos que residan en el lugar (en su caso) reconozcan sus firmas y las del testador y en presencia del Ministerio Público, de los interesados y de dichos testigos, se abrirá el sobre que contiene el testamento. Si éste llena los requisitos del artículo 1551 y queda

comprobado que es el mismo que depósito el testador, se hará la declaración de formal testamento, así lo determina el artículo 1561: "Recibido el testamento, el juez examinará la cubierta que lo contiene para cerciorarse que no ha sido violada, hará que los testigos de identificación que residen en el lugar, reconozcan sus firmas y la del testador, y en presencia del Ministerio Público, de los que se hayan presentado como interesados y de los mencionados como testigos abrirá el sobre que contiene el testamento. Si éste llena los requisitos mencionados en artículo 1551 y queda comprobado que es el mismo que depositó, se declarará formal el testamento de éste".¹⁵¹

Sólo si el original depositado se destruyó o fue robado, se tendrá como formal testamento el duplicado, previo el procedimiento mencionado en el párrafo anterior, de conformidad con el artículo 1562: "Sólo cuando el original depositado haya sido destruido o robado, se tendrá como formal testamento el duplicado, procediéndose para su apertura como se dispone en el artículo que procede".¹⁵²

El testamento ológrafo quedará sin efectos si el original y el duplicado, en su caso estuvieren rotos o el sobre que los cubre resultare abierto, o las firmas que los autoricen aparecieren borradas, raspadas o con enmendaduras, o si no está depositado según lo dispone el Código, aún cuando el contenido del testamento no sea vicioso, como lo dispone el artículo 1563: "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".¹⁵³

Finalmente encontramos las siguientes disposiciones en esta materia:

¹⁵¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 290.

¹⁵² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 290.

¹⁵³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 290.

Artículo 1559. “El juez ante quien se promueva el 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, para que en caso de que así sea, se remita el testamento”.¹⁵⁴

Artículo 1564. “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 lo pidan o a los notarios cuando ante ellos se trámite la sucesión”.¹⁵⁵

Después del análisis a esta clase de testamento concluimos que las observaciones hechas al testamento público cerrado son aplicables al ológrafo por lo que consideramos que también debe ser derogado, pues no presenta ventaja alguna frente al público, sino que al contrario se presenta con una gran inseguridad para quien lo utilice.

III.1.4.3.- Testamentos Especiales.

a) Testamento Privado.

Es el que se presenta ante cinco testigos, escrito por el testador al que no le es posible otorgar testamento ológrafo y se encuentra en cualquiera de los casos que señala el artículo 1565.

Efectivamente, sólo esta permitido cuando el testador no pueda otorgar testamento ológrafo, como lo determina el artículo 1566, que a la letra dice “Para que en los casos enumerados en el artículo que precede pueda otorgarse testamento privado, es necesario que al testador no le sea posible hacer testamento ológrafo”.¹⁵⁶

¹⁵⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, págs. 259 y 260.

¹⁵⁵ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 290.

¹⁵⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 291.

Debido a la falta de comunicaciones que existían en la época en la que el Código Civil se expidió, el artículo 1565 señala los casos, en los que está permitido otorgar testamento:

I. Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no le de tiempo para que concurra notario a hacer testamento;

II. Cuando no haya notario en la población o juez que actúe por receptoría;

III. Cuando aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento; o

IV. Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra”.¹⁵⁷

Cabe destacar que este último artículo en la última fracción contempla un caso que se prevé como testamento militar, de tal manera que crea confusión de si se trata de un testamento privado o militar, basados en el principio que reza que la regla especial deroga a la regla general pensamos que se debe tratar de un testamento militar, por lo que es inoperante su inclusión dentro de los testamentos especiales.

Por lo tanto, el presupuesto necesario para el otorgamiento del testamento privado, es que el testador se encuentre en eminente peligro de muerte. Esta situación se confirma con lo establecido en el artículo 1571 del Código Civil, el cual establece que el testamento privado sólo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.

¹⁵⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 291.

Si el testador no pudiera escribir, uno de los testigos lo escribirá, como lo permite el artículo 1567. Sólo si ninguno de ellos sabe escribir y en caso de suma urgencia, no será necesario redactar por escrito el testamento, en cuyo caso además, el número de testigos se reduce a tres.

Dispone el artículo 1570 que “Al otorgarse el testamento privado se observarán en su caso, las disposiciones contenidas en los artículos del 1512 al 1519”¹⁵⁸, que regula el testamento público abierto y que fueron comentadas en su oportunidad.

El testamento privado sólo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se encontraba o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó (artículo 1571) y una vez que el juez declare que los dichos de los testigos, que deben estar conformes en todas y cada una de las circunstancias enumeradas en el artículo 1574 del Código Civil, son el formal testamento (artículo 1572, 1575, 1576 y 1577).

Transcribimos a continuación los artículos que fundamentan lo anterior:

“Artículo 1571. El testamento privado sólo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.”¹⁵⁹

“Artículo 1572. El testamento privado necesita, además, para su validez, que se haga la declaración a que se refiere el artículo 1575, teniendo en cuenta las declaraciones de los testigos que firmaron u oyeron, en su caso, la voluntad del testador.”¹⁶⁰

¹⁵⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 292.

¹⁵⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 291.

¹⁶⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 292.

“Artículo 1573. La declaración a que se refiere el artículo anterior será pedida por los interesados, inmediatamente después que supieren la muerte del testador y la forma de su disposición.”¹⁶¹

“Artículo 1574. Los testigos que concurran a un testamento privado, deberán declarar circunstanciadamente:

I. El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento;

II. Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;

III. El tenor de la disposición;

IV. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquiera coacción;

V. El motivo por el que se otorgó el testamento privado;

VI. Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad, o en el peligro en que se hallaba.”¹⁶²

“Artículo 1575. Si los testigos fueron idóneos y estuvieron conformes en todas y cada una de las circunstancias enumeradas en el artículo que precede, el juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien se trate.”¹⁶³

“Artículo 1576. 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.”¹⁶⁴

¹⁶¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 292.

¹⁶² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 292.

¹⁶³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 292.

¹⁶⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 292.

“Artículo 1577. Lo dispuesto en el artículo anterior se observará también en el caso de ausencia de alguno o algunos de los testigos, siempre que en la falta de comparecencia del testigo no hubiere dolo.”¹⁶⁵

“Artículo 1578. Sabiéndose el lugar donde se hallan los testigos, serán examinados por exhorto.”¹⁶⁶

De las disposiciones anteriores se desprende la falta de seguridad jurídica al otorgarse este tipo de testamento, pues la ley no establece a juicio de quién queda determinar si un testigo es o no idóneo, además si los dichos de los testigos no fuesen conformes o si quedasen menos de tres ya no tendrá ninguna validez dicho testamento.

b). Testamento Militar.

Es aquel que se otorga por el militar o por el asimilado del Ejército en el momento de entrar en acción de guerra, estando herido sobre el campo de batalla, o por el prisionero de guerra, de manera verbal ante dos testigos, o entregando a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra, de conformidad con el artículo 1579 y 1580.

“Artículo 1579. Si el militar o el asimilado del Ejército hace 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.”¹⁶⁷

“Artículo 1580. Lo dispuesto en el artículo anterior se observará, en su caso, respecto de los prisioneros de guerra.”¹⁶⁸

¹⁶⁵ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 292.

¹⁶⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 292.

¹⁶⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 293.

¹⁶⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 293.

Quien tenga en su poder un testamento militar otorgado por escrito deberá entregarlo al jefe de la corporación, quien lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional, y ésta a la autoridad judicial competente, según el artículo 1581: “Los testamentos otorgados por escrito, conforme a este capítulo, deberán ser entregados luego que muera el testador, por aquel en cuyo poder hubieren quedado, al jefe de la corporación, quien lo remitirá al Ministerio de Guerra y éste a la autoridad judicial competente”.¹⁶⁹

Si el testamento militar sólo hubiese sido otorgado verbalmente, los testigos instruirán de él al jefe de la corporación, quien deberá dar parte en el acto a la Secretaría de la Defensa Nacional, y ésta a la autoridad judicial competente, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 1571 al 1578, ya comentados en el testamento privado, de conformidad con el artículo 1582, que a la letra dice: “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 Ministerio de la Guerra, y éste a la autoridad judicial competente, a fin de que proceda, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos del 1571 al 1578”.¹⁷⁰

Este testamento también se presenta en nuestra legislación como un acto carente de seguridad jurídica dadas las condiciones en que se otorga, por lo tanto creo que no debería existir en nuestra legislación.

c) Testamento Marítimo.

Es un testamento especial que se otorga cuando el testador en alta mar a bordo de navíos de la Marina Nacional, sean de guerra o mercante, escrito en presencia de dos testigos y del capitán del navío.

¹⁶⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 293.

¹⁷⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 293.

“Artículo 1583: Los que se encuentran en alta mar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sea de guerra o mercante, pueden testar sujetándose a las prescripciones siguientes”.¹⁷¹

“Artículo 1584: El testamento marítimo será escrito en presencia de dos testigos y del capitán del navío; y será leído y firmado, como se ha dicho en los artículos 1512 al 1519, pero en todo caso deberán firmar el capitán y los dos testigos”.¹⁷²

Este testamento se hará por duplicado y deberá ser leído, datado y firmado de acuerdo a lo establecido en los artículos 1512 a 1519 del Código Civil, pero en todo caso deberán firmar el capitán y los dos testigos, de conformidad con el artículo 1584 ya transcrito y con el artículo 1586, que a la letra dice “El testamento marítimo se hará por duplicado, y se conservará entre los papeles más importantes de la embarcación y de él se hará mención en su Diario”.¹⁷³

Si fuere el capitán quien otorga el testamento deberá desempeñar sus veces el que le sucede al mando, según lo dispone el artículo 1585: “Si el capitán hiciere su testamento, desempeñará sus veces en que deba sucederle en el mando”.¹⁷⁴

Si el buque arriba a un puerto en el que hay agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicanos, el capitán deberá depositar 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 (artículo 1587), debiendo exigir recibo de la entrega y citándolo por nota en el diario (artículo 1589). Una vez que la embarcación arribe a territorio mexicano el capitán deberá entregar el otro ejemplar, o ambos si no dejó alguno en otra parte, a la autoridad marítima del lugar, en la forma señalada anteriormente (artículo 1588).

¹⁷¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 294.

¹⁷² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 294.

¹⁷³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 294.

¹⁷⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 294.

Los agentes diplomáticos, cónsules o las autoridades marítimas deberán levantar, cuando reciban los mencionados ejemplares, a la brevedad posible, a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que ésta publique en los periódicos la noticia de la muerte del testador, para que los interesados, promuevan la apertura del testamento, de conformidad con el artículo 1590.

El testamento marítimo sólo surtirá sus efectos legales si el testador fallece en el mar o dentro del mes siguiente al desembarque en algún lugar que conforme a la ley mexicana o extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su testamento, según señala el artículo 1591.

Este testamento debe ser derogado del Código Civil, ya no hay seguridad jurídica en su otorgamiento, pues no es el momento indicado para una persona de otorgar su testamento cuando estando en una embarcación con peligro de muerte desea hacerlo, ya que tuvo suficiente tiempo antes de embarcarse para acudir ante un notario a otorgarlo ante un profesional y experto en la materia, con la libertad y plena consciencia de lo que esta haciendo.

d) Testamento Hecho en País Extranjero.

El testamento hecho en país extranjero es contemplado bajo dos supuestos en el Código Civil Federal.

En el primer supuesto, el testamento hecho en país extranjero puede ser otorgado ante los secretarios de la legación, los cónsules y vicecónsules mexicanos, quienes podrán hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos de los mexicanos en el extranjero, en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el Distrito Federal. Así lo establece el artículo 1594 del Código Civil. Dichos funcionarios remitirán copia autorizada del testamento otorgado ante ellos al Ministerio de Relaciones Exteriores. El papel en que se extienda el

testamento otorgado ante los agentes diplomáticos o consulares, llevará el sello de la legación o consulado respectivo.

En el segundo supuesto, el testamento hecho en país extranjero producirá efecto en el Distrito Federal, cuando haya sido formulado de acuerdo con las leyes del país en que se otorgue. Este supuesto se adecua al *locus regit actum* establecido en el artículo 15 del Código Civil, según el cual la forma de los actos jurídicos se rige por las disposiciones del lugar en que se otorguen.

En el capítulo respectivo a este tipo de testamento se establece además que, si el testamento fuere ológrafo, el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores dentro del término de diez días, al encargado del Archivo General de Notarías.

En otras palabras, como acabamos de analizar, la regulación de este supuesto tipo de testamento, no añade nada nuevo en ninguno de los dos supuestos regulados por el Código, razón por la cual debería derogarse dicho capitulado.

III.1.5.- MODALIDADES EN LOS TESTAMENTOS.

Antes de adentrarse al tema de las modalidades de los testamentos, es importante hacer un recordatorio de las modalidades de las obligaciones en general, ya que las condiciones impuestas a los herederos y legatarios en lo no prevenido por el capítulo respectivo del Código Civil, se van a regir por las reglas de las obligaciones condicionales según lo señala su artículo 1345.

La doctrina francesa distingue entre obligaciones “puras y simples” y las obligaciones modificadas por alguna modalidad.¹⁷⁵

¹⁷⁵ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, 1985, pág. 391.

Las obligaciones "puras y simples" son las que se producen en estado normal, sin estar afectadas por ninguna modalidad. Las principales modalidades a que pueden estar afectadas por ninguna modalidad. Las principales modalidades a que se pueden estar afectas las obligaciones son básicamente tres: la condición, el término ó plazo y el modo o carga.

La condición es aquel acontecimiento futuro de realización incierta a la llegada del cual nacen o se extinguen derechos y obligaciones, dependiendo de si es resolutoria (extinción) ó si es suspensiva (nacimiento).

Existen diversas clasificaciones de las condiciones, siendo las más sobresalientes las siguientes: a) la que las divide en condición casual, potestativa y mixta, b) la que distingue entre condición positiva y negativa, y c) la que contempla condiciones imposibles e ilícitas.

-La condición casual es la que depende la voluntad de un tercero no interesado en el contrato (ejemplo "si tu padre muere antes que tú, te daré una pensión para que puedas continuar con tus estudios").

-La condición potestativa o voluntaria, si depende de la voluntad de una de las partes (ejemplo "Si me decido a vender mi casa, la ofreceré en primer término a usted, antes de proponerla a otra persona").

-Es condición mixta, si depende de un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes y además de la voluntad de una de ellas (ejemplo "si usted se casa con "X", le daré en arrendamiento mi casa de...").

-La condición es positiva o afirmativa cuando consiste en el caso de un acontecimiento que llegará.

-La condición es negativa cuando consiste en el caso de un acontecimiento que no llegará.

-La condición es imposible, si se hace consistir en un acontecimiento que no puede realizarse, sea porque es contrario a las leyes de la naturaleza, sea porque está en contradicción con los principios del derecho. Así la imposibilidad puede ser material, física ó jurídica.

-La condición es ilícita o inmoral, cuando imprime al acto en el que interviene un carácter tal que la operación en su conjunto está reprobada por las reglas de la ley moral o de la ley civil.

El término o plazo puede ser suspensivo ó extintivo.

Es obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto (artículo 1953 del Código Civil). El día cierto es aquel que necesariamente ha de llegar (artículo 1954 del Código Civil).

En el plazo suspensivo la obligación no se ha de cumplir de forma inmediata, sino en cierto día. El plazo suspensivo, a diferencia de la condición, no influye sobre la existencia de la obligación, sólo retarda su ejecución.

El plazo extintivo limita la duración de la obligación. A la llegada del plazo extintivo, la obligación termina y cesa de producir sus efectos.

El modo, es una carga impuesta al que recibe una liberalidad.

El modo de diferencia de la condición, no depende de un acontecimiento futuro e incierto. El modo obliga a la ejecución impuesta. Ejemplo "te vendo sólo por \$1,000 esta finca, que vale el doble, a cambio que plantes 1,000 eucaliptos en mi otra finca". "Te doy mi villa de "X" lugar, para que eleves un monumento a "X" héroe".

En los contratos la carga constituye una prestación accesoria que aunque no lo hace conmutativos disminuye el beneficio del beneficiario (Giorgi)¹⁷⁶.

Las modalidades en las disposiciones testamentarias.

La institución de heredero en el testamento puede ser pura y simple o bien, estar sujeta a modalidades, siendo éstas últimas las mismas que existen y pueden afectar a las obligaciones en general. Estas posibilidades se basan en la libertad y soberanía que tiene el testador para disponer de sus bienes y derechos y para hacerlo en las formas y condiciones que estime pertinentes dentro de ciertos causes legales.

TÉRMINO.- La Institución de heredero, consecuente con el principio "*semen heres semper heres*" no puede quedar nunca, de acuerdo con nuestra legislación sucesoria, sujeta a término, aceptándose sin embargo, esta posibilidad para el legado. En los legados, se permite la disposición sujeta a plazo suspensivo como al extintivo de acuerdo a lo establecido en el Código Civil en sus artículos siguientes:

Suspensivo.

"Artículo 1364.- Si el día en que debe comenzar el legado fuere seguro, sea que se sepa o no cuándo ha de llegar, el que ha de entregar la cosa legada, tendrá, respecto de ella, los derechos y las obligaciones del usufructuario".¹⁷⁷

Extintivo.

"Artículo 1363.- Si el legado fuere de prestación periódica, que debe concluir en un día que es inseguro si llegará o no, llegado el día, el legatario habrá hecho suyas todas las prestaciones que correspondan hasta aquel día."¹⁷⁸

¹⁷⁶ *Op. Cit.*, ARCE Y CERVANTES José, pág. 80.

¹⁷⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 132.

¹⁷⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 132.

“Artículo 1366.- Cuando el legado debe concluir en un día que es seguro que ha de llegar, se entregará la cosa o cantidad legada al legatario, quien se considerará como usufructuario de ella.”¹⁷⁹

La designación de heredero a término consiste en el establecimiento de un día en que hayan de comenzar o cesar los efectos de la institución.

La institución a término no se encuentra autorizada en nuestro sistema, y por ende la fijación de día en que deba cesar la institución de heredero se tendrá por no puesta como lo determina el artículo 1380 del Código Civil que a la letra dice: “No obstante lo dispuesto en el artículo 1344, la designación del día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero, se tendrá por no puesta.”¹⁸⁰

En nuestro sistema la transmisión del patrimonio hereditario opera al momento de la muerte del autor de la sucesión de acuerdo a lo establecido por el artículo 1288 del Código Civil que señala “A la muerte del autor de la sucesión los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división”,¹⁸¹ aunque sea de modo “virtual” pues se confirma con el auto que dicta la declaratoria de herederos ó el que determina la validez del testamento. Entonces, el término inicial es incompatible con el carácter inmediato de la transmisión hereditaria.¹⁸²

CONDICION.- En los testamentos, para que exista esta condición, no se necesita que el acontecimiento sea futuro, puede ser un acontecimiento ya realizado siempre que el testador no haya tenido conocimiento de ese hecho como lo señalan los artículos 1353 del Código Civil que dice “La condición potestativa se tendrá por cumplida aun cuando el heredero o legatario haya prestado la cosa o el hecho antes de que se otorgara el testamento, a no ser que pueda reiterarse la prestación, en cuyo caso no será ésta obligatoria sino cuando el testador haya tenido conocimiento

¹⁷⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 132.

¹⁸⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 134.

¹⁸¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 125.

¹⁸² *Op. Cit.*, DE PINA, Rafael, pág. 303.

de la primera.”¹⁸³, el artículo 1354 del Código Civil que señala “En el caso final del artículo que precede, corresponde al que debe pagar el legado la prueba de que el testador tuvo conocimiento de la primera prestación”¹⁸⁴. O bien cuando lo ignore como lo señala el artículo 1357 del Código Civil que indica “Si la condición se hubiere cumplido al hacerse el testamento ignorándolo el testador, se tendrá por cumplida; más si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida si ya no puede existir o cumplirse de nuevo.”¹⁸⁵. Y por último cuando le fuere desconocido como lo señala el artículo 1498 que dice “La disposición testamentaria que contenga condición de suceso pasado o presente desconocidos, no caduca aunque la noticia del hecho se adquiriera después de la muerte del heredero o legatario, cuyos derechos se transmiten a sus respectivos herederos.”¹⁸⁶

La falta de cumplimiento de la condición no perjudica al heredero o legatario cuando éstos hayan empleado todos los medios para cumplirla como lo señala el artículo 1346 del Código Civil que indica “La falta de cumplimiento de alguna condición impuesta al heredero o al legatario, no perjudicará a éstos siempre que hayan empleado todos los medios necesarios para cumplir aquélla.”¹⁸⁷

Anulan la institución:

a) Las condiciones física o legalmente imposibles –en las que se incluyen las ilícitas-, pero si la que lo era al tiempo de hacer el testamento, dejare de serlo a la muerte del testador, será válida, de acuerdo a lo señalado en el Código Civil en sus siguientes artículos:

“Artículo 1347. La condición física o legalmente imposible de dar o de hacer, impuesta al heredero o legatario, anula su institución.”¹⁸⁸

¹⁸³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 131.

¹⁸⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 131.

¹⁸⁵ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 131.

¹⁸⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 142.

¹⁸⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 131.

¹⁸⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 131.

“Artículo 1348. Si la condición que era imposible al tiempo de otorgar el testamento, dejare de serlo a la muerte del testador, será válida.”¹⁸⁹

b) La llamada “condición captatoria”, es decir, la condición de que el heredero o legatario hagan en su testamento disposición a favor del testador o de otra persona, como lo indica el Código Civil en sus artículos:

“Artículo 1349. Es nula la institución hecha bajo la condición de que el heredero o legatario hagan en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona.”¹⁹⁰

“Artículo 1473. Si la cosa legada está dada en prenda o hipotecada, o lo fuere después de otorgado el testamento, el desempeño o la redención serán a cargo de la herencia, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa.

Si por no pagar el obligado, conforme al párrafo anterior, lo hiciere el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra aquél.

Cualquiera otra carga, perpetua o temporal, a que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los réditos devengados hasta la muerte del testador son carga de la herencia.”¹⁹¹

Se tendrán por no puestas:

a) La condición de no dar o de no hacer;

b) La de no impugnar el testamento o de sus disposiciones, so pena de perder el carácter de heredero o legatario, ambos casos como lo indica el Código Civil en su artículo:

¹⁸⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 131.

¹⁹⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 131.

¹⁹¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 138.

“Artículo 1355. La condición de no dar o de no hacer, se tendrá por no puesta.”¹⁹²

c) La impuesta al heredero o legatario de tomar o dejar de tomar estado como lo señala el Código Civil en su artículo:

“Artículo 1358. La condición impuesta al heredero o legatario, de tomar o dejar de tomar estado, se tendrá por no puesta.”¹⁹³

d) La designación de día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero, o sea en realidad el nombramiento de heredero sujeto a plazo, confundido aquí con la condición, según se señala en el Código Civil en el artículo siguiente:

“Artículo 1380. No obstante lo dispuesto en el artículo 1344, la designación del día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero, se tendrá por no puesta.”¹⁹⁴

Por el concepto de tomar o dejar de tomar estado, debe entenderse el estado matrimonial¹⁹⁵, el matrimonio por esencia, supone plena libertad de los contrayentes. Se considera que cualquier condición que invite a actuar contra la conciencia o la vocación de una persona, es ilícita y debería considerarse como no puesta (artículo 1358 Código Civil).

Por lo que hace a la disposición en que se deja el usufructo, uso, habitación a una persona mientras permanezca viuda o soltera, señalada en el artículo 1359 del Código Civil “Podrá, sin embargo, dejarse a alguno el uso o habitación, una pensión alimenticia periódica o el usufructo que equivalga a esa pensión, por el tiempo que permanezca soltero o viudo. La pensión alimenticia se fijará de acuerdo con lo

¹⁹² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 131.

¹⁹³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 132.

¹⁹⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 134.

¹⁹⁵ *Op. Cit.*, ARCE Y CERVANTES, José, pág. 76.

prevenido en el artículo 311.”¹⁹⁶, no se encuentra comprendida en la prohibición del artículo 1358 del Código Civil, ya que no busca promover o prohibir el matrimonio y no es una verdadera condición, ya que lo único que busca el testador es beneficiar a una persona mientras permanezca en estado de soltería o de viudez.¹⁹⁷

La ley establece los siguientes efectos para los casos en que exista condición.

- a) La condición que suspende por cierto tiempo la ejecución del testamento, no impide que el heredero o legatario adquiera el derecho a lo que se les deja y lo transmitan a sus herederos. (Artículo 1350 Código Civil)
- b) Si no hay plazo para el cumplimiento de la condición, la cosa legada permanecerá en poder del albacea y al hacerse la partición se asegurará el derecho del legatario siguiéndose las reglas de partición de herederos condicionales. (Artículo 1351 Código Civil); (El capítulo relativo a la partición no establece nada relativo a este caso, por analogía podría aplicarse lo dispuesto por el artículo 1770 del Código Civil que señala: No hay obligación de dar alimentos a las personas que tengan bienes; pero si teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla.¹⁹⁸).¹⁹⁹
- c) Cumplida la condición se retrotrae al tiempo de la muerte del testador (Artículo 1360 Código Civil).

Para el caso de muerte del beneficiario antes de realizarse la condición suspensiva, hay dos disposiciones que parecen contradictorias, el artículo 1350 (que establece que el beneficiario adquiere el derecho y lo transmite a sus herederos) y el 1336 (que dice que no lo transmite).

¹⁹⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 132.

¹⁹⁷ *Op. Cit.*, ARCE Y CERVANTES, José, pág. 77.

¹⁹⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 133.

¹⁹⁹ *Op. Cit.*, ARCE Y CERVANTES, José, pág. 77.

“Artículo 1350. La condición que solamente suspende por cierto tiempo la ejecución del testamento, no impedirá que el heredero o el legatario adquieran derecho a la herencia o legado y lo transmitan a sus herederos.”²⁰⁰

“Artículo 1336. El heredero por testamento, que muera antes que el testador o antes de que se cumpla la condición; el incapaz de heredar y el que renuncie a la sucesión no transmiten ningún derecho a sus herederos.”²⁰¹

Federico de Castro, nos dice sobre el particular que se trata no de enfrentar ambas disposiciones sino de interpretarlas de modo que ambas tengan sentido. El derecho del beneficiario tiene un valor patrimonial y la posibilidad de convertirse en titularidad definitiva por lo que entra a formar parte del patrimonio del titular y de sus herederos en su caso; que esto depende de la naturaleza que el testador quiso dar a la condición: si va unida a la cualidad personal del beneficiario de modo que sólo éste pueda cumplirla, si fallece sin haberlo hecho, el derecho de adquirido por él no se transmite a sus herederos (Artículo 1336 Código Civil) y si la condición puede ser cumplida después de la muerte del heredero entonces éste si transmite el derecho a sus herederos (Artículo 1350 Código Civil).²⁰²

Nuestro Código Civil sigue el sistema de que en la condición suspensiva tratándose de disposiciones testamentarias no se adquiere ni se transmite derecho hasta que la condición se cumpla. Se dota de protección jurídica mientras no se sepa si se va o no a cumplir la condición.

Para que el heredero pueda suceder, basta que sea capaz al momento de la muerte del autor de la herencia, pero que si la institución es condicional, se necesitará que el heredero sea capaz al tiempo en que se verifique la condición. Por esta razón, si muere antes que se realice, no se llenó el requerimiento de la capacidad, y de allí que no adquiere ningún derecho ni transmite ese derecho condicional a sus

²⁰⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 131.

²⁰¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 130.

²⁰² *Op. Cit.*, ARCE Y CERVANTES, José, pág. 77.

herederos. En dichos casos, la muerte antes de realizarse la condición, produce la caducidad de la condición o del legado de acuerdo a lo establecido en el artículo 1497 fracción I del Código Civil que señala: Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios: I. Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado.”²⁰³

Para Castán y Ripert²⁰⁴ la palabra condición en los artículos 1336 y 1350 del Código Civil, más que una institución bajo condición se refieren a la institución a término incierto, y así parece puesto que el artículo 1350 habla de la condición que suspende por cierto tiempo, y dicha expresión sólo puede referirse a un acontecimiento que forzosamente a de llegar, pero como la herencia no puede estar sujeta a término, esta disposición sólo sería aplicable a casos de legados sujetos a dicha modalidad.

MODO O CARGA.- Entendido el modo como una “carga” impuesta al que recibe una liberalidad. No suspende ni resuelve el vínculo contractual ni la disposición testamentaria, pero constriñe y obliga al aceptante a cumplir con la carga que se le impone. Del modo no depende la eficacia del negocio, de la condición sí.

Cuando hay condición es que el testador ignora el futuro y le interesa para su decisión. Por ejemplo “Querría que X fuera heredero o legatario si sucediera tal cosa o que dejara de serlo si ocurriera tal otra”.

En el modo o carga, no le interesa al testador un acontecimiento futuro determinado. Quiere que la persona a quien grava con la carga sea heredera o legataria sin más, pero también quiere que la persona Z reciba un beneficio por manos de ese heredero o legatario.

²⁰³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 142.

²⁰⁴ *Op. Cit.*, ARCE Y CERVANTES, pág. 78.

En nuestro sistema la carga se le considera como condición resolutoria (Artículo 1361 del Código Civil) lo que significa que su incumplimiento en materia testamentaria resuelve el nombramiento de heredero o de legatario.

El artículo 1394 permite que el testador grave con legados no sólo al heredero sino a los mismos legatarios y establece que si la carga consiste en la ejecución de un hecho, el heredero o legatario deben cumplirlo (Artículo 1419 del Código Civil); si el gravado con la carga no recibe todo el legado, se reduce proporcionalmente la carga y si sufre evicción puede repetir lo pagado (Artículo 1420 del Código Civil). Para el caso en que no se haya señalado tiempo para el cumplimiento de la carga (Artículo 1362 Código Civil) se sigue la regla del artículo 1351 del Código Civil.

Para terminar, es importante mencionar la existencia de la llamada disposición "subcausa" que es aquella que contiene el motivo determinante de la misma. Las disposiciones testamentarias que se funden en causa expresa que resulte errónea, si fue la única que determinó la voluntad del testador, no tiene ningún efecto (Artículo 1301 Código Civil), y si la causa es contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tiene por no escrita (Artículo 1304 Código Civil) o sea que no invalida la disposición testamentaria.

III.1.6.- INTERPRETACION DEL TESTAMENTO.

Aunque no es finalidad de este trabajo el análisis de la interpretación del testamento, si consideramos importantes referirnos a este tema como parte integral del testamento.

Debemos en primer término referirnos al concepto de interpretar que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como: "Interpretar. Explicar o declarar el sentido de una cosa y principalmente el de textos faltos de claridad".²⁰⁵

²⁰⁵ *Op. Cit.*, Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de Española, pág. 102.

Por su parte el profesor Juan Palomar de Miguel, en su obra *Diccionario para Juristas*, señala "Interpretar. (*lati Interpretare*). Tr. Declarar o explicar el sentido de una cosa, y sobre todo el de textos faltos de claridad. // Entender o tomar en buena o mala parte una palabra o acción. // Atribuir una acción a determinado fin o causa. // Comprender y expresar bien o mal la materia o asunto de que se trata (se dice sobre todo de los actores o de los artistas en general).²⁰⁶

Una vez precisado el vocablo interpretar, es conveniente referirnos al término interpretación.

"Interpretación.- (*lat. Interpretatio*) f. Acción y efecto de interpretar. // - analógica. Der. Aquella en la que, para aplicar un precepto a una situación no prevista en la ley, se buscan las semejanzas que esa situación no prevista pueda tener los casos previstos y sancionados por la ley. // - auténtica. Der. La que de una ley hace el mismo legislador. // - de lenguas, Secretaría en que se traducen papeles y documentos legales escritos en otra lengua. // - doctrinal. Der. La que se funda en las opiniones de los jurisconsultos. // - evolutiva o progresiva. Der. Aquella por la cual se atribuye al texto de una ley antigua un significado no pensado ni pretendido por el que la dictó, con objeto de ponerla en consonancia con las necesidades de la vida jurídica del momento en que se interpreta. // - extensiva. Der. Aquella que tiende a ampliar el significado natural de las palabras contenidas en la norma. // - gramatical. Der. La que se hace basándose en los términos gramaticales. // - jurisprudencial. Der. La que dimana de la actividad práctica de los tribunales, que aplican a los casos concretos de la vida de las normas vigentes y las interpretan. // - legislativa. Der. La que se hace entendiendo a los factores tenidos en cuenta en la elaboración de las leyes. // - literal. Der. La que se hace conforme a la letra. // - lógica. Der. Reconstrucción del pensamiento y de la voluntad del legislador mediante una investigación profunda y compleja dirigida a establecer los motivos que determinaron el precepto, los fines a que éste tiende, la ocasión en que fue dictado. // - restrictiva. Der. Aquella en la que se limita el significado de las palabras contenidas en la norma. // . sistemática. Der.

²⁰⁶ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para Juristas*, Ediciones Mayo, Primera Edición, México, 1981, pág. 737.

Aquella en la que el estudio de las normas se hace relacionándolas con todas las que constituyen la institución jurídica. // usual. Der. La autorizada por la jurisprudencia de los tribunales. Cfr. Método de interpretación.”²⁰⁷

“Tienen primordialmente como fin la interpretación determinar el contenido de una voluntad dudosa. Cuando es incognoscible de una manera cierta, por ejemplo, si las expresiones empleadas son ininteligibles, el caso se confunde con el de ausencia de voluntad y no es lícito el sentenciador, bajo pretexto de función interpretadora o integrativa, forjar la intención de las partes y construir el acto jurídico con elementos ajenos a la declaración.”²⁰⁸

Siendo el testamento un acto jurídico unilateral, que refleja la expresión de la voluntad libre de su otorgante, quien por regla general no es versado en el derecho, ni conocedor de las normas que lo regulan, es común que la persona al otorgar su testamento no haya podido expresar con claridad su pensamiento o su deseo respecto a la disposición de sus bienes y derechos para después de su muerte.

Nuestro Código Civil, no contiene un capítulo específico en el que se regule la forma para interpretar un testamento, por lo que la mayoría de los tratadistas coinciden en la conveniencia de acudir a las reglas de interpretación de la teoría general de las obligaciones, específicamente a la manera de interpretar los contratos, para lo cual es necesario referirnos a las dos tesis que definen como se debe interpretar la voluntad del autor de un acto jurídico.

Para el maestro Antonio de Ibarrola: “Dos tesis hay que definen cómo debe interpretarse la voluntad del autor de un acto jurídico:

a) La voluntad interna o subjetiva: el juez debe investigar a través de las palabras empleadas la verdadera intención del testador. Esta teoría es la que acepta el artículo 1302: “Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal

²⁰⁷ *Op. Cit.*, PALOMAR DE MIGUEL, Juan, pág. 737.

²⁰⁸ *Op. Cit.*, DE IBARROLA, Antonio, pág. 756.

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”. La acepta también el artículo 1851 para los contratos: “Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”.

b) La teoría de la voluntad declarada u objetiva, que invoca la seguridad dinámica respecto a los terceros, a fin de que exista seguridad en las transacciones, y todo el mundo sepa a qué atenerse al entrar en relaciones con aquél que finca sus derechos en el tenor literal de un documento, contrato o testamento. Reconozcamos que si posteriormente se le diera otra interpretación a la declaración de voluntad que se desprende del tenor literal de un documento, habría una sorpresa indebida contra los terceros de buena fe y la desconfianza se abriría paso en todas las operaciones”.²⁰⁹

Con los criterios anteriormente mencionados coincide el doctor Ernesto Gutiérrez y González, quien en términos similares señala que:

“A.- Teoría de la voluntad real o interna.

También se le conoce a esta tesis con el nombre de “Teoría de la Autonomía de la Voluntad”, y es la que inspiró a los códigos francés e italiano. En ella se afirma que si la voluntad de las partes es el alma del contrato, deberá desarrollar la labor de un psicólogo, para desentrañar la verdadera intención de los que otorgan el acto.

Es cierto que la voluntad no puede existir para los efectos del Derecho si no se le da una expresión adecuada; pero teniéndola, ésta puede no reflejar el íntimo querer de las partes por no haber sabido exteriorizarla en forma correcta y adecuada. Es ahí en donde debe intervenir el psicólogo, desentendiéndose en lo absoluto de los intereses que por una expresión incorrecta se hayan podido establecer a favor de terceras personas ajenas al contrato, o “terceros” como se le dice a éstas.

²⁰⁹ *Op. Cit.*, DE IBARROLA, Antonio, pág. 756.

b.- Teoría de la voluntad declarada.

También se conoce a esta tesis con el nombre de “teoría de la declaración de la voluntad”, y es en su contenido, diametralmente opuesta a la anterior.

Sostiene que para interpretar el contenido y alcance de un contrato, se debe entender en forma exclusiva a lo que exteriorizaron los otorgantes, de manera independiente de que esa declaración traduzca o no fielmente, su querer interno.”²¹⁰

De lo anterior, podemos decir que el artículo 1302 del Código Civil es el único que habla en general de la interpretación, adoptando la teoría de la voluntad interna o subjetiva.

Por su parte, Manresa ha fijado las siguientes reglas de hermenéutica en lo que respecta a la interpretación del testamento:

- a) En las disposiciones de última voluntad debe atenderse más a la voluntad del otorgante que al sentido literal de las palabras que usó en el documento. Sobre todo, es necesario tomar las dudosas en el sentido que probablemente quiso darles, según su educación y sus costumbres, pues muchos suelen aplicarse de una manera imperfecta y algunas veces con impropiedad e inexactitud;
- b) Si el sentido de una cláusula fuera ambiguo, ha de interpretarse generalmente a favor de la validez de la disposición;
- c) En los testamentos, la interpretación se hace según la costumbre y modo conocido que el testador tenía de entender las cosas y de expresarse;
- d) Cuando la cláusula en que se hizo un legado presente dos sentidos, ha de entenderse más bien en el que le da algún efecto que en el que no le da ninguno;

²¹⁰ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio Intervivos y Mortis Causa*, Editorial Porrúa, Primera edición. México, 1995, pág. 169.

- e) Cuando el sentido de una disposición ofreciera oscuridad, ambigüedad o duda, será necesario explicar o interpretar unas por otras, todas las que aparezcan en beneficio de una misma persona;
- f) Cuando dos cláusulas se contradicen, ambas quedan sin efecto si el testador claramente quiere que las dos disposiciones lo surtan y, en todo caso, ha de ejecutarse la última cláusula, porque por ella queda abrogada la primera. Hallándose las dos disposiciones contradictorias en diversos testamentos, con más razón se habrá de ejecutar la última, puesto que revoca la primera;
- g) Si en el auxilio de la interpretación no se puede absolutamente descubrir en las cláusulas oscuras o dudosas la probable intención del otorgante, debe decidirse la duda a favor del que haya obligado a ejecutar la disposición testamentaria.”²¹¹

A pesar de no tener un apartado específico, el Código Civil nos da ciertas reglas de interpretación, estableciendo que ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos corresponden, pueden dejarse al arbitrio de un tercero (artículo 1297); que cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc. Puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes deban aplicarse, debiendo entenderse que las disposiciones testamentarias hechas a favor de los pobres en general o del alma se entenderán hechas para la asistencia pública lo mismo que las que se hicieren a favor de las iglesias, sectas o instituciones religiosas (artículo 1298 y 1330); que 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 (artículo 1299); que 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 (artículo 1300),

²¹¹ *Op. Cit.*, GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, pág. 169.

que los herederos instituidos sin designación de la parte que a cada uno corresponda heredarán por partes iguales (artículo 1381); que el heredero instituido en cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario (artículo 1382); que aunque el testador nombre algunos herederos individualmente y a otros colectivamente, como si dijera instituyo por mis herederos a Pedro y a Pablo y a los hijos de Francisco, los colectivamente nombrados se considerarán como si fuesen individualmente, a no ser que se conozca de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador (artículo 1383); que cuando fueren varios los albaceas nombrados, el albaceazgo será ejercitado por cada uno de ellos en el orden en que hubiesen sido designados, a no ser que el testador hubiere dispuesto expresamente que se ejerza de común acuerdo por todos los nombrados, pues en este caso se considerarán mancomunados (artículo 1692); que se consideran fideicomisarias y en consecuencia prohibidas, las disposiciones que contengan prohibiciones de enajenar o que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte del heredero o el encargo de prestar a más de una persona sucesivamente cierta renta o pensión (artículo 1482) y que no se reputa fideicomisaria la disposición en que el testador deja la propiedad del todo o de parte de sus bienes a una persona y el usufructo a otra, a no ser que el propietario o el usufructuario queden obligados a transferir a su muerte la propiedad o el usufructo a un tercero (artículo 1479); ni la obligación que se imponga al heredero de invertir ciertas cantidades en obras benéficas como pensiones para estudiantes, para los pobres o para cualquier establecimiento de beneficencia en la forma y término a que se refiere el artículo 1483.

Los preceptos de nuestro Código Civil que contienen principios de interpretación son los siguientes:

a) "Artículo 1402. Cuando se legue una cosa con todo lo que comprenda, no se entenderán legados los documentos justificantes de propiedad, ni los créditos activos, a no ser que se hayan mencionado específicamente."²¹²

²¹² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 150.

b) "Artículo 1403. El legado del menaje de una casa sólo comprende los bienes muebles a que se refiere el artículo 761."²¹³

c) "Artículo 1300. La disposición hecha en términos vagos en favor de los parientes del testador, se entenderá que se refiere a los parientes más próximos, según el orden de la sucesión legítima."²¹⁴

En consecuencia, conforme al artículo 1604 "Los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo lo dispuesto en los artículos 1609 y 1632"²¹⁵, que señalan "artículo 1609. Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes. Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado la herencia."²¹⁶ y "artículo 1632. Si concurren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos o de medios hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado la herencia, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo anterior."²¹⁷ Además de lo dispuesto por el artículo 1610 que dispone "Si sólo quedaren descendientes de ulterior grado, la herencia se dividirá por estirpes, y si en algunas de éstas hubiere varios herederos, la porción que a ella corresponda se dividirá por partes iguales."²¹⁸ Además, en la herencia por línea concurrirán abuelos y bisabuelos (artículo 1618).

d) "Artículo 1382. El heredero instituido en cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario."²¹⁹

e) "Artículo 1383. Aunque el testador nombre algunos herederos individual y a otros colectivamente, como si dijera: Instituyo por mis herederos a Pedro y a Pablo y a los

²¹³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 150.

²¹⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 140.

²¹⁵ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 170.

²¹⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 170.

²¹⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 172.

²¹⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 170.

²¹⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 149.

hijos de Francisco, los colectivamente nombrados se considerarán como si fuesen individualmente, a no ser que se conozca de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador.”²²⁰

f) “Artículo 1385. Si el testador llama a la sucesión a cierta persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente.”²²¹

g) “Artículo Las disposiciones hechas a favor de los pobres en general o del alma, se regirán por lo dispuesto en los artículos del 75 al 87 de la Ley de beneficencia privada. Las hechas a favor de las iglesias, sectas o instituciones religiosas, se sujetarán a lo dispuesto en los artículos 27 de la Constitución Federal y 88 de la ya citada Ley de Beneficencia”.²²²

h) “Artículo 762. Cuando por la redacción de un testamento o de un convenio, se descubra que el testador o las partes contratantes han dado a las palabras muebles o bienes muebles una significación diversa de la fijada en los artículos anteriores, se estará a lo dispuesto en el testamento o convenio.”²²³

III.2.- PROCESO SUCESORIO

El proceso sucesorio puede ser tramitado por medio de dos vías:

a) Judicial, y

b) Extrajudicial.

²²⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 149.

²²¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 149.

²²² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 144.

²²³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 92.

La vía judicial que se va a tratar dentro de este capítulo se refiere al juicio testamentario y no al intestamentario, ya que la sucesión legítima en realidad no es objeto principal de estudio en este trabajo.

Habiendo ya estudiado el testamento público abierto, y siendo este el más común en la práctica de nuestro derecho, la sucesión testamentaria tanto por la vía judicial como por la extrajudicial serán analizadas en relación a este tipo de testamento, lo que hará más fácil el análisis posterior al comparar este proceso con la tramitación simplificada que corresponde al testamento público simplificado.

Es importante señalar que, como regla general, todo juicio sucesorio debe ser tramitado por la vía judicial. La excepción a esta regla es la vía extrajudicial que solamente tendrá lugar en caso de que se den los supuestos exigidos por la ley.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal enumera cuatro etapas en el proceso sucesorio.

- De Sucesión.

En esta etapa se conocen a los sucesores y se lleva a cabo el nombramiento de herederos y albacea y la aceptación de los mismos.

- De Inventarios.

Aquí se determina el total de los bienes y/o derechos, pasivos etc. Que abarca la herencia (universalidad), y se llevarán a cabo avalúos de los mismos para saber cual va a ser el valor con el que se adjudicarán los herederos.

- De Administración.

Antes de que se entreguen los bienes a los herederos, transcurre esta etapa en donde serán administrados y vigilados por el albacea.

- De Partición.

Finalmente los herederos reciben los bienes que les corresponden y se adjudicarán los mismos.

Las cuatro etapas se desarrollan en ambas vías aunque puede darse el caso, como más adelante los estudiaremos, que la primera etapa se tramite por la vía judicial y después se finalice el proceso ante un notario, quien desarrollará las tres etapas siguientes.

III.2.1.- TRAMITACION JUDICIAL

La vía judicial en el juicio sucesorio es aquella que se tramita ante un juez de lo familiar. La entidad federativa en la que se tramitará el juicio atenderá a lo dispuesto por los artículos 143, 144 y 156 fracción V, del Código de Procedimientos Civiles y el 58 de la Ley Orgánica de los Tribunales del Distrito Federal, que se refiere a la competencia del juez que conocerá del juicio y que dicen lo siguiente:

- El juez que conocerá del juicio será aquel en cuya jurisdicción haya tenido su último domicilio el *de cujus*.
- A falta de domicilio será el de la ubicación de los bienes raíces que forman la herencia.
- A falta de bienes raíces será el del lugar de fallecimiento del autor de la sucesión.

La denuncia con la que se dará inicio al proceso podrá ser presentada por cualquier interesado. Este escrito deberá llevar anexo el acta de defunción del autor de la sucesión o cualquier otro documento que haga prueba fehaciente de fallecimiento (artículo 774 Código de Procedimientos Civiles), también adjunto se deberá presentar el Testamento público abierto del *de cujus*. De acuerdo al artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles, presentando el testamento, el juez sin más trámite

tendrá por radicado el juicio y en el mismo auto convocará a los interesados a una junta para que si hubiere albacea nombrado en el testamento se les de a conocer y si no lo hubiera procedan a elegirlo con arreglo a lo prescrito por los artículos 1682, 1683, 1684 y 1988 del Código Civil.

Al mismo escrito de denuncia se acompañarán las actas de nacimiento de los hijos del *de cuius*, el acta de matrimonio del cónyuge y los documentos necesarios para otras personas que acrediten su interés jurídico en el juicio.

En dicho auto de radicación, el juez también dará vista al Ministerio Público, y girará los oficios respectivos al Archivo General de Notarías y al Archivo Judicial del Distrito Federal, a efecto de que le informen si el autor de la sucesión otorgó algún testamento posterior al que fue presentado por el o los denunciante.

Una vez desahogada la vista al Ministerio Público y recibidos los informes del Archivo General de Notarías y del Archivo Judicial, se llevará a cabo la junta que señala el artículo 791 del Código de Procedimientos Civiles, la cual se celebrará dentro de los ocho días siguientes a la citación si la mayoría de los herederos reside en el lugar del juicio. Si los herederos o alguno de ellos no residieren en el lugar del juicio, el juez dará el tiempo que él considere prudente para llevar al cabo dicha junta.

Una vez reunidos los herederos en la junta, y siendo identificados por el juez, se declarará abierta la audiencia en la que se le dará lectura al testamento otorgado por el *de cuius*. Los herederos y legatarios manifestarán su inconformidad con sus nombramientos y con las porciones que les fueron asignadas. El albacea también por su parte aceptará su cargo y en caso de que no estuviere presente se le notificará a efecto de que concurra a dicho juzgado a aceptar y protestar su cargo de albacea.

Una vez que los herederos y legatarios acepten su nombramiento y el albacea a su vez aceptó y protestó su cargo, se dará por terminada la Junta de Herederos, firmando en el acta respectiva todos los que intervinieron en ella.

En el supuesto de que el testamento no haya sido impugnado, ni sugiera controversia alguna, el juez dictará sentencia en donde reconocerá al albacea y a los herederos instituidos en el testamento, así como las proporciones de la herencia que recibirán, dando por terminada la primera sección del juicio.

El artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, nos dice que iniciado el juicio y siendo los herederos mayores de edad, podrán después del reconocimiento de sus derechos, encomendar a un notario la formación de inventarios y avalúos, liquidación y partición de la herencia, procediendo en todo de común acuerdo, que constará en una o varias actas.

Asimismo el artículo 876 del mismo ordenamiento señala que cuando todos los herederos fueren mayores de edad y hubieren sido reconocidos con tal carácter en un intestado, este podrá seguirse tramitando con intervención de un notario, de acuerdo con lo que establece la ley.

Tanto el juicio testamentario como el intestamentario al finalizar esta etapa y cumpliendo los requisitos establecidos por la ley, podrán ser finalizados ante un notario público, cuando los interesados o herederos sean mayores de edad y no haya controversia alguna entre ellos, lo que en la práctica resulta lo más conveniente en virtud de que la sucesión que se tramita en un juzgado, como en cualquier juzgado es más tardado. Por su parte, el notario puede finalizar las siguientes tres etapas en menos de un mes.

En la segunda sección de inventarios el albacea, diez días después de haber aceptado su cargo, debe de llevar a cabo un recuento de todos los bienes del *de cujus*, cuidándolos y conservándolos, situación que deberá garantizar con fianza, prenda o hipoteca dentro de los tres meses siguientes a la aceptación de su cargo (artículo 816 del Código de Procedimientos Civiles y 1708 del Código Civil).

Los bienes deberán ser valuados²²⁴ por los peritos correspondientes y una vez completo el inventario con los valores de todos los bienes, el albacea lo presentará al juez y éste, a su vez, ordenará que se les de vista a los herederos manifestando estos su conformidad o inconformidad con dicho inventario.

Una vez aprobado el inventario, el albacea deberá proseguir a la liquidación de la herencia; estos es pagar las deudas y créditos pendientes del *de cuius*, como sigue:

a) Primero deben ser pagadas las deudas mortuorias (gastos funerarios, y de enfermedad que causó la muerte del *de cuius* (artículos 1754 y 1755 del Código Civil).

b) Segundo, se pagarán los gastos de rigurosa conservación y administración de la herencia, así como los créditos alimenticios, que puedan también ser cubiertos antes de la formación del inventario (artículo 1757 del Código Civil).

c) Tercero, se pagarán las deudas hereditarias que fueren exigibles (artículo 1759 del Código Civil).

d) Por último, se pagarán las demás deudas, o bien se asignarán los bienes suficientes para el pago de las mismas para después pagar los legados (artículo 1763 del Código Civil). En caso de que se paguen los legados, los acreedores no tendrán acción contra estos sino hasta que no existan bienes suficientes en la herencia para el pago de dichas deudas (artículo 1764 del Código Civil).

En la tercera sección se llevará a cabo la administración de los bienes y el rendimiento de cuentas por parte del albacea, quien tiene a su cargo la gestión de los intereses de los herederos y del *de cuius*.

²²⁴ El avalúo general se elabora para mantener la unidad de la herencia, y mientras no se haya formado el inventario, el albacea no debe permitir la extracción de cosa alguna de la masa hereditaria según lo disponen los artículos 1706, 1713 y 1714 del Código Civil.

El rendimiento de cuentas puede ser anual, general o anticipado en caso de que el albacea renunciare a su cargo antes de completar su encargo (artículo 1722 y siguientes del Código Civil).

Por último, en la cuarta sección se distribuirán los bienes a los herederos mediante el proyecto de partición que presentará el albacea al juez quien deberá de dar vista a los herederos a efecto de que manifiesten su conformidad con el.

Una vez aprobado e proyecto se llevará a cabo la adjudicación de los bienes ante notario público, quien asentará en su protocolo la escritura correspondiente de adjudicación, pagando los impuestos necesarios en su caso y llevando a cabo las inscripciones correspondientes en el Registro Público de la Propiedad, confundiéndose al fin, el patrimonio del *de cujus* con el de sus herederos.

III.2.2.- TRAMITACION EXTRAJUDICIAL.

El artículo 872 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dice que cuando todos los herederos fueren mayores de edad y hubieran sido instituidos en un testamento público, la testamentaria podrá ser extrajudicial con intervención de un notario, mientras no hubiere controversia alguna.

A su vez la Ley del Notariado para el Distrito Federal establece en sus artículos 187, 168, 169, 174, 175 y 176 lo siguiente:

"Artículo 167 Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles, las sucesiones en las que no hubiere controversia alguna y cuyos herederos fueren mayores de edad, menores emancipados o personas jurídicas, podrán tramitarse ante Notario. El que se oponga al trámite de una sucesión, o crea tener derechos contra ella, los deducirá conforme lo previene el Código de Procedimientos Civiles. El Juez competente, de estimarlo procedente, lo comunicará al Notario para que, en su caso, a partir de esa comunicación se abstenga de proseguir con la tramitación. La apertura de testamento público cerrado,

así como la declaración de ser formal un testamento especial, de los previstos por el Código Civil, se otorgará siempre judicialmente.”²²⁵

“Artículo 168 Si la sucesión fuere testamentaria, la tramitación notarial podrá llevarse a cabo, independientemente de cual hubiere sido el último domicilio del autor de la sucesión o el lugar de su fallecimiento, siempre y cuando se actualicen las hipótesis previstas en el primer párrafo del artículo anterior. En este caso, deberán obtenerse previamente los informes del Archivo y del archivo judicial, así como de la oficina respectiva del último domicilio del autor de la sucesión, en caso de que hubiere sido fuera del Distrito Federal, a fin de acreditar que el testamento presentado al Notario por todos los herederos, es el último otorgado por el testador.” ²²⁶

“Artículo 169 La sucesión intestamentaria podrá tramitarse ante notario si el último domicilio del autor de la sucesión fue el Distrito Federal, o si se encuentran ubicados en la entidad la mayor parte en número o la totalidad de los bienes, una vez que se hubieren obtenido del archivo judicial y del Archivo las constancias de no tener estos depositado testamento o informe de que se haya otorgado alguno, y previa acreditación de los herederos de su entroncamiento con el autor de la sucesión mediante las partidas del Registro Civil correspondientes.”²²⁷

“Artículo 174.- Si no hubiere testamento, los herederos, en el orden de derechos previsto por el Código Civil, comparecerán todos ante Notario en compañía de dos testigos idóneos; exhibirán al Notario copias certificadas del acta de defunción del autor de la sucesión y las que acrediten su entroncamiento; declararán bajo protesta de decir verdad sobre el último domicilio del finado, y que no conocen de la existencia de persona alguna diversa de ellos con derecho a heredar en el mismo grado o en uno preferente al de ellos mismos. El Notario procederá a tomar la declaración de los testigos por separado, en los términos previstos para las diligencias de información testimonial por el artículo 801 del Código de

²²⁵ LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL, publicada en el G.O. el 28 de marzo de 2000, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, www.asambleadf.gob.mx, México, última reforma aplicada 29 de enero de 2004, pág. 68

²²⁶ *Idem*, pág. 68.

²²⁷ *Ibidem*, pág. 69.

Procedimientos Civiles. Acto seguido, se procederá en los mismos términos previstos por el artículo anterior, para lo relativo a la aceptación o repudio de los derechos hereditarios, el nombramiento de albacea y la constitución o relevo de la caución correspondiente.”²²⁸

“Artículo 175.- El Notario está obligado a dar a conocer las declaraciones de los herederos a que se refieren los artículos anteriores, mediante dos publicaciones que se harán en un diario de circulación nacional, de diez en diez días, con la mención del número de la publicación que corresponda.”²²⁹

“Artículo 176.- Una vez hechas las publicaciones a que se refiere el artículo anterior, de lo que se dejará constancia en el instrumento, el o los albaceas presentarán al Notario el inventario y avalúos de los bienes que forman el acervo hereditario del autor de la sucesión para que, con la aprobación de todos los coherederos, en su caso, se realice su protocolización.”²³⁰

Con estas disposiciones se le esta otorgando facultades jurisdiccionales al notario público, lo que representa desvirtuar la función jurisdiccional y atenta contra la división de poderes que conforma el Estado Mexicano.

De igual forma el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su Título Décimo Cuarto “Juicios Sucesorios”, Sección Segunda, establece el Procedimiento Especial para los Intestados, señalado en sus artículos 815 bis al 815. Sextus, lo siguiente:

“Artículo 815-Bis.- En las sucesiones intestamentarias en que no hubiere controversia alguna y los herederos ab intestato fueren mayores de edad, menores

²²⁸ *Ibidem*, pág. 69.

²²⁹ *Idem*, pág. 69.

²³⁰ *Ibidem*, pág. 70.

emancipados o personas jurídicas; se podrá realizar el procedimiento especial en los intestados a que se refiere esta sección”²³¹

“Artículo 815-Ter.- Los herederos ab intestato o sus representantes pueden acudir al Juez o ante Notario para realizar el procedimiento especial en los intestados exhibiendo:

- I. Copia Certificada del acta de defunción o declaración judicial de muerte del autor de la sucesión; (sic)
- II. Actas de nacimiento para comprobar el entroncamiento de los herederos o parentesco; así como de matrimonio en caso de cónyuge supérstite;
- III. Inventario de los bienes al que se le acompañaran los documentos que acrediten la propiedad del De Cujus; y
- IV. Convenio de adjudicación de bienes .”²³²

“Artículo 815-Quarter. El Juez o Notario Público en una sola audiencia o acto, habiendo solicitado previamente informe del Archivo General de Notarias sobre la existencia o inexistencia de testamento, en presencia de los interesados examinará los documentos, así como a los testigos a que se refiere el artículo 801 y resolverán conforme a las disposiciones de este Código y, en su caso, de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.”²³³

“Artículo 815-Quintus.- Si en el procedimiento especial hubiere controversia, el juicio se seguirá conforme a las reglas generales de este Título.”²³⁴

“Artículo 815-Sextus.- La adjudicación de bienes se hará con la misma formalidad que la ley exige para este acto.”²³⁵

²³¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, publicado en Diario Oficial 1º de septiembre de 1932, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, www.asambleadf.gob.mx, México, última reforma aplicada 13 de septiembre de 2004, pág. 80

²³² *Idem*, pág.80.

²³³ *Idem*, pág.80.

²³⁴ *Idem*, pág.80.

²³⁵ *Idem*, pág.81.

La tramitación extrajudicial, entonces, es aquella que se promueve ante un notario, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que exista un nombramiento de herederos, ya sea que haya sido hecho por el autor de la sucesión en su testamento o que hayan sido nombrados como herederos por un juez competente en un juicio intestamentario. Además en caso de no existir testamento, los herederos, en el orden de derechos previsto por el Código Civil, pueden comparecer todos ante Notario en compañía de dos testigos idóneos; exhibiendo al Notario copias certificadas del acta de defunción del autor de la sucesión y las que acrediten su entroncamiento;
- b) Que los herederos sean mayores de edad.
- c) Que no exista controversia alguna.

Habiéndose reunido los requisitos anteriores, el albacea si lo hubiere, y los herederos exhibiéndose la partida de defunción del autor de la herencia y un testimonio del testamento, se presentarán ante un notario para hacer constar que aceptan la herencia; se reconocen sus derechos hereditarios y que el albacea va a proceder a formar el inventario de los bienes de la herencia. El notario dará a conocer estas declaraciones por medio de dos publicaciones, que se harán de diez en diez días en un periódico de los de mayor circulación en la República (artículo 873 del Código de Procedimientos Civiles).

Al igual que el juez, el notario solicitará al Registro Nacional de Notarias, al Archivo General de Notarias y al Archivo Judicial le informen si el *de cujus* otorgó alguna disposición diversa a la que sirve de base a dicho trámite.

El notario entonces, asentará en su protocolo la escritura de aceptación de herencia o radicación de herencia, en la cual se hará constar que los herederos y legatarios

aceptan o repudian su nombramiento y la herencia, así como el albacea la aceptación de su cargo, y procederá a hacer las publicaciones ya señaladas, finalizando así la sección primera.

En este momento, el albacea, según el artículo 874 del Código de Procedimientos Civiles, deberá practicar el inventario y presentarlo al notario para su protocolización, previa aprobación de los herederos, concluyendo entonces la segunda sección del proceso.

La tercera sección y la cuarta se desarrollan casi conjuntamente ya que el tiempo que transcurre en la tramitación extrajudicial es muy breve a comparación del tiempo que transcurre en la vía judicial. Ya protocolizado el inventario y los avalúos, así como el proyecto de partición de herencia, se procederá a la adjudicación de los bienes en escritura pública. Dicha escritura será firmada por los herederos y legatarios o sus representantes, el albacea a quien deberán los herederos de liberar de su cargo y el notario.

Este tema se trata también en el Capítulo IV de este trabajo desde el punto de vista de la intervención del Notario Público en las sucesiones intestamentarias (IV.3).

III.2.3.- PROCESO ESPECIAL PARA EL TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO.

Por lo que respecta al testamento público simplificado el proceso tiene una consideración especial que es el siguiente:

La titulación notarial inicia con la exhibición ante el notario público del acta de defunción del testador, junto con el testimonio notarial del testamento público simplificado. Con ello se acredita tanto el interés jurídico del legatario, como su carácter de tal dentro de la sucesión.

El notario da a conocer por medio de una publicación en un periódico de los de mayor circulación que ante él se está tramitando dicha titulación. Consideramos que ya que el legislador quiso simplificar el procedimiento y hacer más accesible para las personas de escasos recursos, debió suprimir dicha publicación que el notario debe hacer, ya que la adjudicación del testamento público simplificado, hoy en día es difícil que las personas que se sientan con algún derecho frente a la sucesión se enteren a través de periódico.

Posteriormente, el notario recaba lo oficios correspondientes del Archivo General de Notarías y del Archivo Judicial, en los cuales se le informe que dicho testamento fue el último otorgado por el testador y que no existe otro diverso a éste que sirva de base a dicho procedimiento. El notario procede a redactar la escritura de aceptación o bien, repudiación del legado, misma que posteriormente será inscrita en el Registro Público de la Propiedad correspondiente.

Cabe señalar que en la regulación legal de este tipo de testamento, no se contempla el orden de prelación que contempla la ley para la liquidación de la herencia en los artículos 1753, 1757 y 1759 del Código Civil y es precisamente la falta de aplicabilidad de dichos tres artículos, junto con el 1713 y 1770 del mismo cuerpo legal, lo que refleja la inseguridad jurídica y el estado de indefensión en el que se deja a los acreedores del *de cuius*.

Adicionalmente, este trámite simplificado de titulación notarial va en contra del principio que establece que los procedimientos sucesorios son universales y atractivos.

La tramitación simplificada, no cuenta con una regulación tan exacta ni con los elementos de la vía extrajudicial aquí estudiada lo que nos hace pensar si en realidad brinda la seguridad jurídica necesaria para la sucesión del *de cuius*.

El proceso sucesorio como observamos en este capítulo es riguroso sujeto a lo que la ley dispone pues lo que persigue es la protección de los intereses del *de cujus* y de sus herederos. A pesar de existir la posibilidad de tramitar la sucesión ante notario, este también está sujeto a disposiciones estrictas que protegen como ya dijimos a los herederos y la voluntad del *de cujus*.

Para la regulación de la llamada tramitación simplificada, consecuencia de esta reforma, también se reformó el Código de Procedimientos Civiles cuyo artículo 876 bis dice:

“Artículo 876 bis.- Para la titulación notarial de la adquisición por los legatarios instituidos en Testamento Público Simplificado, se observara lo siguiente:

I. Los legatarios o sus representantes, exhibirán al notario la copia certificada del acta de defunción del testador y testimonio del testamento público simplificado;

II. El notario dará a conocer, en un periódico de los de mayor circulación en la república, que ante él se está tramitando la titulación notarial de adquisición derivada del testamento público simplificado, los nombres del testador y de los legatarios y en su caso, parentesco;

III. En notario recabará del Archivo General de Notarías, del Archivo Judicial del Distrito Federal y de los correspondientes archivos u oficinas similares del último domicilio del autor de la sucesión, las constancias relativas a la existencia o inexistencia del testamento. En caso de que el testamento público simplificado presentado sea el último otorgado, el notario podrá continuar con los trámites relativos; siempre que no existiere oposición;

IV. De ser procedente, el notario redactará el instrumento en el que se relacionarán los documentos exhibidos, las constancias a que se refiere la fracción anterior, los demás documentos del caso, y la conformidad expresa de los legatarios en aceptar

el legado, documento que se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad. En su caso, se podrá hacer constar la repudiación expresa, y

V. El instrumento a que se refiere la fracción anterior, los legatarios podrán otorgar a su vez, un testamento público simplificado en los términos del artículo 1549 Bis del Código Civil.”²³⁶

²³⁶ *Op. Cit.*, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL, pág. 56.

CAPÍTULO IV

EL NOTARIO PÚBLICO Y EL TESTAMENTO.

Sumario

IV.1.- EL NOTARIO PÚBLICO COMO FEDATARIO PÚBLICO.

IV.1.1.- CONCEPTO DE FE.

IV.1.2.- CONCEPTO DE FE PÚBLICA.

IV.2.- NATURALEZA DE LA INTERVENCION NOTARIAL EN MATERIA TESTAMENTARIA.

IV.2.1.- FE PÚBLICA NOTARIAL.

IV.3.- EL NOTARIO PÚBLICO Y LA SUCESION TESTAMENTARIA E INTESTAMENTARIA.

IV.4.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO EN MATERIA DE TESTAMENTOS.

IV.5.- SANCIONES A QUE ESTA SUJETO LA ACTUACIÓN DEL NOTARIO PÚBLICO.

IV.1.- EL NOTARIO PÚBLICO COMO FEDATARIO PÚBLICO.

IV.1.1.- CONCEPTO DE FE.

Hablar de “fe” es hablar de todo aquello en que se cree sin haber sido percibido directamente por nuestros sentidos y deriva de una serie de circunstancias que hacen tener por verdaderas determinadas afirmaciones. Tales son los casos de la “fe divina” o la “fe religiosa” la cual se funda en la autoridad de Dios que ha revelado ciertas verdades a los hombres y la “fe humana” la cual se funda en las afirmaciones hechas por los mismos hombres.

Como subespecie de la fe humana se encuentran la fe en su sentido vulgar y la fe en sentido jurídico, los dos sentidos entrañan dos posiciones en cierto punto opuestas. Dar fe –jurídicamente- equivale a atestiguar solemnemente: es un acto positivo; en cambio dar fe en sentido vulgar o meramente gramatical es prestar crédito a lo que otra persona o autoridad manifiesta: es una actitud pasiva.²³⁷

En el acto de fe es esencial que el objeto sea inevidente, pues si fuera evidente no habría acto de fe sino juicio de razón.²³⁸

Un hecho es evidente cuando está presente a nuestro conocer directo, por la vista, por lo que podemos formular un juicio de razón, sin ser requisito indispensable la intervención de la voluntad.

Algunos autores derivan el término “fe” de la palabra latina “*fio*”, que significa ser hecho y de “*facere*”, que significa hacer, producir, lo que implicaría la realización de lo que se dice o promete. Sin embargo, la verdadera etimología, en opinión de Francisco Barbado Viejo, es que deriva de “*fideo-fidere*”, con significación de fiar, confiar, fiarse. Por consiguiente, el término “fe” tomado desde un punto de vista

²³⁷ GIMENEZ ARNAU, Enrique, *Introducción al Derecho Notarial*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pág.26.

²³⁸ GONZALEZ PALOMINO, José, *Instituciones de Derecho Notarial*, Tomo Primero, Ed. Reus, Madrid, 1948, pág. 62.

subjetivo, expresa, la creencia o asentimiento que se da a determinados dichos o realidades por la persuasión confiada en la realidad o en la veracidad de quien asevera tal realidad. Y en su sentido objetivo denota el crédito que merecen la veracidad o credibilidad.²³⁹

También en sentido translaticio o derivado, puede referirse como autenticidad, integridad o credibilidad de las cosas, de los documentos, testimonios o pactos.

Cuando la fe humana se funda en la veracidad o autoridad de un simple particular, tendrá carácter privado lo mismo que sus documentos, en cambio cuando se funda en la veracidad o autoridad de personas a la cual el Estado encomendó la misma para su ejercicio, entonces tiene carácter público.

IV.1.2.- CONCEPTO DE FE PÚBLICA.

El Estado, como representante de toda la colectividad social y depositario de la autoridad pública tiene el monopolio de la fe pública, la cual es una facultad autenticadota, y puede encomendarla para su ejercicio a determinadas personas, quienes deben poseer una investidura especial y por tanto debe ser exclusiva de los mismos.

Por lo tanto la fe es pública porque proviene del Estado y tiene consecuencias que repercuten en la sociedad.

Esa tal función tiene carácter público, tal es el caso del notario, toda vez que su actuación no encuadra dentro de las disposiciones relativas a los servidores públicos, los cuales se encuentran contenidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en virtud de que éste, entre otras cosas, no percibe ingresos directamente del Estado.

²³⁹ SANTO TOMAS DE AQUINO citado por Torres Ochoa Ismael, *La Fe Pública Notarial.*, tesis E.L.D., México, 1969, pág. 81.

En el caso de la fe pública en su sentido jurídico, no se está en presencia de un acto subjetivo, ni en un estado de creencia colectiva, sino ante afirmaciones que se deben aceptar, en el sentido de que en el Estado a través de la actividad de ciertas personas garantiza su credibilidad y por tanto su autenticidad.²⁴⁰

De ésta manera, Froylan Bañuelos asevera: "...jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo, cuya resolución queda a nuestro albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autóctonamente, sobre su objetiva verdad de cada uno de los que formamos parte del ente social..."²⁴¹

Para Jiménez Arnau la fe pública es "la función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos y actos sometidos a su amparo".²⁴²

En igual sentido Fernández Casado afirma que "es la creencia en lo que no vimos, ni oímos, apoyada en el testimonio del Poder Central".²⁴³

Asimismo, nos encontramos con otras definiciones que consideran que la fe pública es la creencia de los que se dice u ordena, en virtud del testimonio de la autoridad o funcionario que lo refrenda.²⁴⁴

En opinión de González Palomino, la fe pública es un atributo de la soberanía que el Estado delega en distintos funcionarios, según la naturaleza del acto que han de autenticar.²⁴⁵

²⁴⁰ *Op. Cit.*, TORRES OCHOA, Ismael, pág. 82.

²⁴¹ BAÑUELOS Froylan, *Derecho Notarial interpretación, práctica y jurisprudencia*, México, 1977, Cárdenas Editor, pág. 21.

²⁴² GIMENEZ ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1976, pág. 26.

²⁴³ *Idem*, Págs. 25 y 26.

²⁴⁴ *Idem*, Págs. 25 y 26.

²⁴⁵ *Op. Cit.*, GONZALEZ PALOMINO José, pág. 63.

Para otros autores, la fe pública no es delegada por el Estado, sino que tiene su origen en la ley, la cual representa la voluntad social predominante y es la única que indica cuales son los documentos que tienen fe pública, por lo que en consecuencia hacen prueba plena. Los documentos de fe pública no son medios de prueba solamente. En virtud de que el documento es por sí mismo expresión de hechos jurídicos, puede ser, además, medio de prueba. Una cosa es la aptitud para ese objeto y otra cosa es su naturaleza y estructura. El documento vale, para el orden jurídico, con independencia de su aptitud probatoria. ²⁴⁶

La doctrina uniforme que se da a los tratados, llama fe pública a la calidad de determinados documentos, suscritos por funcionarios cuyas aseveraciones, una vez cumplidas determinadas formalidades, tienen la virtud de garantizar la autenticidad de los hechos narrados así como su validez y eficiencia jurídica.

El contenido de dichos documentos no constituye verdad esencial, ya que de ser así, estaríamos en presencia de la infalibilidad. ²⁴⁷

En este orden de ideas, podemos afirmar que el documento público adquiere un valor representativo y tiene trascendencia en virtud de que es autorizado por la persona que autentica su contenido, a diferencia del documento privado el cual no adquiere el valor de oposición y credibilidad *erga omnes*, sino por su reconocimiento ante la autoridad competente.

IV.2.- NATURALEZA DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN MATERIA TESTAMENTARIA.

Derivado de las múltiples relaciones que se producen en el grupo social, las cuales no pueden ser presenciadas por la mayoría de los ciudadanos, y debido a que los

²⁴⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XII, pág. 65.

²⁴⁷ *Ibidem*, pág. 64

actos necesitan ser creídos para ser aceptados, surge la necesidad de comprobar la existencia de los hechos y actos jurídicos y de garantizar sus consecuencias, lo que exige a su vez que se garantice que la existencia de los derechos no depende de reconocimientos circunstanciales y arbitrarios.²⁴⁸

En este sentido podemos afirmar que la fe pública constituye la base de todas las relaciones humanas.

En opinión de Luís Carral y de Teresa²⁴⁹, existen dos tipos de fe pública: originaria y derivada.

La fe pública originaria se da cuando el hecho se plasma en el papel directamente en forma de narración (documento inmediato), al ser captado directamente por la vista y por el oído del funcionario (documento directo).

La fe pública derivada es aquella en que el funcionario actúa sobre otros documentos. "El hecho sometido a la "videncia" del funcionario es otro documento preexistente".

En materia testamentaria, estamos ante la presencia de fe pública originaria, toda vez que el notario interpreta y plasma en el documento la voluntad del testador, quien de viva voz la expresó a éste.

Existen varias clases de fe pública, en atención de la persona de la cual deriva el documento que contenga, es por esta razón que la mayoría de los autores clasifican a la fe pública en legislativa, administrativa, judicial y extrajudicial, comprendiendo dentro de esta como subespecies a la fe pública notarial y a la registral.

²⁴⁸ *Op. Cit.*, TORRES OCHOA, Ismael, pág. 84.

²⁴⁹ CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Derecho Notarial y Derecho Registral*, Tercera Edición, Ed. Porrúa, 1976, pág. 58.

Por ser materia del presente trabajo, únicamente nos abocaremos de la fe pública extrajudicial.

La fe pública extrajudicial es un rubro bajo el cual los autores han comprendido las especies de la fe pública que tiene como característica esencial la protección de los derechos privados de los particulares en un estado de normatividad, es decir, siempre que exista conformidad entre los interesados.

Como prototipos de la fe pública extrajudicial se encuentran la fe pública notarial y la registral.

Entre la fe pública notarial y registral existe una íntima correlación en cuanto ambos derechos persiguen como idéntica finalidad la seguridad jurídica aunque con actividades y medios distintos:

- a) El derecho y la fe pública notarial, proporcionando a los hechos y actos jurídicos las garantías de autenticidad, solemnidad, forma legal y eficiencia jurídica y,
- b) El derecho y la fe pública registral, otorgándoles la debida publicidad a los mismos.

La fe notarial prueba el acto plenamente entre las partes, pero para que sea prueba también frente a terceros se exige el acto de publicación por medio de la inscripción en el Registro, el cual constituye el registro de forma que le da existencia al mismo.

“El documento auténtico se hace público por medio de otro que lo copia (más o menos a la letra) para desplegar la autenticidad de su fuerza probante del acto a favor o en contra de cualquier interesado, desde la fecha de su inscripción”.²⁵⁰

²⁵⁰ *Op. Cit.*, GIMENEZ ARNAU, Enrique, págs. 33 y 34

En virtud de que la fe pública notarial es de gran importancia para el desarrollo del presente trabajo, entraremos al estudio de ella.

IV.2.1.- FE PÚBLICA NOTARIAL.

La fe pública notarial es considerada la fe pública por antonomasia.

En un inicio, tenía únicamente un alcance subjetivo, ya que el notario era considerado como un testigo privilegiado, que gozaba de esta y que solo de manera incompleta, podía transmitirla al documento que autorizaba.²⁵¹

El objeto de la fe pública notarial lo constituyen todos aquellos hechos y actos generadores de derechos subjetivos de carácter privado, y cuya realización o celebración se lleva a cabo en un plano de conformidad, de tal manera, que el ejercicio de tal facultad es una actividad encaminada a la aplicación pacífica del Derecho.

Asimismo el campo limitativo y competencial del ejercicio de la fe pública notarial se reduce al ámbito privado exclusivamente.

Sin embargo, para que esta protección opere con eficiencia, para que la calificación solemne de autenticidad tenga relevancia para el derecho y se pueda exigir su respeto, es preciso que se exteriorice y sea representada en un documento, de tal manera que conste para todos su existencia indiscutible y constituya una verdad válida con eficiencia jurídica.

Resulta evidente que un documento destinado a producir fe ante terceros, conforme lo dispone la Ley del Notariado para el Distrito Federal, por principio de seguridad jurídica debe reunir dos elementos esenciales: exactitud e integridad; y si bien la fe

²⁵¹ RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio, *Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios*, Revista de Derecho Notarial, Número 80, México, 1981, Asociación Mexicana del Notariado Mexicano. A.C., Año XXV, Pág. 76.

pública conferida al funcionario tiene eficiencia legal, esta necesariamente debe estar apoyada en la integridad del documento o instrumento en donde constan los hechos de los cuales da fe, por lo que si el documento destinado a producir tales efectos se encuentra notarialmente alterado, es incuestionable que no reúne los requisitos a que se ha hecho mención y en consecuencia carece de fuerza probatoria.

De esta manera, el documento es el resultado de la fe pública notarial, es decir, tiene fe pública pero no la da ni la produce. Y es por medio del mismo, en donde el notario reproduce todo lo que ha presentado con sus sentidos no representando su relato la verdad del hecho sino la verdad de su percepción. Al respecto la Ley del Notariado del Distrito Federal señala:

“Artículo 6.- Esta Ley regula el tipo de ejercicio profesional del derecho como oficio jurídico consistente en que el Notario, en virtud de su asesoría y conformación imparcial de su documentación en lo justo concreto del caso, en el marco de la equidad y el Estado Constitucional de Derecho y de la legalidad derivada del mismo, reciba por fuerza legal del Estado el reconocimiento público y social de sus instrumentos notariales con las finalidades de protección de la seguridad jurídica de los otorgantes y solicitantes de su actividad documentadora.”²⁵²

“Artículo 7.- Esta Ley establece como principios regulatorios e interpretativos de la función y documentación notarial:

I.- El de la conservación jurídica de fondo y forma del instrumento notarial y de su efecto adecuado;

II.- El de la conservación del instrumento notarial y de la matricidad en todo tiempo del mismo;

III.- El de la concepción del Notariado como Garantía Institucional;

²⁵² *Op. Cit.*, LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México, 2000, pág. 4.

IV.- Estar al servicio del bien y la paz jurídicos de la Ciudad y del respeto y cumplimiento del Derecho;

V.- El ejercicio de la actividad notarial, en la justa medida en que se requiera por los prestatarios del servicio, obrando con estricto apego a la legalidad aplicable al caso concreto, de manera imparcial, preventiva, voluntaria y auxiliar de la administración de justicia, respecto de asuntos en que no haya contienda.

La uteralteridad es la actitud y procedimiento de asesoría notarial y de conformación del instrumento notarial que va más allá de una simple imparcialidad, llevando al notario a ser un verdadero consultor o consejero de cada parte, con atención personal y entrega cuidadosa, de forma tal que se cubran los requisitos de asesoría y consejo para cada una de las partes o solicitantes del servicio, sin descuidar los de la contraparte, ni ser parcial contra ella, sino ejerciendo hacia ella la misma actitud, basada en lo justo concreto del caso de que se trate.

VI.- El del cuidado del carácter de orden público de la función y su documentación en virtud del otorgamiento de la cualidad para dar fe, por el Jefe de Gobierno, a su actividad como Notario por la expedición de la patente respectiva, previos exámenes que merezcan tal reconocimiento público y social por acreditar el saber prudencial y la practica suficientes para dicha función, con la consecuente pertenencia al Colegio y la coadyuvancia de éste a las funciones disciplinarias de vigilancia y sanción por parte de las autoridades, la continuación del archivo del Notario por el Archivo y la calificación y registro de los documentos públicos reconocidos por esta Ley por el Registro Público, tratándose de actos inscribibles.”²⁵³

En opinión de González Palomino, el notario es testigo en el sentido de afirmar hechos para él evidentes y el instrumento es prueba preconstituida que constituye en si misma una evidencia.²⁵⁴

²⁵³ *Ibidem*. Pág. 5.

²⁵⁴ *Op. Cit.* GONZALEZ PALOMINO, José, pág. 65.

Asimismo, Carral y de Teresa, con quien estamos de acuerdo, asevera que el notario no es considerado como testigo, en virtud de que su testimonio quedaría vulnerable a los ataques que justificadamente se dirigen en contra de el valor del testimonio humano, y por lo tanto tiene dos características que lo distinguen del testimonio vulgar:

- a) Es testimonio rogado, por lo que esta mejor preparado.
- b) El único campo que comprende es el del instrumento público.²⁵⁵

De otra manera, si se admitiera la verdad de todo cuanto un funcionario público relatara, significaría otorgarle el carácter de infalible.

La fe notarial obedece a la necesidad general de toda prueba, establece el autor citado, satisfaciéndola, porque los notarios actúan en el mismo instante en que se producen los hechos, a diferencia de los sistemas de prueba en general, que procuran comprobar el hecho después de ocurrido.²⁵⁶

En cuanto a las limitaciones impuestas a la fe pública notarial, estas se encuentran establecidas en los artículos 34, 35, 36,37 y 38 de la Ley del Notariado del Distrito Federal que señalan las prohibiciones al notario en intervención en asuntos exclusivos de otros fedatarios y que señalan lo siguiente:

“Artículo 34.- Corresponde a los Notarios del Distrito Federal el ejercicio de funciones notariales en el ámbito territorial de la entidad. Los Notarios del Distrito Federal no podrán ejercer sus funciones ni establecer oficinas fuera de los límites de éste. Los actos que se celebren ante su fe, podrán referirse a cualquier otro lugar, siempre que se dé cumplimiento a las disposiciones de esta Ley.

²⁵⁵ *Op. Cit.*, CARRAL Y DE TERESA, Luis, págs. 61 y 62.

²⁵⁶ *Ibidem*, págs. 60.

Se prohíbe a quienes no son notarios usar en anuncios al público, en oficinas de servicios o comercios, que den la idea que quien los usa o a quien beneficia realiza trámites o funciones notariales sin ser notario, tales como "asesoría notarial", "trámites notariales", "servicios notariales", "escrituras notariales", "actas notariales", así como otros términos semejantes referidos a la función notarial y que deban comprenderse como propios de ésta."²⁵⁷

"Artículo 35.- Se aplicarán las penas previstas por el artículo 250 del Código Penal a quien, careciendo de la Patente de Notario de Distrito Federal expedida en los términos de esta Ley, realizare en el Distrito Federal alguna de las siguientes conductas:

I.- Ostentarse, anunciarse como tal o inducir a la creencia de que es Notario para ejercer o simular ejercer funciones notariales, o ejercerlas de hecho.

II.- Tener oficina notarial, o lugar donde se realicen actividades notariales o meramente de asesoría notarial o de firmas para instrumentos notariales.

III.- Envíe libros de protocolo o folios a firma al Distrito Federal o realice firmas de escrituras o actas en su demarcación."²⁵⁸

"Artículo 36.- También se aplicarán las penas previstas por el artículo 250 del Código Penal al que sin ser notario, o siendo notario con patente de otra Entidad distinta del Distrito Federal, introduzca a éste o conserve en su poder, por sí o por interpósita persona, libros de protocolo o de folios de otra entidad, con la finalidad de llevar a cabo actos que únicamente pueden realizar notarios del Distrito Federal."²⁵⁹

"Artículo 37.- El aspirante a notario, el que haya sido notario del Distrito Federal o el notario suspendido en el ejercicio de su función que realice cualquiera de las

²⁵⁷ *Op. Cit.*, LEY DEL NOTARIADO DEL DISTRITO FEDERAL. Pág. 11.

²⁵⁸ *Idem.*

²⁵⁹ *Ibidem*, LEY DEL NOTARIADO DEL DISTRITO FEDERAL. Pág. 12.

conductas previstas en los artículos 35 y 36 de esta ley se hará acreedor al doble de la pena establecida por el artículo 250 del Código Penal.”²⁶⁰

“Artículo 38.- El notario que consienta con las conductas descritas por los artículos 35 y 36 de esta ley, se hará acreedor a la sanción prevista en el artículo anterior.”²⁶¹

A la fe pública notarial se le ha concebido de varias maneras a saber:

Como una particular forma de representación de los hechos jurídicos de tal manera que venga a constituir una calidad del documento público llamada a cumplir una función específica.

Como una emanación de un supuesto poder certificante o legitimador.

Como un negocio complementario, que viene a perfeccionar o a renovar el contacto ya celebrado por los interesados.

Finalmente, se le confunde con ideas afines, como plena fe, que tiene significación de aceptación pública de ciertos documentos que llevar el sello oficial del Estado.

Por lo mismo, fe pública no es sinónimo de plena fe, ya que esta expresión equivale a una medida de eficacia probatoria plena, es decir que no necesita de otras pruebas.

La fe pública notarial en cambio implica y constituye una calidad, un atributo de la propia calidad de ser notario con la facultad de que con su intervención al autorizar un acto le esta imponiendo autenticidad.

²⁶⁰ *Ibidem*. Pág. 12.

²⁶¹ *Idem*.

La fe pública del notario significa la capacidad para que aquello que certifica sea creíble, contribuyendo de esta manera al orden público y a la tranquilidad de la sociedad en que actúa.

Como ya vimos, la fe pública es un atributo del Estado que tiene el notario en virtud del *ius imperium* y es ejercida a través de los órganos estatales.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo define a la fe pública como un atributo del Estado, que tiene en virtud del *ius imperium* y es ejercido a través de los órganos estatales y del notario. Significa una capacidad para que aquello que certifica sea creíble; de que los hechos y actos contenidos en los instrumentos que certifica tienen el carácter de auténticos y vales *erga omnes*.²⁶²

Siguiendo al autor citado: "Si la fe pública es la garantía que da el Estado, la fe notarial es la garantía que da el notario al Estado y al particular que determinado acto otorgó conforme a derecho".²⁶³

Relación entre fe pública notarial y la función notarial, esta última se desenvuelve en una multitud de facetas y actividades específicas, cada una con un propósito propio pero que concurren en un esfuerzo común encaminado a la consecución de la finalidad de la función.

Por eso se dice que una de las misiones del notario es el de dar fe de los actos en que interviene, autentificarlos y establecer una presunción de veracidad sobre su autorización y una prueba de la existencia del acto documentado, prueba que en circunstancias normales, no puede discutirse.

El que opere sobre hechos y no sobre el derecho objetivo, es la característica que distingue a la fe pública notarial de las demás, toda vez que estas se dirigen a

²⁶² PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO Bernardo, *Derecho Notarial*, Ed. Porrúa, México, 1981, pág. 153

²⁶³ *Ibidem*. Pág. 126.

autenticar disposiciones (legislativa), acuerdos (administrativa) y resoluciones (judicial) de las respectivas autoridades.

Asimismo, el hecho de que la fe pública notarial no opere sobre hechos que engendren sanciones u obligaciones, separa y distingue la prueba judicial y la prueba (de las operaciones u obligaciones, separa y distingue la prueba judicial y la prueba (de las operaciones de documentación y registro) de los organismos administrativos, de la prueba notarial, que es una prueba preconstituida.

Los elementos de la fe pública, que la distinguen de las demás actividades del notario y de la función administrativa son:

1. Autenticación: consiste en garantizar certeza de un hecho mediante un acto oficial, convirtiéndolo en creíble públicamente. Es la parte donde el notario manifiesta el contenido de su fe pública, lo cual implica dar fe de la existencia de los documentos relacionados en la escritura, del consentimiento de las partes, de la lectura y explicación del instrumento, de la capacidad de los otorgantes y del otorgamiento de la voluntad.
2. Legalización: mediante esta actividad, el notario, una vez que las partes han expresado su deseo, adecua el acto jurídico a la ley, calificando y determinando el tipo de acto jurídico de que se trata, para proceder finalmente a la redacción de las cláusulas.
3. Legitimación: es la adecuación de los otorgantes al hecho o acto que celebran.
4. Configuración Jurídica: es el elemento que presupone el carácter técnico jurídico del notario. Es una labor configuradora en la que el notario debe instar las cláusulas y garantías precisas con la finalidad de obtener la plena realización de los fines queridos por las partes o bien, de delimitarlos dentro

del marco jurídico posible, adecuando la voluntad a los límites de la ley y las buenas costumbres.

El fundamento de fe pública deriva de la necesidad social de dotar a las relaciones jurídicas de fuerza, certeza y autoridad, de modo que las manifestaciones externas de estas relaciones constituyan una garantía para la vida social y jurídica de los individuos y hagan prueba plena ante todos y contra todos.

El hecho de que el notario de fe se traduce en un orden dirigido a la generalidad de la gente para que admita como ciertos los hechos afirmados bajo su fe. Se trata de una condición necesaria para que los efectos de autenticidad sean producidos, es por ello que existen obligaciones para el notario como la de legalización, legitimación, redacción, configuración y dirección de las relaciones jurídicas que además les impone un deber de imparcialidad, el cual representa una distinción con respecto al abogado, que actúa siempre a favor de alguna de las partes.

De estos se deriva el que la fe, en si, opera en forma diferente tratándose de hechos jurídicos que de actos jurídicos. En los hechos, se trata de una autenticación o comprobación por medio de los sentidos de la exactitud del hecho y su realización. En los actos jurídicos, el notario además de autenticar, analiza la legalidad del acto.

En este orden de ideas la fe pública notarial ampara un doble contenido:

- 1.- En la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por medio de sus sentidos.
- 2.- En el derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado de acuerdo a las leyes.

IV.3.- EL NOTARIO PÚBLICO Y LA SUCESION TESTAMENTARIA E INTESTAMENTARIA.

El Notario Público puede intervenir en la sucesión ya sea esta testamentaria o bien intestamentaria, esta última en casos especiales.

-Testamentaria.- Tradicionalmente el Notario Público ha intervenido en la sucesiones cuando estas provinieran de un testamento en el que no existiera controversia como lo previene el artículo 872 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que a la letra dice: "Cuando todos los herederos fueren mayores de edad y hubieran sido instituidos en un testamento público, la testamentaria podrá ser extrajudicial con intervención de un notario, mientras no hubiere controversia alguna".²⁶⁴

De igual forma la Ley del Notariado para el Distrito Federal en su artículo 167 señala que: "Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles, las sucesiones en las que no hubiere controversia alguna y cuyos herederos fueren mayores de edad, menores emancipados o personas jurídicas, podrán tramitarse ante Notario. El que se oponga al trámite de una sucesión, o crea tener derechos contra ella, los deducirá conforme lo previene el Código de Procedimientos Civiles. El Juez competente, de estimarlo procedente, lo comunicará al Notario para que, en su caso, a partir de esa comunicación se abstenga de proseguir con la tramitación. La apertura de testamento público cerrado, así como la declaración de ser formal un testamento especial, de los previstos por el Código Civil, se otorgará siempre judicialmente."²⁶⁵

"Artículo 168 Si la sucesión fuere testamentaria, la tramitación notarial podrá llevarse a cabo, independientemente de cual hubiere sido el último domicilio del autor de la sucesión o el lugar de su fallecimiento, siempre y cuando se actualicen las hipótesis

²⁶⁴ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México, 2004, página 82.

²⁶⁵ LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México 2000, pág. 68

previstas en el primer párrafo del artículo anterior. En este caso, deberán obtenerse previamente los informes del Archivo y del archivo judicial, así como de la oficina respectiva del último domicilio del autor de la sucesión, en caso de que hubiere sido fuera del Distrito Federal, a fin de acreditar que el testamento presentado al Notario por todos los herederos, es el último otorgado por el testador.”²⁶⁶

-Intestamentaria se ha incluido de forma controvertida la intervención del Notario Público en la sucesión intestamentaria como lo señala la Ley del Notariado para el Distrito Federal en su artículo 169 que a la letra dice: “La sucesión intestamentaria podrá tramitarse ante notario si el último domicilio del autor de la sucesión fue el Distrito Federal, o si se encuentran ubicados en la entidad la mayor parte en número o la totalidad de los bienes, una vez que se hubieren obtenido del archivo judicial y del Archivo las constancias de no tener estos depositado testamento o informe de que se haya otorgado alguno, y previa acreditación de los herederos de su entroncamiento con el autor de la sucesión mediante las partidas del Registro Civil correspondientes.”²⁶⁷

De igual forma el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su Título Décimo Cuarto “Juicios Sucesorios”, Sección Segunda, establece el Procedimiento Especial para los Intestados, señalado en su artículo 815-Bis.”En las sucesiones intestamentarias en que no hubiere controversia alguna y los herederos ab intestato fueren mayores de edad, menores emancipados o personas jurídicas; se podrá realizar el procedimiento especial en los intestados a que se refiere esta sección”²⁶⁸

Como ya señalamos en el Capítulo Tercero de este trabajo al tratar la tramitación extrajudicial con estas disposiciones se le esta otorgando facultades jurisdiccionales al notario público, lo que representa desvirtuar la función jurisdiccional y atenta contra la división de poderes que conforma el Estado Mexicano.

²⁶⁶ *Idem*, pág. 68.

²⁶⁷ *Ibidem*, pág. 69.

²⁶⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México 2004, pág. 80

Además al tratar de resolver extrajudicialmente una sucesión a través del Notario Público beneficia primordialmente a las personas que cuenten con los recursos suficientes para hacerlo, en detrimento de quienes por razones económicas estén imposibilitados para realizarlo de esta forma.

En primer lugar existe una falta de Técnica legislativa, toda vez que al incluir en las funciones del Notario Público su intervención en los juicios sucesorios intestamentarios desde un principio, se le otorga al Notario Público de manera indebida, una función jurisdiccional que no le corresponde, ya que de acuerdo con la división de poderes que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la impartición de la justicia corresponde única y exclusivamente al Poder Judicial cuyo ejercicio se deposita en la Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados de Circuito y en Juzgados de Distrito en lo relativo al ámbito federal, así como el Poder Judicial de cada entidad federativa de acuerdo con los artículos 49 y 94 al 107 de nuestra Carta Magna.

Con este procedimiento además se está dejando en estado de indefensión a todos los posibles herederos, ya que el Notario Público carece de facultad para ordenar la publicación de edictos en caso de los parientes colaterales incluso para ordenar citar a las personas que en su caso se señalan por alguno de los interesados como posibles herederos. Cabe hacer notar que el autor o autora de la herencia pueden haber tenido hijos nacidos fuera de matrimonio, o bien hijos nacidos de un matrimonio anterior o posterior a los que acudan a reclamar la herencia ante Notario Público, esto aun cuando exista la acción de petición de herencia.

De lo anterior se infiere que el Notario Público no puede integrar la sección primera del juicio sucesorio intestamentario, pues se repite carece de facultades para ello, no obstante que la Ley del Notariado así lo señale.

Al respecto por lo que se refiere a la audiencia a que se refiere el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles, que señala que los herederos ab-intestato que sean descendientes del finado, podrán obtener la declaración de su derecho justificando con los correspondientes documentos o con la prueba que sea legalmente posible su parentesco con el mismo y con información testimonial que acredite que ellos o quienes designen son los únicos herederos, cabe hacer notar que el Notario Público no tendría la posibilidad de saber si los testigos son los idóneos, ni tampoco podría celebrar una audiencia puesto que no está facultado para ello, sino que sólo tendría que realizarse un acto ante el Notario Público similar a la audiencia a que se ha hecho mención, sin fundamento legal alguno.

Así mismo, la declaración de derechos hereditarios y la adjudicación de dichos bienes, la haría el Notario Público sin tener la certeza de los verdaderos o únicos herederos, con el peligro de que con la adjudicación de los bienes hereditarios, posteriormente cuando aparecieran más herederos o herederos con mejor derecho que los declarados por el Notario, ya hubiesen dispuesto de los bienes que les fueron indebidamente adjudicados, con la problemática de poder recuperar estos bienes.

IV.4.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO EN MATERIA DE TESTAMENTOS.

Jurídicamente, las normas se caracterizan por tener una sanción, que es la consecuencia que puede sufrir una persona, en caso de tener una conducta en contra de la establecida.

La responsabilidad, en opinión de González Palomino, "...es la situación jurídica concreta en que se encuentra un sujeto a cuyo cargo y costa se puede hacer efectiva (o se debe hacer efectiva una sanción)".²⁶⁹

²⁶⁹ *Op. Cit.*, GONZALEZ PALOMINO, José, pág. 56

Por consiguiente, el notario, en caso de cumplir con las disposiciones establecidas por la ley para el otorgamiento de los testamentos, incurre en responsabilidad civil, haciéndose acreedor a una sanción.

De esta manera, el notario puede originar diferentes tipos de responsabilidad (civil, administrativa, fiscal o penal), derivado de un mismo acto, por ejemplo, la revelación de secretos (la cual se puede llegar a dar en o que se refiere a la divulgación de las disposiciones testamentarias), delito que se encuentra sancionado tanto en el ámbito civil, como en el penal y en el administrativo. El notario aquí tiene la obligación de no hacer. Esta obligación se encuentra entre las disposición del Título Noveno, Capítulo V, del Código Civil, referente al mandato judicial, específicamente en el artículo 2590 el cual establece que será responsable por todos los daños y perjuicios que ocasione, el procurador o abogado al revelar a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, por lo que es aplicable al notario.

En consecuencia, si el notario divulga las disposiciones de última voluntad de su cliente, será responsable de todos los daños y perjuicios que ocasione a éste último con su actuación.

En este capítulo únicamente nos referiremos a la responsabilidad civil en que puede incurrir el notario, por aplicarse directamente a su actuación en materia testamentaria.

De esta manera, la responsabilidad civil se define como la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los daños y perjuicios que se le han causado.

En la realización de sus funciones, el notario puede incurrir en responsabilidad civil en un sin número de casos y originar daños y perjuicios por su actuación.

El notario, antes de iniciar sus funciones como tal, tiene la obligación de otorgar una garantía, misma que se aplica, entre otras cosas, al pago de la indemnización derivada de la responsabilidad civil.

“Artículo 67.- Para que el notario del Distrito Federal pueda actuar, debe:

- I. Obtener fianza del colegio a favor de la autoridad competente, por la cantidad que resulte de multiplicar por diez mil, el importe del salario mínimo general diario en el Distrito Federal, vigente a la fecha de la constitución de la misma. Sólo que el colegio, por causa justificada, no otorgue la fianza o la retire, el notario deberá obtenerla de compañía legalmente autorizada por el monto señalado. Dicha fianza deberá mantenerse vigente y actualizarse en el mes de enero de cada año, modificándose en la misma forma en que se haya modificado a esa fecha el salario mínimo de referencia. El notario deberá presentar anualmente del colegio o, en su caso, de la compañía legalmente autorizada, el documento que acredite la constitución de la fianza correspondiente ante la autoridad competente. La omisión en que incurra el notario a esta disposición será sancionada por la autoridad administrativa en términos de la presente ley. El contrato de fianza correspondiente se celebrará en todo caso en el concepto de que el fiador no gozará de los beneficios de orden y excusión;”²⁷⁰

Para que exista responsabilidad civil, la doctrina reconoce que deben existir los siguientes elementos: la realización de un daño, la culpa y el nexo causal entre ambos. De esta manera, es necesario que primero se haya causado un daño material o moral al sujeto pasivo, derivado de una actuación negligente, descuidada, o con la intención de dañar.²⁷¹

La responsabilidad civil del notario, difiere de la responsabilidad profesional en general, toda vez que asume una obligación de resultado, a diferencia de lo que

²⁷⁰ *Op. Cit.*, LEY DEL NOTARIADO DEL DISTRITO FEDERAL, pág. 27.

²⁷¹ *Op. Cit.*, PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, pág. 299.

sucede con los abogados, que sumen una obligación de medios, lo cual podemos explicar siguiendo al autor González Palomino, quien establece:

“Gran parte de la evolución civilizada del derecho ha consistido en pasar de la responsabilidad al resultado (responsabilidad objetiva o por causa) a la responsabilidad por el acto (responsabilidad subjetiva o por culpa). Pero ahora, en el siglo de las luces, volvemos a la responsabilidad por causa, por el resultado, sin culpa o independientemente de la culpa; y hasta se considera esta forma de responsabilidad como un progreso al que se ha llegado bien por inversión de la carga de la prueba, bien por la aplicación de las máximas populares de “quien rompe paga” o “quien está a las maduras debe estar e las duras”.²⁷²

Por lo tanto, siguiendo al citado autor, el notario no solo responde de la culpa grave y de la leve, sino también de la levísima, ya que el desempeño de su función debe estar inspirado en un gran sentido de responsabilidad, orden y legalidad.

Algunos autores, como Bernardo Pérez Fernández del Castillo, consideran que la responsabilidad civil del notario puede ser contractual o extracontractual, aseverando que cuando es consecuencia directa de un contrato de prestación de servicios profesionales será contractual y cuando es resultado directo de las obligaciones que tiene como notario en la ley, es decir, como ejercicio obligatorio de su profesión, la responsabilidad será extracontractual.²⁷³

Para nosotros, la responsabilidad civil del notario es siempre de tipo contractual, en virtud de que cualquier tipo de relación o vínculo que se origine entre el notario y el cliente (en este caso el testador) siempre deriva del contrato de prestación de servicios existente entre ambos. Aún respecto a terceros (como lo podrían ser los herederos y legatarios) que pudieren resultar perjudicados con la actuación del notario, subsiste dicho vínculo.

²⁷² *Op. Cit.*, GONZALEZ PALOMINO José, pág. 376.

²⁷³ *Op. Cit.*, PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, págs. 299 y 230.

Algunas causas por las que el notario puede incurrir en responsabilidad civil son las siguientes:

a) Mora: Es el retardo injusto (lo que excluye el caso fortuito o fuerza mayor) en el cumplimiento de una obligación, una vez que esta se hace exigible; bien sea por haber llegado el plazo determinado, o porque se han cumplido los requisitos legales para ello, causando daños y perjuicios al acreedor.

La mora puede originar tres consecuencias diferentes, y son las siguientes:

- La acción rescisoria más el pago de daños y perjuicios;
- La indemnización compensatoria. Los daños compensatorios son la merma sufrida por el acreedor en su patrimonio en virtud de que el deudor incumplió definitivamente en su obligación, por lo que el primero podrá exigir al segundo el cumplimiento de la obligación.

En toda obligación, por el solo hecho de que el deudor incurra en mora, es exigible la indemnización compensatoria, sin que exista culpa necesariamente.

- La indemnización moratoria. La indemnización moratoria consiste en la obligación del deudor de resarcir los daños y perjuicios causados por el retardo y es distinta de la prestación y de su equivalente en dinero. Aquí el acreedor podrá exigir el pago de los daños y perjuicios.

De la misma manera, el notario puede caer en mora al no entregar el testimonio correspondiente.

En el caso de los instrumentos públicos, como lo es el caso del testamento público abierto, la ley no señala plazo para su elaboración, por lo que el notario tiene la

obligación de elaborarlo sin exceder del tiempo necesario para ello, y en caso de incumplimiento, puede llegar a causar graves problemas tanto al testador, como a los herederos o legatarios, originando con ello el pago de daños y perjuicios.

Sin embargo, tomando en cuenta los requisitos previos al otorgamiento de una escritura o acta notarial como lo son e certificado de libertad de gravámenes, la copia certificada del acta de matrimonio del enajenante, etc.; así como satisfacer los requisitos contemporáneos al otorgamiento de la escritura o acta, como lo son la presencia de las partes, otorgantes, sujetos, etc., se podrá deducir si ha habido o no morosidad en la actuación del notario.

De esta manera y de acuerdo con la ley, en los casos en que no se haya fijado plazo para el cumplimiento de la obligación, como lo es el caso del testamento, la exigibilidad se podrá realizar de la siguiente manera:

Como se trata de una obligación de hacer que tiene el notario respecto del testador, éste último podrá exigir su cumplimiento, otorgando al notario el tiempo necesario para ejecutar el hecho.

Asimismo, en materia testamentaria, nos encontramos ante obligaciones recíprocas, en virtud de que el testador tiene la obligación de cubrir el precio por los servicios recibidos por parte del notario. Se puede dar el caso de que el no cumplir no perjudique al testador, ya que éste se libera a su vez de la obligación de pagar.

b) Nulidad por vicios de la voluntad: En cuanto a la nulidad por vicios de la voluntad, la ley establece que el notario tiene la obligación de asesor a las partes, así como de buscar que la redacción del instrumento corresponda a la voluntad de las mismas, pretendiendo de esta manera evitar el error, el dolo, la mala fe, la violencia o la lesión, los cuales son vicios del consentimiento que provocan la nulidad del instrumento. En caso de no cumplir con esta obligación, el notario incurre en responsabilidad civil.

La nulidad por falta de forma, es nulidad relativa, según el artículo 2228 del Código Civil, con excepción de los actos solemnes. A pesar de que doctrinalmente no se establece distinción en cuanto a la nulidad absoluta y nulidad relativa, el Código Civil lo hace, y señala que por exclusión, la nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres de la nulidad absoluta, permitiendo en ambas que el acto produzca provisionalmente sus efectos.

De igual forma, el notario responde por los errores de hecho cometidos en el desempeño de su cargo. No se excusa demostrando que el error no es grave.

En cuanto a los errores de derecho, graves son el desconocimiento del texto expreso de la ley de aplicación frecuente o procedente (en este caso, Ley del Notariado y Código Civil) o su interpretación absurda.

c) Desconocimiento de la ley conducente y de la legalidad del acto: Asimismo, el notario como perito del derecho debe conocer no solo la Ley del Notariado, sino todas las disposiciones que se relacionen con el ejercicio de su función, debiendo vigilar la legalidad de los actos jurídicos, para impedir la ilicitud en el objeto, motivo o fin de los mismos, evitando así su invalidez.

De esta manera, el artículo 8 del Código Civil establece que los actos ejecutados en contra de la leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

A su vez, el artículo 1830 dice que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres.

d) Evitar la renuncia a derechos privados: Además, el notario debe cuidar que en las cláusulas no se renuncie a los derechos privados que afecten directamente al interés público, de acuerdo con los artículos 6 y 7 del Código Civil.

e) De igual forma, el notario tiene la obligación de observar las normas de forma establecidas por el otorgamiento de los instrumentos y de los testimonios, ya que en caso de que éstos sean declarados nulos, será responsable civilmente y deberá indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados.

La Ley del Notariado del Distrito Federal señala respecto a la responsabilidad en que puedan incurrir los notarios los siguientes casos:

“Artículo 222.- Los notarios son responsables por los delitos o faltas que cometan en el ejercicio de su función, en los términos que previenen las leyes penales del fuero común y federales. De la responsabilidad civil en que incurran los notarios en el ejercicio de sus funciones conocerán los Tribunales. De la responsabilidad administrativa en que incurran los notarios por violación a los preceptos de esta ley, conocerán las autoridades competentes. De la responsabilidad colegial conocerá la Junta de Decanos, que estimará si amerita el asunto encausarse a través de la Comisión de Honor y Justicia, y dado el caso, a través del arbitraje correspondiente. De la responsabilidad fiscal en que incurra el notario en ejercicio de sus funciones, conocerán las autoridades tributarias locales o federales, según el caso.

Cuando se promueva algún juicio por responsabilidad en contra de un notario, el juez admitirá como prueba pericial profesional, si así se ofreciere, la opinión del colegio.

Siempre que se inicie una averiguación previa en la que resulte indiciado un notario como resultado del ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público solicitará opinión del colegio respecto de la misma, fijándole un término prudente para ello, para lo cual el presidente del colegio o el consejero que éste designe podrá imponerse de las actuaciones del caso. ²⁷⁴

“Artículo 223.- El notario incurrirá en responsabilidad administrativa por violaciones a esta ley o a otras leyes relacionadas con su función pública, y con motivo del

²⁷⁴ *Op. Cit.*, LEY DEL NOTARIADO DEL DISTRITO FEDERAL, pág. 68.

ejercicio de la misma, siempre que tales violaciones sean imputables al notario. El notario no tendrá responsabilidad cuando el resultado de sus actuaciones sea por error de opinión jurídica fundada o sea consecuencia de las manifestaciones, declaraciones o instrucciones de los prestatarios, de los concurrentes o partes, o éstos hayan expresado su consentimiento con dicho resultado, sin perjuicio de la legalidad que regula la función notarial.”²⁷⁵

De esta manera, el artículo 162 de la Ley del Notariado del Distrito Federal establece los casos en que la escritura o acta serán nulas, de la manera siguiente:

“Artículo 162.- El instrumento o registro notarial sólo será nulo:

I.- Si el Notario no tiene expedito el ejercicio de sus funciones en el momento de su actuación;

II.- Si no le está permitido por la Ley intervenir en el acto;

III.- Si no le está permitido dar fe del acto o hecho materia de la escritura o del acta por haberlo hecho en contravención de los términos de la fracción II del artículo 45;

III.- Si fuere firmado por las partes o autorizado por el Notario fuera del Distrito Federal;

IV.- Si ha sido redactado en idioma distinto al español;

V.- Si no está firmado por todos los que deben firmarlo según esta Ley, o no contiene la mención exigida a falta de firma;

VI.- Si está autorizado con la firma y sello del Notario cuando debiera tener nota de “no pasó”, o cuando el instrumento no esté autorizado con la firma y sello del Notario.

VII.- Si el Notario no se aseguró de la identidad de los otorgantes en términos de esta Ley.

²⁷⁵ *Ibidem*, pág. 69.

En el caso de la fracción II de este artículo, solamente será nulo el instrumento en lo referente al acto o hecho relativos, pero será válido respecto de los otros actos o hechos que contenga y que no estén en el mismo caso. Fuera de los casos determinados en este artículo, el instrumento o asiento será válido. Cuando se demande la nulidad de un acto jurídico no podrá demandarse al Notario la nulidad de la escritura que lo contiene, si no existe alguno de los supuestos a que se refieren las fracciones anteriores. Sin embargo, cuando se dicte la sentencia que declare la nulidad del acto, una vez firme, el juez enviará oficio al Notario o al Archivo según se trate, para que en nota complementaria se tome razón de ello.”²⁷⁶

Fuera de los casos determinados en este artículo, el instrumento es válido, aún cuando el notario quede sujeto a la responsabilidad.

f) Por causar daños y perjuicios al abstenerse sin justa causa de autenticar por medio de un instrumento público un hecho o un acto jurídico.

La actuación del notario es a petición de parte interesada y nunca de oficio, sin embargo es obligatoria y no puede abstenerse o excusarse de actuar, sino en aquellos casos contemplados en los artículos 43 y 44 de la Ley del Notariado del Distrito Federal que señalan lo siguiente:

“Artículo 43.- El notario podrá excusarse de actuar en días festivos o en horario que no sea el de su oficina, salvo que el requerimiento sea para el otorgamiento de testamento, siempre y cuando a juicio del propio notario las circunstancias del presunto testador hagan que el otorgamiento sea urgente.

También podrá excusarse de actuar cuando los solicitantes del servicio no le aporten los elementos necesarios o no le anticipen los gastos y honorarios correspondientes.”²⁷⁷

²⁷⁶ *Ibidem*, pág. 54

²⁷⁷ *Ibidem*, pág. 13.

"Artículo 44.- El notario también podrá excusarse al momento si circunstancialmente se encuentra atendiendo otro asunto, mas si la persona decide esperarlo se aplicará el principio de obligatoriedad en términos del artículo 12 con las salvedades del artículo anterior, según el orden de atención que le toque."²⁷⁸

Por último es indispensable que la voluntad de un apersona se exteriorice verbalmente, por escrito o por algún signo indubitable. En algunas ocasiones, la ley exige que se exprese por escrito.

IV.5.- SANCIONES A QUE ESTA SUJETO LA ACTUACIÓN DEL NOTARIO PÚBLICO.

Las sanciones a las que están sujetos los notarios de acuerdo al artículo 224 de la Ley del Notariado del Distrito Federal son las siguientes:

"Artículo 224.- La autoridad competente sancionará a los notarios por las violaciones en que incurran a los preceptos de esta ley, aplicando las siguientes sanciones:

- I. Amonestación por escrito;
- II. Multas;
- III. Suspensión temporal;
- IV. Cesación de funciones.

Estas sanciones se notificarán personalmente al notario responsable y se harán del conocimiento del consejo."²⁷⁹

²⁷⁸ *Ibidem*, pág. 14.

²⁷⁹ *Ibidem*, pág.68.

Las sanciones a que se refiere el artículo anterior serán aplicables de manera gradual, pudiendo ser acumulativas las multas con cualquiera de las previstas en las fracciones I, III y IV del artículo anterior. Para la aplicación de sanciones la autoridad competente, al motivar su resolución, deberá tomar en cuenta las circunstancias y la gravedad del caso, los perjuicios y daños que directamente se hayan ocasionado, el grado de diligencia del notario para la solución del problema, su antigüedad en el cargo, sus antecedentes profesionales y los servicios prestados por el notario al Gobierno, la sociedad y al notariado. En todo caso, tomará en cuenta la opinión del colegio.²⁸⁰

Las sanciones a que queda expuesto el notario están establecidas en la Ley del Notariado del Distrito Federal de la siguiente manera:

Se sancionará al notario con amonestación escrita:

- I. Por retraso injustificado imputable al notario en la realización de una actuación o desahogo de un trámite relacionado con un servicio solicitado y expensado por el solicitante, siempre que éste hubiere entregado toda la documentación previa que el notario requiera;
- II. Por no dar avisos, no llevar los correspondientes índices de la decena de libros del protocolo, no encuadernar los libros del protocolo y sus apéndices o conservarlos en términos de ley; o no entregar oportunamente los libros del protocolo, libros de registro de cotejos, apéndices e índices al Archivo;
- III. Por separarse de sus funciones sin haber dado previo aviso u obtenido licencia, o por no reiniciar funciones oportunamente, en términos de la licencia, o de esta ley y sólo cuando se trate de la primera vez en que incurre en esta falta;

²⁸⁰ *Ibidem*, pág. 69.

- IV. Por negarse a ejercitar sus funciones habiendo sido requerido y expensado en su caso para ello por el prestatario, sin que medie explicación o justificación fundada por parte del notario ha dicho solicitante;
- V. Por no ejercer sus funciones en actividades de orden público e interés social a solicitud de las autoridades, en los términos previstos por los artículos 16 al 19 de esta ley;
- VI. Por no ejercer sus funciones en días y horas hábiles, y excepcionalmente en los inhábiles, en los términos de esta ley;
- VII. Por no obtener en tiempo o mantener en vigor la garantía del ejercicio de sus funciones a que se refiere la fracción I del artículo 67 de esta ley, solo y siempre que se trate de la primera vez que el notario comete esta falta.

Se sancionará al notario con multa de uno a doce meses de salario mínimo general vigente en el momento del incumplimiento:

- I. Por reincidir, en la comisión de alguna de las faltas a que se refiere el artículo anterior, o por no haber constituido o reconstituido la fianza en el plazo de un mes a partir de la aplicación de la sanción a que se refiere la fracción VII del artículo anterior;
- II. Por incurrir en alguna de las hipótesis previstas en el artículo 45, fracciones, I, IV, VI, VIII y IX de esta ley;
- III. Por realizar cualquier actividad que sea incompatible con el desempeño de sus funciones de notario, de acuerdo a lo previsto por esta Ley;
- IV. Por provocar por culpa o dolo, la nulidad de un instrumento o testimonio, siempre que cause daño o perjuicio directos a los prestatarios;
- V. Por no ajustarse al arancel o a los convenios legalmente celebrados en materia de honorarios legalmente aplicables, y

- VI. Por incurrir en los supuestos a que se refieren los artículos 243, 245 y 246 de esta ley.

Se sancionará con suspensión del ejercicio de la función notarial hasta por un año:

- I. Por reincidir, en alguno de los supuestos señalados en el artículo anterior o por no haber constituido o reconstituido la fianza a partir de la aplicación de la sanción a que se refiere la fracción I del artículo anterior;
- II. Por revelar injustificada y dolosamente datos sobre los cuales deba guardar secreto profesional, cuando por ello se cause directamente daños o perjuicios al ofendido;
- III. Por incurrir en alguna de las prohibiciones que señala el artículo 45, fracciones II, III, V y VII;
- IV. Por provocar, en una segunda ocasión por culpa o dolo, la nulidad de algún instrumento o testimonio; y
- V. Por no desempeñar personalmente sus funciones de la manera que la presente ley dispone.

Se sancionará al notario con la cesación del ejercicio de la función notarial y la consecuente revocación de su patente además de los supuestos señalados en el artículo 197 de la Ley del Notariado del Distrito Federal, en los siguientes casos:

- I. Por incurrir reiteradamente en alguno de los supuestos señalados en el artículo anterior;
- II. Cuando en el ejercicio de su función incurra en reiteradas deficiencias administrativas, y las mismas hayan sido oportunamente advertidas al notario por la autoridad competente, siendo aquél omiso en corregirlas;

III. Por falta grave de probidad, o notorias deficiencias o vicios debidamente comprobados en el ejercicio de sus funciones, y

IV. Por permitir la suplantación de su persona, firma o sello.

La resolución por la que un notario sea cesado en sus funciones, será firmada por el Jefe de Gobierno, quien recibirá, tramitará y resolverá el recurso de inconformidad contra su propia resolución.

CAPÍTULO V

FORTALEZAS Y DEBILIDADES

DEL TESTAMENTO.

Sumario

V.1.- FORTALEZAS.

V.1.1.- Figuras Afines al Testamento

V.1.2.- Seguridad Jurídica y Credibilidad

V.1.3.- Registro Testamentario Nacional.

V.2. DEBILIDADES.

V.2.1.- Los Testigos en el Testamento Público Abierto.

V.2.2.- La Obsolescencia de los Testamentos Especiales

V.2.3.-El Testamento Público Simplificado.

V.2.4.- La Ineficiencia del Testamento:

V.1.- FORTALEZAS.

A las personas no les interesa o no les gusta hacer su testamento. Las razones son diversas pero en general es porque creen que es un trámite muy complicado o creen que deben tener muchos bienes, además de que se piensa que es muy costoso. Se tiene la idea en general de que el testamento sólo se hace cuando la persona ya es mayor o ya se va a morir. En realidad volvemos a lo mismo, es falta de cultura jurídica. El testamento es un trámite muy sencillo, barato y rápido. Ni siquiera hay que tener bienes para otorgarlo, y soluciona muchos problemas a los herederos. Es mucha la gente que muere intestada en nuestro país, y los juicios sucesorios son muy largos y costosos por lo que los herederos no los denuncian, y las sucesiones se van acumulando mientras pasan generaciones.

Existen figuras que han venido a fortalecer la figura del testamento, porque sin serlo, sirven para que una persona exprese su voluntad sobre determinados derechos para ser reclamados después de su muerte para la persona que designe el titular de ellos, sin tener que hacerse valer necesariamente la sucesión testamentaria o intestamentaria y por lo tanto fortalecen el sentido mismo del testamento, pero no lo sustituyen de ahí que sea, por lo que es importante conocerlas.

V.1.1.- FIGURAS AFINES AL TESTAMENTO.

El testamento es una institución jurídica de gran importancia, que ha inspirado figuras afines de acuerdo a la evolución o modificaciones que la sociedad ha sufrido a lo largo de la historia y sobre todo, en la segunda mitad del siglo XX, las cuales han venido a coadyuvar con el espíritu y la función del testamento como tal. Estas figuras son las siguientes:

-La *Donatio Mortis Causae* del Derecho Romano.

La donación *mortis causa* del Derecho Romano consistía en la transmisión gratuita que hacía una persona a otra, por encontrarse en peligro inminente de perder la vida.

Aunque ambas disposiciones son *mortis causa*, se distingue la donación *mortis causa* del testamento, en que la primera se hacía sólo en caso de que el otorgante estuviera en peligro inminente de perder la vida, lo cual no era aplicable al segundo. Si alguien hacía una donación por causa de muerte, en vista de un peligro inminente, tal donación tenía efectos distintos de los de la donación común y corriente, dichos efectos eran los siguientes:

a) Si el donante escapaba al peligro en cuestión, la donación se revocaba automáticamente, *ipso iure*, lo cual no ocurre en el caso de los testamentos ordinarios, pues esto sólo queda revocado por un testamento posterior perfecto;

b) Si el donatario moría antes que el donante, también se revocaba automáticamente la donación, mientras que en el testamento, la disposición sólo quedaría sin efecto, en caso de prelación, si no hubiera designación de sustitutos;

c) El donante podía revocar la donación siempre que quisiera, sin fundar o motivar la revocación, al igual que en el testamento;

d) Se distinguía el legado porque era independiente de testamentos o codicilos y porque podía tener efectos inmediatos antes de la muerte del donante, mientras que el testamento sólo surtirá efectos hasta que el testador fallezca.

- La Estipulación a favor de tercero.

La estipulación a favor de tercero, es el acuerdo de voluntades en un contrato, que crea a cargo de una de las partes, la obligación de realizar una prestación a favor de un tercero. En este caso una de las partes contratantes no estipula para sí, sino en beneficio de un tercero extraño al contrato, que se convierte en acreedor, sin ser parte en el contrato ni causahabiente de una de las partes. En cambio, el testamento es una declaración unilateral de voluntad *mortis causa*, en la que su autor designa a una o más personas como sus causahabientes, sea a título universal o a título particular.

En la estipulación a favor de terceros intervienen tres partes, a saber, el promitente, que es quien se obliga a realizar la prestación; el estipulante, ante quien se obliga el promitente; y el tercero, beneficiario de la prestación. Mientras que en el testamento sólo intervienen el testador y después de su muerte, los sucesores.

Los elementos esenciales de la estipulación a favor de tercero son el acuerdo de voluntades en el sentido de crear un derecho a favor de un tercero y un objeto, consistente en un dar, un hacer, o un no hacer. El tercero tiene, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente la prestación a que se obligó; el estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de tal obligación. Por lo tanto, encontramos una relación entre tercero y promitente y otra entre estipulante y promitente, mientras que entre tercero y estipulante no se da relación alguna. En el testamento no existe ninguna relación jurídica que derive de él, en vida del testador, entre éste y sus sucesores.

El legislador establece que un pacto contrario, en relación a un acuerdo de voluntades contratantes, puede dejar sin efecto el nacimiento de la acción que tiene el tercero frente al promitente consecuencia del contrato a favor de tercero, que no acepta la estipulación a su favor, en cuyo caso, al igual que si no la aceptara, el derecho se considera como si nunca hubiera nacido. Lo que no dice el Código es quién puede revocar la estipulación y tampoco establece que sucede con ese derecho, a favor de quien pasaría. Podría decirse que el que puede revocarlo es el promitente, pero requeriría del consentimiento del estipulante, quien también podría revocarlo.

El derecho del tercero nace cuando el contrato se perfecciona, salvo pacto en contrario, de donde se desprende que un contrato es la causa del nacimiento del derecho del tercero; en cambio el derecho de los sucesores nace hasta que muere el testador. Ahora bien, el promitente puede, también salvo pacto en contra, oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato.

Concordamos con la opinión de los maestros don Luís Ruiz Rueda y don Miguel Ángel Hernández Romo²⁸¹, en el sentido de que la estipulación a favor de tercero, debe ser considerada como un contrato y no como una declaración unilateral de voluntad, independientemente de la ubicación que le dio el legislador en el Código Civil; lo cual es opuesto totalmente al testamento, que es un acto jurídico unilateral y por lo tanto, se trata de dos figuras jurídicas completamente diferentes.

- El Contrato de Seguro de Vida a favor de tercero beneficiario.

La Ley sobre el Contrato de Seguro no define propiamente lo que es el contrato de seguro, solamente lo describe y habla de sus elementos en su primer artículo, que a la letra dice: "Por contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato".²⁸²

El seguro de vida se crea por la incertidumbre de la duración de la vida esto es, contra la incertidumbre de cuándo y cómo ocurrirá la muerte. Héruard define al contrato de seguro como "una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, quien tomando a su cargo un conjunto de riesgos los compensa conforme a las leyes de la estadística."²⁸³

El seguro a favor de tercero es aquél en que se estipula por los contratantes que al producirse el siniestro, la suma asegurada no se pagará al asegurado ni a su sucesión sino a un tercero beneficiario, ajeno al contrato. Esta clase de seguro es la

²⁸¹ Don Luís Ruiz Rueda escribió en 1956 su monografía titulada "La fianza de empresa a favor de tercero", en la que estudia a un problema específico de ese contrato, conteniendo un profundo estudio sobre la estipulación a favor de tercero, tanto desde el punto de vista histórico como doctrinal y Don Miguel Ángel Hernández Romo, en 1960 publicó su tesis titulada "Naturaleza Jurídica de la Estipulación a favor de Tercero", en la que se adopta la misma postura de Ruiz Rueda, en el sentido de que dicha institución jurídica tiene un carácter contractual.

²⁸² LEY SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO, publicada en el Diario Oficial el 31 de agosto de 1935, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/211.pdf, México, última reforma aplicada 2 de enero de 2002, pág. 1

²⁸³ RUIZ RUEDA, Luís, *El Contrato de Seguro*, Editorial Porrúa, S.A., Primera edición, México, 1978, pág. 49.

que casi siempre se da en el seguro de vida, pues hasta que ocurre la muerte del asegurado es exigible el pago de la suma asegurada y así, el asegurado, a través de una estipulación a favor de un tercero, evita todos los trámites de una sucesión y prevé el cumplimiento de algunas obligaciones, como es la de alimentos, para después de su muerte.

En la Ley sobre el Contrato de Seguro se estableció claramente lo siguiente: “Artículo 163. El asegurado tendrá derecho a designar un tercero como beneficiario, sin necesidad del consentimiento de la empresa aseguradora...” De esta manera el contrato de seguro de vida podría ser un contrato a favor de tercero, en el que el asegurado tiene libertad, hasta antes de su muerte, de revocar la designación del beneficiario, obviamente, mientras el seguro esté vigente. Los derechos del tercero se extinguen cuando atenta contra la vida del asegurado, cuando éste revoca su designación, o cuando ocurre la premoriencia o la conmorencia. Sin embargo, el asegurado puede renunciar al derecho de revocar la designación del tercero, lo cual trae aparejada la resolución del contrato, si además se le comunica al beneficiario, y se hace constar así en la póliza respectiva; renuncia que tiene plena validez, excepto en el caso de que el beneficiario atentara contra la vida del asegurado.

El derecho de cobrar la suma asegurada cuando hay terceros beneficiarios, no deriva de la sucesión de los bienes del asegurado, sino de un contrato a favor de tercero. Así, el beneficiario adquiere por un acto entre vivos y a título particular, a diferencia de los herederos, quienes adquieren *mortis causa* y a título universal. En el seguro, el derecho de los beneficiarios es autónomo e independiente de la sucesión hereditaria, el beneficiario los recibe por derecho propio. “El albacea sólo puede cobrar un seguro de vida, cuando esté representando a la sucesión del asegurado que se designó a sí mismo beneficiario o simplemente, que no designó terceros beneficiarios, porque entonces la suma asegurada entró en el patrimonio del asegurado y a su muerte, forma parte del haber hereditario. También puede cobrar la suma asegurada un

albacea, cuando esté representando a la sucesión de un tercero beneficiario que muriere después que el asegurado”.²⁸⁴

La repudiación de la herencia no impide recibir el monto del seguro, mientras que en la sucesión hereditaria es menester una aceptación total de la herencia. En el derecho hereditario se adquieren los bienes existentes al momento de la muerte del autor de la herencia, mientras que en el seguro no existían. El albacea es el ejecutor, en el seguro no hay albacea. La ley sí permite el seguro recíproco, mientras que en el testamento no puede ser ni recíproco, ni irrevocable.

- El Beneficiario designado en los Contratos instrumentados por el INFONAVIT.

EL 24 de abril de 1972 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, la ley de carácter federal que crea el instituto que lleva su nombre, con personalidad jurídica y patrimonio propios, el cual tiene por objetivo primordial, establecer y operar un sistema de financiamiento que permita a los trabajadores obtener crédito barato y suficiente para adquirir, construir, reparar, ampliar o mejorar su habitación, así como pagar los pasivos contraídos por los trabajadores por dichos conceptos.

Su patrimonio se integra con el Fondo Nacional de Vivienda, que se constituye con las aportaciones hechas por los patrones, por el Gobierno Federal y por las que adquiera por cualquier otro título. Cada trabajador tendrá una cuenta individual, en cuya apertura, de conformidad con el artículo 40 de dicha ley, deberá designar beneficiarios, que podrán ser sustituidos en cualquier tiempo por él, así como modificar las proporciones correspondientes a cada uno de ellos. Señala la ley que en caso de fallecimiento del trabajador, la institución de crédito en la que el patrón haya abierto la cuenta individual del trabajador, entregará el saldo de la misma a los beneficiarios que el titular haya señalado por escrito para tal efecto en la forma elegida por el beneficiario, ya sea en una sola exhibición, o entregándoselos en forma de pensión vitalicia. La designación de beneficiarios quedará sin efecto, en

²⁸⁴ *Op. Cit.* RUIZ RUEDA, Luis, págs. 247 y 248.

caso de premoriencia. Si faltan beneficiarios, la entrega se hará en el orden de prelación que establece el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo. Es decir, en Primer lugar a la viuda o viudo, que hubiese dependido económicamente del trabajador y que tenga una incapacidad del 50% o más; a la concubina supérstite, los hijos menores de dieciséis años y los mayores si tienen una incapacidad de 50% o más, y los ascendientes que dependían económicamente del trabajador, en segundo lugar los dependientes económicos y a falta de todos ellos, el Instituto Mexicano del Seguro Social.²⁸⁵

En dicha Ley se establece que los recursos del Instituto se destinarán al otorgamiento de créditos a los trabajadores que sean titulares de depósitos constituidos a su favor en el Instituto. El importe de estos créditos se aplicará, entre otros, a la adquisición, construcción, reparación, ampliación, mejoras de habitaciones, así como al pago de pasivos adquiridos por cualquiera de estos conceptos. Estos contratos y operaciones, así como la constitución del régimen de propiedad en condominio de los conjuntos que financie el Instituto, podrán hacerse constar en documentos privados, ante dos testigos, e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad que corresponda con la constancia del registrador sobre la autenticidad de las firmas y la voluntad de las partes.

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

En su artículo 51 quinto párrafo, se establece textualmente que: "Los trabajadores acreditados podrán manifestar expresamente su voluntad ante el Instituto, en el caso del otorgamiento del crédito o posteriormente, para que en caso de muerte, la liberación de las obligaciones, gravámenes o limitaciones de dominio que existan a

²⁸⁵ LEY DEL INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES, publicada en el Diario Oficial el 24 de abril de 1972, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/86.pdf, México, última reforma aplicada 25 de mayo de 2001., pág. 25.

favor del Instituto, así como la adjudicación del inmueble libre de aquellos, se haga en beneficio de las personas que designen conforme a lo que señala en artículo 40 de esta Ley, con la prelación ahí establecida cuando así lo haya manifestado expresamente el trabajador, con sólo las formalidades previstas en el penúltimo párrafo del Artículo 42 de esta misma Ley y la constancia que asiente el Instituto sobre la voluntad del trabajador y los medios con que se acrediten la capacidad e identidad de los beneficiarios. En caso de controversia, el Instituto procederá exclusivamente a la liberación referida y se abstendrá de adjudicar el inmueble.

En los casos en que se refiere el párrafo anterior, los Registros Públicos de la Propiedad correspondientes deberán efectuar la inscripción de los inmuebles a favor de los beneficiarios, cancelando en consecuencia la que existiere a nombre del trabajador y los gravámenes o limitaciones de dominio que hubieren quedado liberados.”.²⁸⁶

Esta figura jurídica, a pesar de que prevé una serie de supuestos para después de la muerte de un trabajador, en relación con una vivienda, no es un testamento, está limitada a los inmuebles adquiridos a través del Infonavit y puede hacerse la designación en un documento privado, mientras que el testamento sólo puede hacerse ante notario o bien siguiéndose estrictamente las formalidades establecidas en el Código Civil, para los distintos tipos de testamento, ya sea ordinarios o especiales o mediante un procedimiento ante un servidor público con facultades específicas al respecto, además de que en este caso el trabajador no tiene un derecho real sobre el inmueble, sino sólo un derecho de adjudicárselo, en caso de cumplir con los requisitos necesarios, mientras que a diferencia del testamento público simplificado, es precisamente su propietario quien designa un legatario para después de su muerte.

²⁸⁶ *Op. Cit.*, LEY DEL INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES. pág. 16

- El llamado Testamento Agrario.

Los núcleos de población ejidales o ejidos tienen personalidad jurídica y patrimonio propios y son propietarios de las tierras que les han sido dotadas y de las que hubieren adquirido por cualquier otro título. A los titulares de los derechos ejidales se les llama ejidatarios, quienes tienen derecho al uso y disfrute de sus parcelas. El ejidatario, de conformidad con el artículo 17 de la Ley Agraria “tiene la facultad de designar a quien deba sucederle en sus derechos sobre la parcela y en los demás inherentes a su calidad de ejidatario, para lo cual bastará que el ejidatario formule una lista de sucesión en la que consten los nombres de las personas y el orden de preferencia conforme al cual deba hacerse la adjudicación de derechos a su fallecimiento. Para ello podrá designar al cónyuge, a la concubina o concubinario en su caso, a uno de los hijos, a uno de los ascendientes o a cualquier otra persona. La lista de la sucesión deberá ser depositada en el Registro Agrario Nacional o formalizada ante fedatario público. Con las mismas formalidades podrá ser modificada por el propio ejidatario, en cuyo caso será válida la de fecha posterior”.²⁸⁷

Esta figura jurídica tampoco es un testamento, porque sólo se trata de una lista en la que el ejidatario puede establecer quien lo sucederá en sus derechos precisamente de ejidatario; así es que sus diferencias con el testamento radican en su objeto, en la forma de otorgarlos y en su naturaleza jurídica. Son totalmente diferentes.

- La Renta Vitalicia.

La renta vitalicia es un contrato por el que una persona, el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o inmueble, cuyo dominio se transfiere desde luego. Si el que paga la renta vitalicia causa la muerte del acreedor o la de aquel sobre cuya vida se había constituido, deberá devolver el capital al que la constituyó o a sus herederos.

²⁸⁷ LEY AGRARIA, publicada el 26 de febrero de 1992, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/13.pdf, México, última reforma aplicada 26 de febrero de 1992., pág. 3.

El contrato de renta vitalicia debe constar por escrito, sea privado o público, dependiendo si los bienes que se transmiten requieren tal formalidad o no. La renta vitalicia puede constituirse sobre la vida del que da el capital, sobre la del deudor, o sobre la de un tercero. También puede constituirse a favor de aquella o de aquellas personas sobre cuya vida se otorga o a favor de otra y otras personas distintas, caso que se podría asimilar al testamento en el que se designa uno o más legatarios, pero este contrato es claramente diferente del testamento, pues en el testamento el legatario no tiene obligación de pagar periódicamente al testador, durante su vida, una suma de dinero en virtud del testamento, sino que el testador libremente designa quien tiene derecho a sucederle en la titularidad de un bien para después de su muerte.

- El Beneficiario de las Cuentas Bancarias y Bursátiles.

La Ley de Instituciones de Crédito, en la fracción primera y segunda de su Artículo 46, establece que las Instituciones de Crédito podrán recibir depósitos bancarios de dinero a la vista; retirables en días preestablecidos; de ahorro; y a plazo o con previo aviso, así como aceptar préstamos y créditos.

Contempla también la institución de beneficiarios en los términos siguientes:

“Artículo 56. El titular de las operaciones a que se refieren las fracciones I y II del Artículo 46 de esta ley, así como de depósitos bancarios en administración de títulos o valores a cargo de instituciones de crédito, podrá en cualquier tiempo designar o sustituir beneficiarios, así como, modificar en su caso, la proporción correspondiente a cada uno de ellos.

En caso de fallecimiento del titular, la institución de crédito entregará el importe correspondiente a los beneficiarios que el titular haya designado expresamente y por escrito para tal efecto, sin exceder el mayor de los límites siguientes:

- I. El equivalente a veinte veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal elevado al año, por operación, o

II. El equivalente al setenta y cinco por ciento del importe de cada operación.

Si existiere excedente, deberá entregarse en los términos previstos por la legislación común.”²⁸⁸

Algo semejante sucede con la Ley del Mercado de Valores, que establece lo siguiente:

“Artículo 92. En los contratos que celebren las casas de bolsa con su clientela, el inversionista que sea titular de la cuenta podrá en cualquier tiempo designar o cambiar beneficiario

En caso del fallecimiento del titular de la cuenta, la casa de bolsa entregará al beneficiario que haya señalado de manera expresa y por escrito, el saldo registrado en la cuenta que no exceda en mayor de los siguientes límites:

I. El equivalente a diez veces el salario mínimo general diario del Distrito Federal elevado al año, o

II. El equivalente al cincuenta por ciento del saldo registrado en la cuenta.

El beneficiario tendrá derecho de elegir la entrega de determinados valores registrados en la cuenta o el importe de su venta en la bolsa, con sujeción a los límites señalados.

El excedente en su caso deberá devolverse de conformidad con la legislación común.”²⁸⁹

Estas dos figuras completamente diferentes al testamento, pues los beneficiarios sólo tienen derecho a que la institución les entregue la suma de dinero que una persona haya invertido, después de su muerte, mientras que en un testamento con designación de legatarios, éstos son sucesores en los derechos que el testador tenía sobre un bien determinado.

²⁸⁸ LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO, Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, México, 1990, pág.74.

²⁸⁹ LEY DEL MERCADO DE VALORES, publicada en el Diario Oficial el 2 de enero de 1975, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/89.pdf, México, última reforma aplicada 28 de enero de 2004, pág. 28.

V.1.2.- SEGURIDAD JURÍDICA Y CREDIBILIDAD.

En México durante los últimos años enfrentamos un serio problema de credibilidad, no sólo en las personas, sino además y de forma más grave en sus instituciones.

Esto se puede derivar de muy diversos problemas como lo pueden ser la explosión demográfica, lo que ha traído problemas sociales tan fuertes y muy ligados a nivel general de educación, cultura y situación económica de la población en general.

Otro de ellos, el de la seguridad pública, y la seguridad jurídica ha repercutido en todos los ámbitos de la sociedad.

De las pocas instituciones que aún crean una situación jurídica de seguridad y credibilidad, es la del testamento, esto debido a que está sustentada en una legislación producto de, (como lo vimos en el capítulo primero de este trabajo), un devenir histórico que no deja lugar a duda, de que es la figura que da certeza y credibilidad al hacedor de un testamento de que su voluntad será representada como su última y legítima voluntad.

Además está sustentada en instituciones que no han sido afectadas en problemas de credibilidad y legalidad, como lo son: la institución del notariado, del Registro Público de la Propiedad, Archivo General de Notarías, que como veremos más adelante es necesaria su modernización, a efecto de llegar a actualizarse a las nuevas necesidades, como la unificación del registro de testamentos para dar una mayor certeza jurídica en la apertura de la sucesiones testamentarias.

V.1.3.- REGISTRO TESTAMENTARIO NACIONAL.

Conceptos como: "sistematización de procesos", "automatización", "actualización", "interconexión", "intercambio de información", "homologación" y "modernización

integral”, resultan hoy indispensables para agilizar los procedimientos administrativos y mejorar la gestión de los gobiernos.

Bajo estos conceptos que inspiran la modernización de la administración pública, se creó el Registro Nacional de Testamentos.

En la tramitación de sucesiones, es necesario conocer si una persona otorgó ó no otorgó disposición testamentaria y en caso de haber otorgado varias disposiciones, es preciso saber cual fue la última de ellas.

Ante la carencia de un Registro Nacional de Testamentos, el legislador local únicamente ha plasmado en la Ley, la obligación a los Jueces o Notarios de solicitar informes de testamento en razón del último domicilio del *de cujus*, o del lugar donde otorgó el testamento que se presenta en la sucesión ó del lugar a donde tiene la mayor cantidad de sus bienes. Pero bien se puede dar el caso que el difunto haya otorgado un posterior testamento en otra Entidad distinta de las consultadas ó incluso en el Extranjero, y que por falta de información se deje de tomar en consideración dicho Testamento o se presenten conflictos por la acumulación de diversos juicios sucesorios.

La situación antes expuesta ha generado incertidumbre jurídica, toda vez que al momento de iniciarse una sucesión no se tiene la plena certeza de que exista o no disposición testamentaria y en caso de existir, que el testamento conocido sea en realidad el último otorgado por el autor de la herencia.

Para resolver esta situación, la Secretaría de Gobernación, por su parte, como órgano administrativo competente para conducir las relaciones del Poder Ejecutivo con los demás poderes de la Unión y dotado de facultades expresas para compilar y sistematizar la información jurídica nacional, creó el Registro Nacional de Testamento.

El Registro Nacional de Testamentos, en esencia es un archivo, un “Archivo Nacional de Avisos de Testamento”, que se encarga de crear, mantener y actualizar una base de datos, en donde se almacenará y concentrará la información de todos los avisos de testamento que sean otorgados ante todos los notarios ó depositados ante todas las autoridades correspondientes de todos los Estados.

En el caso del Distrito Federal, los notarios siguen dando los avisos como habitualmente se han venido realizando ante el Archivo General de Notarías, el cual a su vez los da a conocer a la Secretaría de Gobernación para alimentar la base de datos del Registro Nacional de Testamentos.

Asimismo, los Jueces y notarios continúan solicitando de la manera habitual los informes de testamento ante el Archivo General de Notarías, pero ahora además el informe que expida el Archivo General de Notarías incluirá el reporte que genere el Registro Nacional de Testamentos, a efecto de que si apareciera algún testamento en otro Estado de la República, el Juez o notario solicitante acuda ante las autoridades correspondientes de dicho Estado a solicitar los informes oficiales respectivos.

El Registro Nacional de Testamentos, rinde el informe a los gobiernos de los Estados y éstos, por conducto del órgano administrativo que corresponda en cada Entidad, a su vez, los entrega a los Jueces y Notarios solicitantes.

De esta forma se armoniza la cooperación entre los Estados y Federación, y se respetan las atribuciones que constitucionalmente competen a los Estados, sin conculcarlas de ninguna forma.

La información que proporciona el Registro Nacional de Testamentos comprende básicamente los avisos de testamento que se hubiesen otorgado o revocado, así como el nombre de la autoridad competente que lo registró.

Las escrituras que contengan testamentos públicos abiertos y simplificados siguen siendo conservadas por los notarios durante 5 años para su posterior entrega al Archivo de Notarías quien los mantiene bajo su guarda y custodia. Asimismo, el Archivo Judicial continúa guardando y custodiando los testamentos públicos cerrados y el Archivo General de Notarías los testamentos públicos abiertos y los ológrafos, por lo que el contenido en sí de los de todos los Testamentos sigue encontrándose reservado únicamente para quienes se encuentren legitimados para conocerlo.

Las instituciones son definidas como “las organizaciones fundamentales de un Estado, Nación ó Sociedad”, es por ello que a la compilación del derecho civil de los romanos que realizó Justiniano, se le llamó “Instituta”, porque contemplaba las organizaciones que harían posible la vida pacífica y ordenada de los individuos dentro la Sociedad.

El Registro Nacional de Testamentos nace como Institución, y para su fortalecimiento administrativo se creó la Dirección del Registro Nacional de Testamentos dependiente de la Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional dependiente de la Secretaría de Gobernación.

El Registro Nacional de Testamentos aprovecha al máximo las ventajas de los sistemas informáticos, para brindar eficiencia y prontitud a los reportes solicitados.

Su acervo podrá irse enriqueciendo con la información histórica completa referida a los avisos testamentarios existentes en los diferentes Archivos gubernamentales del país y de ser posible con los “testamentos agrarios”, es decir, con las listas de sucesión en materia agraria, así como con los avisos de testamento dictados por los mexicanos en el extranjero.

En el 2004 se cuenta con la firma de la totalidad de las Entidades Federativas y debe continuarse adecuando tanto legal, tecnológica como operativamente.

De manera paralela, casi desde los inicios del Registro, se constituyó el Consejo Consultivo del Registro Nacional de Testamentos, órgano de apoyo y consulta, integrado por Notarios de diversas Entidades Federativas, mismo que ayuda de manera sobresaliente en la difusión de este registro aunado a la promoción de la cultura de la elaboración de testamentos en la sociedad.

Incluso se podría considerar la conveniencia de aprovechar la infraestructura y organización del Registro Nacional de Testamentos, ya no sólo para obtener la certeza jurídica que brindarían los reportes de los avisos de testamento, sino para ir más allá y utilizarla también para facilitar los procesos sucesorios en toda la Nación, y al efecto se podría considerar la posibilidad de que el Registro Nacional de Testamentos albergara también una sección que acopiara los avisos notariales en materia sucesoria.

En el caso del Distrito Federal, La Ley del Notariado en su artículo 175, establece que los notarios deberán hacer 2 publicaciones en un diario de circulación nacional, de diez en diez días, para dar a conocer las declaraciones hechas por los herederos en las sucesiones que se tramiten ante ellos.

En apoyo de este trámite, el Registro Nacional de Testamentos podría organizar y operar un servicio de base de datos electrónico que se podría denominar "Registro Nacional de Avisos Notariales", el cual se podría publicar y difundir a través del sistema electrónico denominado "Internet".

Este servicio tendría como objeto la inscripción de los avisos notariales para efectos de publicidad, en donde cualquier interesado, previo pago de los derechos correspondientes, podrá inscribir los avisos y en donde cualquier interesado podrá consultarlos sin costo.

Por su parte, las legislaciones locales podrían impulsar las reformas legislativas que establecieran la posibilidad de que éstos avisos pudieran ser equivalentes a las

publicaciones hechas en los Diarios de circulación local o nacional, siempre y cuando los mismos permanecieran accesibles a cualquier usuario en la página de Internet correspondiente, por los mismos términos señalados en las leyes para las publicaciones de que se trate.

A diferencia del sistema de publicación en los Diarios Impresos el sistema de publicación electrónica, en el Distrito Federal, por ejemplo, tendría las siguientes ventajas:

Simplificación Administrativa: En lugar de encargar 2 publicaciones en fechas diferentes, se solicitaría una sola publicación. **Permanencia en el Tiempo:** En lugar de que el aviso apareciera publicado sólo 2 veces a lo largo de 10 días, aquí la publicación se encontraría permanentemente en línea durante ese mismo lapso.

Asimismo, se contaría con la ventaja adicional de que se iría conformando un acervo histórico digitalizado que facilitaría la investigación y consulta de los mismos aún después de haber vencido la vigencia de publicación.

Facilidades prácticas: Será mucho más fácil para cualquier persona investigar si existe iniciado algún trámite de sucesión, accediendo simplemente a una dirección electrónica establecida al efecto, que concentrara la información generada en toda la Nación, que darse a la tarea de acopiar físicamente ejemplares de diversos Diarios, los cuales muchas veces ni siquiera se encuentran disponibles en el lugar donde el interesado se haya.

Economía: Muy probablemente el costo de la publicación “en línea” pudiera ser significativamente más económico que las actuales publicaciones impresas en tinta.

Mayor publicidad: la base de datos podría ser consultada desde cualquier parte del mundo a través del Internet.

De esta forma irán surgiendo muchas ideas más que consolidarán al Registro Nacional de Testamentos dentro del orden jurídico nacional.

Sin duda alguna, el Registro Nacional de Testamentos viene a garantizar aún más la certeza y seguridad jurídica que la institución jurídica del testamento ha dado al hombre y la sociedad en su devenir histórico.

V.2. DEBILIDADES.

Dentro de las debilidades que presenta el testamento en el inicio del siglo XXI en México, ha sido la creación de figuras análogas al mismo, que con el fin de facilitar algunas situaciones ha venido a dañar su objetivo mayor que es el dar certeza y seguridad jurídica. El testamento ha sido probado como el medio idóneo para la consecución del fin de su existencia, que aunque es cierto se requiere modernizar en muchas de sus formas, en virtud de que los avances sociales y tecnológicos así lo obligan.

Esto podría ser el revisar la necesidad y certidumbre que pueden dar testamentos como el marítimo, militar y ológrafo, que con los avances en materia de comunicación y tecnología podrían resultar obsoletos, pero que en ese afán se han establecido situaciones que más que fortalecer al testamento como institución, lo han venido a debilitar: como lo es la no obligatoriedad de testigos en el testamento público abierto que daban una mayor certeza y seguridad, sobre todo en casos de posible impugnación al mismo; sino además de la creación de figuras que para tratar de resolver otros problemas como la tenencia de la tierra, tratan de adecuar al testamento a situaciones que el mismo resuelve, sin tener que ser modificado, o crear figuras sui generis como lo es el testamento público simplificado.

V.2.1.- LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.

El testamento, siendo un acto solemne, ha sido rodeado de formalidades por la ley, como lo es el otorgamiento ante testigos. Existen criterios diversos respecto a la utilidad e inutilidad de su actuación en el testamento público abierto, con la finalidad de formar un criterio propio y de la misma forma sustentarlo, y así tener una visión más amplia respecto a las ventajas y desventajas que trae consigo la intervención del testigo en el mismo acto.

Para poder precisar la función de los testigos en el testamento, hay que distinguir las dos clases de testigos que pueden intervenir en las disposiciones de última voluntad, que son los siguientes:

a) Testigos instrumentales: Son los que concurren al otorgamiento del testamento y presencian lo que ocurre a lo largo de su otorgamiento.

b) Testigos de identidad: Concurren al acto con la única finalidad de identificar al testador ante el notario. Su intervención es regulada en el artículo 104 fracción III de la Ley del Notariado del Distrito Federal.

En opinión de algunos autores consideran necesaria la intervención de los testigos en el testamento público abierto como son los siguientes:

Para Calixto Valverde y Valverde, la intervención de los testigos es exigida para que den testimonio del acto, garantizando con sus firmas, la verdad de lo ocurrido.²⁹⁰

Antonio de Ibarrola considera que la asistencia de los testigos al testamento es un requisito *ad solemnitatem*; y asevera "Los testigos son uno de los elementos esenciales, integrantes de la solemnidad... por lo que el defecto extrínseco a la que

²⁹⁰ VAVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1916, pág. 64.

la misma se refiere se transforma en vicio esencial que anula radicalmente el testamento...". "Lo cierto que realiza una función social de notoria importancia"²⁹¹

Ramón E. Ruiz al hablar de los testigos, se expresa de la siguiente manera: "Es su deber asistir al acto de tal manera, que estén en aptitud de desempeñar la función que la ley les encomienda, esto es, han de encontrarse con el testador en relación tal que puedan oír y ver lo que se dice y hace; lo primero, para asegurarse de que proceden de él las disposiciones testamentarias; y lo segundo para certificarse de que conserva durante el acto su cabal juicio y su libertad moral".²⁹²

José Arce y Cervantes, establece que la supresión total de los testigos, tendría el peligro la falta de atención tanto del notario autorizante, como de las personas que ayudan en su trabajo, por lo que considera que los testigos siguen siendo garantía para el notario y aún para el mismo testador.²⁹³

Planiol y Ripert opinan que los testigos no tienen solamente como función la de comprobar la independencia del testador sino además la regularidad de todas las formalidades que se efectúan ante ellos.

Felguera sostiene que deben concurrir al otorgamiento para imprimir a éste el sello de la publicidad y evitar desconfianza hacia la persona del funcionario autorizante.²⁹⁴

Para Otero y Valentín, es la función notarial la que, por su condición y ponderación social, exige garantías en la consagración del otorgamiento y formulación original; de ahí el que necesite a los testigos instrumentales por ser una necesidad objetiva. "Es un equívoco prescindir de los testigos instrumentales, los cuales al notario, en todo

²⁹¹ *Op. Cit.*, DE IBARROLA, Antonio, pág. 669 y 670.

²⁹² RUIZ RAMON E., *Otorgamiento del Testamento Público*, Revista de Derecho Notarial, Año XIX, Diciembre de 1975, No. 61, págs. 71 y 72

²⁹³ ARCE Y CERVANTES, José, *De las Sucesiones*, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1992, pág. 245.

²⁹⁴ EMERITO GONZALEZ, Carlos, *Derecho Notarial*, Editorial Porrúa, pág. 267.

caso, no le deben preocupar, al contrario le sirven de garantía para que presencien su discreción y diligencia”.²⁹⁵

Villalba Welsh, opina que si se ha llegado a la conclusión de que la presencia de los testigos no es necesaria, no se advierte cual sea el motivo para que en algunos casos sea necesaria, sobre todo en que la fe notarial es única y no necesita ser reforzada en ningún caso.²⁹⁶

Sin embargo, el autor citado opina que se ve obligado a romper la lógica jurídica cuando se trata del testamento por la siguiente razón:

El testamento es un acto cuyas formalidades son exigidas *ad solemnitatem*. “Ningún otro medio de prueba, por evidente que parezca, es capaz jurídicamente de reemplazarlo. Lo consignado en un testamento válido, nada ni nadie puede modificarlo, ni por lo contrario existe forma alguna de acreditar la voluntad del testador, que no sea precisamente por el testamento. Se Comprende así que las formalidades testamentarias tengan tal importancia. Y que los jueces sean tan severos en la apreciación de su observancia”. La regla admitida de no intervención “encuentra adecuada justificación para excepcionar en materia de testamentos”.

Para Chirioni el testigo es un pequeño notario; para Laurent representa a la sociedad y para Zacharie es del depositario de la potestad pública.²⁹⁷

Jorge A. Bollini propugna por la supresión de los testigos, por razón de imposibilidad práctica de obtenerlos, la necesidad de guardar el secreto profesional, y la consideración de que su presencia es depresiva para la autoridad del escribano.

Sin embargo, admite dos excepciones:

²⁹⁵ *Ibidem*, pág. 267.

²⁹⁶ *Ibidem*, págs. 269 y 270.

²⁹⁷ *Op. Cit.*, DE IBARROLA, Antonio, pág. 557.

- 1) Cuando cualquiera de los otorgantes o el propio escribano los exigiere y
- 2) En los testamentos por acto público.

En opinión de Biondo Biondi, la presencia de los testigos en los testamentos en el número establecido, no se trata de una pura formalidad, sino que imprime autenticidad al acto”.²⁹⁸

Podemos citar diversas opiniones, las cuales consideran importante la intervención de los testigos y son las siguientes:

1. Una de las primeras justificaciones es la de carácter histórico, que sus raíces están profundamente arraigadas, por lo que los tradicionalistas se muestran contrarios a una modificación al respecto.
2. También hay quienes opinan que la presencia y la firma de los testigos en la coparticipación del otorgamiento del testamento le da a éste carácter de audiencia pública.
3. Son de solemnidad y no medio de prueba. Pero lo cierto es que si bien no pueden posteriormente contradecir lo dicho, innumerables fallos jurisprudenciales demuestran la fuerza que pueden tener cuando se discute judicialmente la validez del instrumento.
4. Coadyuvan a la fe del conocimiento, asistiendo al otorgamiento como coparticipes.
5. Dan mayor credibilidad a lo expresado por las partes.

Existen opiniones que consideran innecesaria la intervención de testigos en el testamento como las siguientes:

²⁹⁸ BIONDO BIONDI, *Successione Testamentaria e Donazioni*, Milano Dott. A. Giuffrè Editore, 1943-XXI, pág. 59.

Emérito González sostiene que la fe es única e indivisible y corresponde únicamente al notario la dación de la misma; además de que los testigos son personas totalmente ajenas al acto, que se limitan a ver y oír cuando se dice.²⁹⁹

Los Hermanos Mazeaud opinan en relación con las ventajas e inconvenientes del testamento público lo siguiente:

“Por otra parte, los gastos, la obligación de confiar los secretos personales a un notario y a los testigos, y el temor de incurrir en sus reproches, desvían a los testadores de la forma auténtica.

De hecho, la mayor parte de los testadores dispone en forma ológrafa; los más prudentes se contentan con pedirle consejo a un notario para la redacción del testamento; y, para asegurarse de su conservación, lo depositan en una notaria o en su caja de seguridad bancaria”.³⁰⁰

Anselmo Anselmo afirma que los testigos son momias o ciegos, sordos y mudos que nada hacen ni nada dicen, más que firmar cuando se les indica.³⁰¹

Rafael De Pina al hablar del testamento público opina lo siguiente: “Lo que carece de sentido, en nuestro entender, es el reforzar la fe pública notarial con el testimonio instrumental de otras personas (testigos).³⁰²

Para Federico Puig Peña el testamento abierto adolece de algunos inconvenientes dado su exagerado formalismo (fruto de viejas reminiscencias) y dado también a la necesidad de testigos, los cuales pueden, con su posible indiscreción, perturbar “la vida normal de las últimas disposiciones...”³⁰³

²⁹⁹ *Op. Cit.*, EMERITO GONZALEZ, Carlos, pág. 429.

³⁰⁰ MAZEAUD, Henri y LEON MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1965, Parte IV, Vol. II, pág. 376.

³⁰¹ *Op. Cit.*, EMERITO GONZALEZ, Carlos, pág. 411.

³⁰² DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Volumen II, Editorial Porrúa, México, 1992, pág. 332.

³⁰³ *Op. Cit.*, PUIG PEÑA Federico, pág. 253.

Altamirano Quintero asevera que en el caso del testamento, los testigos son una reminiscencia histórica que las legislaciones más modernas han abolido, porque es señal de desconfianza por parte del Estado hacia el Notario, toda vez que los testigos no tienen la obligación de guardar el secreto profesional y constituyen un obstáculo para que los testadores tengan la seguridad del secreto de sus disposiciones testamentarias.³⁰⁴

Torres Aguilar tomando las actas del Congreso de Stuttgart de 1871, opina lo siguiente: "allí se dijo que los testigos eran agentes inconscientes en la mayoría de las veces que asistían al otorgamiento; criados del notario: "instrumentos pasivo" que sólo sirven para dar un vano aparato al acto que concurren; personas, en fin, a quienes no se exigen las condiciones de diversa índole que para ser notario se requieren." Para este autor la autorización del notario, insiste; tiene el carácter de fe pública, valor que el Estado le da al acto o contrato en que éste funcionario interviene, para que sea de todos creído, a menos que se pruebe su nulidad o su falsedad. "En el sistema notarial, derivado de éste principio, no son necesarios los testigos. Su intervención únicamente puede admitirse consignando que el notario tiene a medias la fe pública, y dando parte de ello a las personas que presencian el otorgamiento y firman la escritura, lo cual equivale a negar el notariado".³⁰⁵

Fernández Casado opina que los testigos son innecesarios en los instrumentos públicos,³⁰⁶ sin exponer los motivos por los que llegó a tal conclusión.

Alfonso de Cossio dice que no es fácil explicar, dada la intervención de la fe pública notarial, la exigencia de tan copioso número de testigos. La fe del notario establece una presunción de veracidad que sólo mediante una prueba contundente y rotunda puede ser destruida.³⁰⁷

³⁰⁴ *Op. Cit.*, ARCE Y CERVANTES José, pág. 116.

³⁰⁵ *Op. Cit.*, EMERITO GONZALEZ Págs. 275 y 276.

³⁰⁶ *Ibidem*, Págs. 277.

³⁰⁷ *Op. Cit.*, COSSIO, Alfonso de, pág. 884.

Anselmo Anselmo calificó a los testigos como "momias" que nada hacen, nada ven y nada valen.³⁰⁸

Mario Armero Delgado en relación con los testigos testamentarios, opina que son los mayores inconvenientes del testamento notarial, por dos razones:

1. La falta de discreción y reserva de aquellos que impiden al testador mantener sus disposiciones en el necesario secreto y,
2. Porque la intervención y cualidades para su idoneidad, constituyen una de las causas más frecuentes de la nulidad formal del testamento.

Por lo anterior, afirma que tendría grandes ventajas la supresión de éste requisito.³⁰⁹

Este autor da los siguientes argumentos que demuestran su inutilidad:

- Pero el instrumento público es ahora auténtico y no necesita más que de la fe del depositario público de ella, para que valga contra cualquiera y en todo tiempo. Los testigos ni ponen, ni quitan, ni aseguran, ni dan vigor, ni mayor credibilidad ni al instrumento ni a su contenido.
- Su arcaica tarea ha sido superada. La función notarial y su titular abarcan la totalidad de la acción configuradota instrumental.
- Por supuesto que el testigo no posee la fe pública porque ni asiente ni acepta lo que las partes declararon o dieron a conocer. El no reconoce hechos jurídicos que forman con aquellas actitudes la esencia de la fe pública. Sólo esta presente y en silencio, para luego firmar.

³⁰⁸ *Op. Cit.*, GONZALEZ, Emerito, pág. 276.

³⁰⁹ *Ibidem*, pág. 276 y 277.

- No tiene interés en el acto que presencia.
- Su pasividad es sinónimo de inconciencia, porque al carecer de interés no se da cuenta exacta de cuanto ocurre.
- Muchas veces son causas de nulidades que impiden el cumplimiento del fin querido por el interesado.
- Su larga trayectoria histórica no es óbice para que en la natural y progresiva evolución del derecho vayan cambiando los conceptos, concatenadamente con los hombres y las instituciones que constituyen sus basamentos, y que evolucionan también transformándose poco a poco.

Como hemos podido observar conforme a la opinión de algunos autores, no es imprescindible y necesaria la intervención de los testigos en el testamento.

Sin embargo, a nuestro parecer, los beneficios que pudiera traer consigo dicha intervención, son el hecho de que se le está otorgando al acto la solemnidad que merece en virtud de ser una decisión post mortem.

Otro beneficio que pudiéramos encontrar, es el hecho de estar concientes los posibles herederos, de la existencia del testamento.

Además, es un elemento más que da seguridad jurídica al testador de que a su muerte no se hará mala interpretación del testamento, y será un elemento de prueba en caso de que se diera alguna impugnación en su contenido y autenticidad, además de la fe pública del notario y da una mayor seguridad en relación a la identidad del testador.

La ley al eliminar la intervención de los testigos en el testamento, suple dicha supresión, al establecer que podrá otorgarse el testamento con la intervención de testigos, si el notario o el testador así lo solicitan.

V.2.2.- LA OBSOLESCENCIA DE LOS TESTAMENTOS ESPECIALES.

El elemento de la forma en el la elaboración de testamento es un elemento esencial en su formulación debido a que la falta de esta hace que carezca validez, en los testamentos especiales el peligro de no cumplir con la forma establecida para cada uno de ellos es mayor que en los ordinarios.

Además, muchas de las condiciones que originaron la existencia de los testamentos especiales, analizados en el capítulo primero de este trabajo, resultan en la actualidad obsoletas debido a los avances tecnológicos y al desarrollo de la humanidad. Resultante de ello es cada vez más difícil que una persona no prevea realizar un testamento ordinario.

El testamento privado que es el que se realiza ante cinco testigos, por escrito y sólo esta permitido cuando el testador no pueda otorgar testamento ológrafo, como lo determina el artículo 1566 del Código Civil.

El artículo 1565 de Código Civil señala los casos en que esta permitido este tipo testamento que son los siguientes:

I. Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no le de tiempo para que concurra notario a hacer testamento;

II. Cuando no haya notario en la población o juez que actúe por receptoría;

III. Cuando aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento; o

IV. Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra”.³¹⁰

Los casos que determina el artículo 1565 del Código Civil para justificar el presupuesto necesario para el otorgamiento del testamento privado. Además de que el testador se encuentre en eminente peligro de muerte. Esta situación se confirma con lo establecido en el artículo 1571 del Código Civil, el cual establece que el testamento privado sólo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.

Además de que muchas de las condiciones para la existencia y validez del testamento privado hacen que este sea muy vulnerable a posibles impugnaciones y por lo tanto no tener la seguridad jurídica necesaria para otorgar la certidumbre a quien lo otorga de que esta dictando realmente su última voluntad.

Del estudio de este tipo de testamento realizado en el capítulo tercero de este trabajo se desprende la falta de seguridad jurídica al otorgarse este tipo de testamento, pues la ley no establece a juicio de quién queda determinar si un testigo es o no idóneo, además si los dichos de los testigos no fuesen conformes o si quedasen menos de tres ya no tendrá ninguna validez dicho testamento.

Por lo anterior es susceptible de desincorporarse de nuestra legislación la existencia de este tipo de testamento, debido a que presupone una falta de comunicación en el momento de la inminencia de muerte, que en nuestra época, esta falta de comunicación es muy discutible ante los adelantos en esta materia, y debe ser subsanado con una educación a otorgar un testamento como seguridad jurídica para la familia o seres allegados, así como facilitar su otorgamiento.

³¹⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 291.

El testamento militar definido por el artículo 1579 del Código Civil de la siguiente forma “Si el militar o el asimilado del Ejército hace 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.”³¹¹ El artículo 1580 añade “Lo dispuesto en el artículo anterior se observará, en su caso, respecto de los prisioneros de guerra.”³¹²

El testamento marítimo definido por el Código Civil en su artículo 1583 de la siguiente forma: “Los que se encuentran en alta mar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sea de guerra o mercante, pueden testar sujetándose a las prescripciones siguientes”.³¹³ Y se añade en el artículo 1584 “El testamento marítimo será escrito en presencia de dos testigos y del capitán del navío; y será leído y firmado, como se ha dicho en los artículos 1512 al 1519, pero en todo caso deberán firmar el capitán y los dos testigos”.³¹⁴

En el caso del testamento militar y el marítimo, los miembros de un ejército conocen de antemano lo riesgosa que es la actividad que realizan y el peligro que representa por lo que es más factible que las autoridades o la reglamentación interna ya sea militar o marítima estipule dentro de los requisitos para pertenecer a sus corporaciones el dictar testamento, así como dar las facilidades para su otorgamiento o modifiquen su testamento, las ocasiones que lo consideren necesario.

El testamento Militar se presenta en nuestra legislación como un acto carente de seguridad jurídica dadas las condiciones en que se otorga, por lo tanto creo que no debería existir en nuestra legislación.

³¹¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 293.

³¹² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 293.

³¹³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 294.

³¹⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 294.

De igual forma el testamento marítimo debe ser derogado del Código Civil, ya que no hay seguridad jurídica en su otorgamiento, pues no es el momento indicado para una persona de otorgar su testamento cuando estando en una embarcación con peligro de muerte desea hacerlo, ya que tuvo suficiente tiempo antes de embarcarse para acudir ante un notario a otorgarlo ante un profesional y experto en la materia, con la libertad y plena conciencia de lo que esta haciendo.

Respecto al testamento hecho en país extranjero es contemplado bajo dos supuestos en el Código Civil Federal.

En el primer supuesto, el testamento hecho en país extranjero puede ser otorgado ante los secretarios de la legación, los cónsules y vicecónsules mexicanos, quienes podrán hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos de los mexicanos en el extranjero, en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el Distrito Federal. Así lo establece el artículo 1594 del Código Civil. Dichos funcionarios remitirán copia autorizada del testamento otorgado ante ellos al Ministerio de Relaciones Exteriores. El papel en que se extienda el testamento otorgado ante los agentes diplomáticos o consulares, llevará el sello de la legación o consulado respectivo.

En el segundo supuesto, el testamento hecho en país extranjero producirá efecto en el Distrito Federal, cuando haya sido formulado de acuerdo con las leyes del país en que se otorgue. Este supuesto se adecua al *locus regit actum* establecido en el artículo 15 del Código Civil, según el cual la forma de los actos jurídicos se rige por las disposiciones del lugar en que se otorguen.

En el capítulo respectivo a este tipo de testamento se establece además que, si el testamento fuere ológrafo, el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores dentro del término de diez días, al encargado del Archivo General de Notarías.

En otras palabras, como acabamos de analizar, la regulación de este supuesto tipo de testamento, no añade nada nuevo en ninguno de los dos supuestos regulados por el Código, razón por la cual debería derogarse dicho capitulado.

PROPUESTA.

Derivado de la falta de seguridad jurídica que otorgan los testamentos especiales y de que como hemos podido analizar las causas que originaron su existencia en el devenir histórico del testamento se han visto superados por los avances tecnológicos, de comunicación y el desarrollo general de la humanidad, que se desplazan a pasos agigantados, consideramos conveniente la revisión por los estudiosos del derecho y nuestros legisladores de su existencia; a fin de si resultado de ese estudio conviniera, como lo vislumbramos en este trabajo, se propusiera su eliminación de nuestra legislación, previendo por supuesto el impulso de la cultura de la elaboración de un testamento público abierto en la población en general.

V.2.3.- EL TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO.

México es un país en el que la tenencia de la tierra ha representado un gran problema en los últimos cien años. Es muy común que en las poblaciones alejadas de las grandes ciudades, los inmuebles no se encuentran registrados a nombre de los actuales propietarios. Muchas construcciones se edificaron sin licencias de construcción, muchos terrenos se "subdividieron" sin los permisos correspondientes y después los dueños de dichos inmuebles fallecieron, y la sucesión nunca se denunció ante un juez por lo que en ocasiones han pasado varias generaciones sin que los terrenos y casas cuenten con un título de propiedad actualizado.

Estos problemas se han ocasionado por diversas causas. Un punto importante es la falta de cultura jurídica en la población de México. La gente no está enterada de los trámites a seguir para construir sobre un terreno baldío. No conocen los impuestos que se causan al momento de transmitir la propiedad, mucho menos los requisitos

que señala la ley para llevar a cabo la enajenación. Es muy común que la gente diga: “quiero poner esta casa a mi nombre, o quiero cederle a mi hijo los derechos de mis escrituras, o bien, quiero que a mi muerte mis hijos sean los propietarios de mi casa”. Es obvio que la gente no está obligada a conocer el derecho en su totalidad, ni siquiera los mismos abogados son capaces de dominar todas las ramas del derecho, pero si es necesario saber lo esencial para no caer en conflictos.

Por otro lado, las personas que sí conocen el sistema legal, en ocasiones propician evadir las leyes o algunos requisitos, a efecto de que sus transacciones sean ágiles y menos gravosas, pero tiempo después generan un problema mayor. Este es el caso de muchas inmobiliarias que le venden terrenos o casas al público en contratos privados de compraventa. Después resulta que en realidad el comprador no adquirió ni siquiera el inmueble en forma privada sino que adquirió derechos de copropiedad, ya que la inmobiliaria nunca constituyó el régimen de propiedad en condominio. Además nunca se pagaron impuestos y por supuesto la operación no fue inscrita en el Registro Público de la Propiedad. Si la persona que adquirió este inmueble además muere sin haber regularizado la situación jurídica del mismo sin testamento, el problema se torna lo doble de difícil para los herederos.

Durante el gobierno del presidente Carlos Salinas de Gortari se buscaron formas jurídicas a fin de lograr una mayor regulación de la tenencia de la tierra, inicialmente mediante el Nacional de Solidaridad mediante el que logró escriturar una gran cantidad de lotes de terreno y casas de interés social y como parte de este programa se planteó como continuación de esta solución de la tenencia de la tierra, el presentar ante el Congreso de la Unión una iniciativa de reformas al Código Civil (reproducida en el capítulo cuarto de este trabajo) y al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, proponiendo la creación de un testamento nuevo, con el objetivo de agilizarlo y hacer más sencilla su tramitación post mortem y así asegurar el patrimonio del adquirente.

Así el 6 de enero de 1994, se publicó en el Diario Oficial de la Federación las reformas respectivas para la regulación del Testamento Público Simplificado y la llamada tramitación simplificada.

El espíritu con el que se presentó la reforma sin duda alguna, tuvo la buena voluntad de lograr un desenvolvimiento expedito del testamento y la regulación de la tenencia de la tierra. Desgraciadamente adolece de muchas fallas que ponen en riesgo su eficiencia y aún más la esencia del testamento como figura jurídica que garantice la seguridad jurídica de la voluntad expresada por el testador.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este “testamento”, hay que afirmar que el testamento público simplificado no tiene naturaleza jurídica como tal. Su regulación en el Código Civil se hizo en base a un régimen de excepción, pero son tantas y tan importantes las excepciones dentro de las cuales se encuadra este tipo de testamento, que se alejó al mismo de la naturaleza jurídica de un verdadero testamento.

Es imposible que esta figura logre una aplicabilidad y eficacia adecuada, ya que se desnaturalizó desde su concepción como tal, al omitir y contradecir los principios generales del derecho sucesorio, y de los testamentos, creando un régimen de excepción absurdo, tal y como analizaremos a continuación.

1. Ausencia de solemnidades.

No se indican las formalidades o solemnidades que se deben seguir para su otorgamiento, lo cual lo hace caer bajo el régimen de “contrato” innominado, dejando sus elementos formales sin una connotación específica, siendo aplicables otros tantos elementos de forma supletoria en caso de falta de formalidades o que crea una seria incertidumbre de la aplicabilidad de dicho instrumento, peligrando la última voluntad de su creador.

“En nuestro derecho la solemnidad testamentaria tiene por objeto asegurar la identidad, capacidad y libertad del testador y la imposibilidad de alteración de los testamentos.”³¹⁵

Por lo tanto, un documento que no llena los requisitos propios de la solemnidad testamentaria, no tiene ninguna validez, porque en tal documento no consta la identidad, capacidad y libertad del testador, ya que puede ser alterado o haber sido otorgado sin tener capacidad o con la voluntad viciada y, además, porque en caso contrario equivaldría a considerar como eficaz una disposición que no está protegida por esa forma solemne que la ley considera indispensable para asegurar las condiciones anteriores. El carácter formal (solemne) del testamento, lleva consigo que su contenido no pueda surgir válidamente fuera de la solemnidad predeterminada por la ley.

En el testamento público simplificado, el legislador no tomó tanto en cuenta la formalidad del acto sino que atendió más a lo práctico en el otorgamiento.

2. Régimen de excepción.

El artículo 11 del Código Civil establece que “las leyes que establecen excepción a la regla general no son aplicables a caso alguno que no esté especificado en las mismas leyes”. El testamento público simplificado es la excepción a la regla.

La iniciativa de ley presentada para la reforma al Código Civil por el que se crea el testamento público simplificado expone lo siguiente:

“En resumen lo que propone esta iniciativa no sólo es una figura de testamento, el público simplificado, sino todo un nuevo sistema que si bien se ajustará, en lo aplicable, a las reglas generales de los testamentos y de los legados, se regirá también por reglas específicas que garantizan no sólo la eficacia jurídica de los

³¹⁵ *Op. Cit.*, ARCE CERVANTES, José, pág. 117.

programas de vivienda de interés social y los de regularización de la tenencia de la tierra, si no la posibilidad real de facilitar y economizar el acceso a grandes sectores de la población de escasos recursos al sistema testamentario. Válidamente podríamos afirmar que se estaría creando un verdadero “Testamento Popular”. Por eso, es muy importante subrayar que las reglas de excepción que formarían parte del Nuevo testamento público simplificado contribuirán a darle eficacia y aplicabilidad”.³¹⁶

Desgraciadamente la eficacia y aplicabilidad a la que se refiere esta iniciativa es difícil de concebir, ya que el testamento público simplificado no prevé figuras importantes en una sucesión como el albacea, tutor, curador o el reconocimiento de hijos.

La reforma del Código Civil, sólo regula situaciones relacionadas con el inmueble, más no relaciones familiares que muchas veces son de mayor importancia que la simple transmisión de los bienes inmuebles o muebles.

De pina opina que concebir al testamento como un simple acto de transmisión de bienes, supone a reducir caprichosamente el objeto de esta trascendentalísima institución.³¹⁷

En verdad el testamento no es un acto que sirva únicamente para transmitir bienes. Como ya se estudió, existen una gran variedad de actos jurídicos que pueden realizarse en el testamento, no sólo para transmitir el patrimonio del testador sino para reconocer hijos, continuar la educación de sus hijos, confesar deudas, aconsejar y orientar a sus familiares respecto a lo que sea conveniente para ellos hacer en relación con determinados negocios pendientes o disponer sobre su entierro.

³¹⁶ SALINAS DE GORTARI, Carlos, *Iniciativa de Reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal*, Palacio Nacional, México, 1993, pág.VII.

³¹⁷ *Op. Cit.*, DE PINA, Rafael, pág. 290.

3. Principio de universalidad de los testamentos.

Mediante el llamado testamento público simplificado, que es clasificado en el Código Civil como ordinario, el propio ordenamiento requiere de una situación especial para que exista: que se trate de una vivienda, de una casa destinada a habitación, respecto de la cual se realizará su disposición testamentaria en los momentos y con los requisitos de cuantía analizados en su oportunidad.

Lo interesante de este punto es que mediante este tipo de "testamento" sólo puedan nombrarse legatarios respecto del inmueble a que se refiere el instrumento notarial en cuestión. El legislador olvidó que desde el punto de vista de la teoría del patrimonio, es muy probable que el testador sea propietario de otros bienes o titular de otros derechos, los cuales quedarían fuera de esta disposición testamentaria, lo que generara un grave problema, en atención a que se rompe la unidad de la herencia y a la vocación universal del testamento.

Por tanto, la reforma creó un "testamento" de objeto limitado, esto es, a específicamente un solo inmueble, lo que inevitablemente redundará que los deudos tengan necesariamente que abrir la sucesión legítima del *de cuius*, según lo dispone la fracción segunda del artículo 1599 del Código Civil, creándose, siempre que exista un testamento de este tipo, una sucesión mixta, lo cual, además de contradecir el espíritu de la iniciativa de ley, ocasionará gastos adicionales y confusión en los deudos, máxime que se trata, según la propia iniciativa "de personas de escasos recursos económicos".

Además, también está el problema relativo a la existencia de cualquier otro tipo de testamento, que tal vez por falta de asesoría, el testador hubiera otorgado, ya sea antes o después del testamento público simplificado en el que se incluyera un legado respecto del inmueble materia del testamento simplificado, ya que según el caso, el uno o el otro, revocaría al anteriormente otorgado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1494 del Código Civil, el cual no marca ninguna excepción.

Ahora bien, realmente no existe problema alguno en el supuesto de que el testamento otorgado con posterioridad al llamado testamento público simplificado sea, por un ejemplo, un testamento público abierto, ya que por ser el testamento público por excelencia y de acuerdo a su vocación universal y de objeto ilimitado, aún cuando quedaría revocado el testamento público simplificado, el contenido de éste quedaría abarcado y protegido por el público abierto.

Sin embargo, el problema real se daría en la situación inversa; es decir, si el testamento otorgado posteriormente es uno público simplificado, ya que quedaría revocado el anterior, por ejemplo un público abierto, y como el público simplificado es de objeto limitado, sólo contemplaría el inmueble al que se hiciera referencia, obligando a los deudos a abrir la sucesión legítima, la cual, no esta exenta de problemas.

En todo caso, el legislador para ser coherente con el régimen de excepción creado para el testamento público simplificado, debió crear también una excepción al artículo 1494, para que el público simplificado únicamente gozara de un poder revocatorio limitado al testamento público simplificado posterior perfecto y no en relación con los demás tipos de testamento, que sí son de objeto universal.

En otras palabras, el legislador seguramente sin tenerlo presente, dio lugar a una nueva clasificación de los testamentos. Por un lado, los testamentos clásicos, que conllevan una vocación universal o que admiten como objeto único una disposición particular y específica sobre un determinado bien como el legado con características ya señaladas.

Con ello se llega como consecuencia final, a eliminar la vocación universal del testamento y a producir situaciones aisladas y seguramente sucesiones mixtas.

4. Excepción al principio de unipersonalidad del testamento.

En el testamento público simplificado se permite que haya pluralidad de "testadores".

Ahora bien, el principio de unipersonalidad del acto testamentario protege la libertad de testar, al eliminar situaciones que puedan coaccionar o de alguna manera viciar la voluntad del testador. Al permitir la ley que varias personas testen en el mismo acto, se crea una excepción a este principio consagrado en el artículo 1296 del Código Civil que dice:

"No pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero."³¹⁸

Así es como nuestra legislación llega a reconocer, como régimen de excepción, el llamado testamento mutuo o mancomunado, el cual tantas críticas ha tenido en el derecho comparado.

5. Institución de legatarios únicamente.

No obstante que el artículo 1286 del Código Civil establece que cuando por voluntad del testador "toda herencia se distribuya en legados, los legatarios serán considerados como herederos", en el caso del testamento público simplificado, el testador únicamente puede designar legatarios, sin que por ello sean considerados como herederos, en virtud de que por este último tipo de testamento, nunca se puede disponer de toda la herencia, por su carácter de disposición *mortis causa* con objeto limitado y específico.

Asimismo, el testador en un testamento público simplificado no puede designar albacea, ni tutor, ni curador, ni reconocer hijos, ni confesar deudas, ni manifestar ninguna otra de las expresiones que podría hacer en un tipo normal de testamento.

³¹⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 138.

6. Omisión de la designación del albacea y creación de un ente jurídico nuevo
Multiplicación de entes sin justificar la necesidad.

La inclusión del llamado "representante especial", se reduce a un representante legal de actuación específica, instituido por el testador para el caso de que el legatario fuere incapaz y no estuviere sujeto ni a patria potestad o tutela, con el fin de que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces.

Existe una laguna jurídica en cuanto a la regulación del funcionamiento de dicha figura. No se mencionan sus características, facultades, obligaciones, responsabilidades, sin aclarar, por supuesto, su naturaleza jurídica, la que en todo caso, es la de un representante legal, pues encuentra la fuente de su poder y representación en la ley.

La ley estableció su reducido campo de acción. Su única facultad es la de firmar el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los legatarios incapaces. No puede hacer más; ni pagar deudas, ni recibir pagos, ni velar por los intereses de los legatarios, ni representar al legatario en juicio en caso de que surja alguna controversia judicial, ni otorgar poderes. Tampoco reguló el legislador lo que pasaría si el representante no acepta su cargo, ni si aceptándolo cae en estado de interdicción, fallece, o si simplemente no se designa representante especial alguno para el incapaz.

Por otro lado, en la reforma no se prevé la posibilidad del nombramiento del albacea, que como se dijo anteriormente es el administrador de un patrimonio en liquidación y auxiliar en la administración de la justicia. Queriendo justificar al legislador, precisamente no se incluyó la posibilidad de nombrar albacea, ya que éste es un administrador de un patrimonio en liquidación, cuestión que no se puede realizar por el otorgamiento de un testamento público simplificado, dado su objeto limitado.

Es así, que ante la falta de albacea, se priva de seguridad jurídica a este tipo de testamento, ya que, en principio, nadie velará objetivamente por el respeto de la voluntad del testador.

7. Desprotección de los acreedores del *de cuius*.

La muerte de una persona en condiciones normales, no tiene porque agravar las relaciones jurídicas que ella tenía establecida con otras personas. Así, los acreedores del *de cuius* deben ver protegidos íntegramente sus derechos, de manera análoga a lo que sucedería si estuviera vivo su deudor.

Sin embargo, la reforma únicamente contempla la situación de los acreedores alimentarios, sin hacer referencia alguna a los acreedores en general del *de cuius*.

Como vimos anteriormente, en el testamento público simplificado se protegen los intereses de los acreedores alimentarios del *de cuius* de manera preferente.

Adicionalmente, los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble sin que le sean aplicables las disposiciones de los artículos 1713 y 1770 del Código Civil, con lo cual se desprotege a los demás acreedores del *de cuius*.

Este régimen de excepción que ampara al testamento público simplificado, sin razón jurídica suficiente provoca un estado de indefensión para los acreedores del *de cuius*, excepción hecha de los alimentarios. En adición, en el proceso expedito de titulación notarial no se respetó el orden de prelación establecido para el pago de las deudas del testador, fijado en los artículos 1753, 1757 y 1759 del Código Civil. En este orden del ideas, el legatario puede llegar a adjudicarse el inmueble sin haber pagado a los acreedores del testador, lo que produciría además de una gran inseguridad jurídica, una gran injusticia al permitir que el legatario, mismo que adquiere a título gratuito, tenga un mejor derecho sobre los acreedores del testador.

Es así como al no haber una continuidad en las relaciones jurídicas del testador que no desaparecen con su muerte, se destruye una de las principales funciones del derecho sucesorio, precisamente el dar continuidad a las relaciones jurídicas aún después de la muerte del testador, tal y como lo señala el propio Código al definir en el artículo 1295 lo que se considera como testamento.

8. Deficiente procedimiento de titulación notarial.

Así como en la ley sustantiva se pretendió dar una regulación adecuada al testamento público simplificado, en la ley adjetiva se estableció un numeral que regula el trámite respectivo, llamado de titulación notarial, produciendo un régimen simplificado, restringido, privilegiado y de excepción.

El artículo 876 del Código de Procedimientos Civiles fija un trámite ante notario público para la adjudicación del inmueble legado muy simplificado, provocando una regulación escueta e insuficiente que no prevé ciertos aspectos, como por ejemplo, el orden de prelación a seguir para la liquidación de la herencia. Esto, aunado a la falta de inclusión en la regulación de la ley sustantiva de los acreedores del testador, que a excepción de los alimentarios, origina una situación de inseguridad jurídica para los acreedores del *de cujus*. Si a ello aunamos una tramitación simplificada y el que no existe en este tipo de testamento la figura del albacea, pueden llegar a producirse situaciones que perjudiquen a los acreedores no alimentarios del autor de la sucesión. Con ello de ninguna forma despreciamos la intervención notarial, signo de tranquilidad, certeza y seguridad; pero puede suceder, que el autor de la sucesión establezca varios legados e instruya a sus legatarios para que tramiten rápidamente su adjudicación después de su muerte, perjudicando con ello a los acreedores del mismo, al imposibilitar el cobro de sus créditos, ya que como está regulado, no hay límite para otorgar testamentos públicos simplificados por persona.

Asimismo el citado artículo establece que se trata de un trámite de titulación notarial, situación que contradice el principio general que señala que todo procedimiento

sucesorio puede ser judicial. De lo anterior se desprende que se trata de un trámite que sólo puede llevarse a cabo ante notario público.

9. Quebrantamiento de principios generales del derecho: Incertidumbre e inseguridad jurídica.

La regulación fijada para el testamento público simplificado produce situaciones carentes de certeza y seguridad jurídica. En primer lugar, dado lo escueto de su regulación, se dejaron fuera del marco jurídico de dicha figura, situaciones que al no estar contempladas por la ley traen como consecuencia controversias y problemas para los involucrados. Sólo se pueden instituir legatarios, sin mencionar la posibilidad de designar a un albacea que proteja y administre la sucesión. Contempla a un representante especial, sin fijar sus facultades, derechos, obligaciones, responsabilidades, ni lo que pasaría si no acepta el cargo, ni cómo proceder si aceptándolo se vuelve incapaz posteriormente. Sólo contempla acreedores alimentarios y no incluye a acreedores de otra especie.

Fija un régimen de excepción en el cual se pasa por alto principios fundamentales del derecho sucesorio, como son la unipersonalidad del testamento (perturbando con ello la libertad de testar), la vocación universal del testamento y la unidad de la herencia (al tener un efecto dispositivo limitado produce situaciones aisladas que traen como consecuencia sucesiones mixtas y procesos tardados y costosos) y el mantener la continuidad de las relaciones jurídicas del *de cuius* que no se extinguen por la muerte (perjudicando a los acreedores del testador).

10. Naturaleza jurídica sui generis.

Con lo anterior podemos determinar la naturaleza jurídica del ente llamado testamento público simplificado.

El régimen de excepción bajo el cual fue regulado, produce que el mismo no tenga naturaleza jurídica de testamento. No comparte principios fundamentales que debe de seguir un testamento en sí, como son el principio de unipersonalidad del acto, el de unidad de la herencia, el de vocación universal del testamento y la procuración de la continuidad de las relaciones jurídicas del testador. Tiene un poder dispositivo limitado y específico, mismo que pone en tela de juicio su poder revocatorio. Necesita de la concurrencia de requisitos especiales, mismos que ponen en duda su carácter de testamento ordinario. Por tanto, esta figura jurídica de "testamento" sólo tiene el nombre.

Es así, que el testamento público simplificado tiene una naturaleza jurídica propia, debido al régimen de excepción que predica y que rompe con todos los principios generales antes señalados. En todo caso, se trata de una disposición de bienes *mortis causa* de objeto limitado y específico.

De esta forma, queda por demás claro, el porqué no es recomendable el uso de este llamado testamento público simplificado, ya que desde una postura finalista, no cumple aquello para lo que fue creado: el ser un testamento popular que disminuyera el problema de la regularización de la tenencia de la tierra, además de representar una de las mayores debilidades que la figura del testamento puede tener, esto es, la seguridad jurídica que puede dar tanto al hacedor del mismo, como a los beneficiarios, por lo que proponemos su derogación en nuestro Código Civil

Propuesta.

La intención del legislador sin ninguna duda se puede calificar como buena, ya que se pretendió terminar con la problemática que ha venido representando la tenencia de la tierra. Sin embargo, produjo una figura que en primera instancia pareció ser buena para terminar con dicho problema, pero provocó mayores problemas de los que pudiera resolver.

Ahora bien, si lo que se pretende es facilitar el otorgamiento de disposiciones testamentarias para darle continuidad a la titularidad de la tenencia de la tierra, es recomendable difundir el empleo del testamento público abierto, el cual ha demostrado ser el medio más eficaz y popular para su otorgamiento.

Asimismo, se podría agregar en el otorgamiento del contrato de compraventa que realizan las personas que están en los programas de regularización o que su inmueble no excede de 25 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal elevado al año, el otorgamiento de un testamento público abierto simultáneamente pero en instrumento por separado sin nadie que pueda viciar la voluntad del testador. Así evitaremos la falta de continuidad en la tenencia de la tierra ni la falta de disposición testamentaria.

De igual manera y siguiendo la línea de ayuda a dichas personas, podría introducirse dentro de la legislación fiscal un apartado especial para este tipo de viviendas, el cual tenga por objeto el disminuir el pago de impuestos por adquisiciones de bienes inmuebles, así como también disminuir el arancel de los notarios respecto del cobro de honorarios tanto del testamento como de la adjudicación, esto con el objeto de beneficiar a este grupo de personas y tener continuidad en la titularidad de los inmuebles y hacer más accesible la adjudicación de los mismos.

V.2.4.- LA INEFICIENCIA DEL TESTAMENTO:

En términos generales se dice que un testamento, o cualquiera de sus disposiciones, es ineficaz, cuando no produce sus efectos propios.

En otras palabras, la ineficiencia es la carencia de efectos jurídicos, determinada por razón de invalidez o bien siendo válido, el acto puede ser ineficaz por otros motivos.

En el derecho mexicano la ineficiencia del testamento puede provenir de la nulidad, de la revocación o de la caducidad, aplicables en relación al testamento como acto jurídico *mortis causa*.

No se deben confundir los casos de revocación o de caducidad con los de nulidad. En éste, el testamento carece de valor desde el momento en que fue hecho, y sea cual fuere la fecha de la muerte del testador, no producirá efecto alguno. En cambio, la revocación y la caducidad suponen un testamento válido en su origen susceptible de producir todos sus efectos, y que deja de ser válido en virtud de una causa posterior. Si esta causa proviene de la voluntad del testador, habrá revocación; si es extraña, como el previo fallecimiento de un legatario, habrá caducidad.

V.2.4.1.- MOTIVOS DE INVALIDEZ.

Los actos válidos, explica Borja Soriano entran dentro de una única categoría, y surten plenamente sus efectos. En cambio, cuando se habla de actos inválidos, se habla de una categoría de actos a los que la ley priva de efectos; pero que forman una gama bien variada y extensa, sobre la cual los juristas distan mucho de ponerse de acuerdo.³¹⁹

V.2.4.2.- INEXISTENCIA.

El artículo 2224 del Código Civil, que a la letra dice “El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”.³²⁰ Este artículo solamente aplica en los casos de falta de consentimiento o de objeto para ubicar la existencia; en el caso de los testamentos, y dada la importancia que la ley otorga a las formalidades prescritas por la ley y que hacen del testamento un acto solemne, se puede concluir que la inexistencia en los testamentos opera:

- a) Por falta de voluntad del testador (tratándose de un acto unilateral).

³¹⁹ *Op Cit.*, BORJA SORIANO, pág. 187.

³²⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 229.

- b) Por no tener el testador la edad requerida por la ley, es decir, por ser menor de dieciséis años. (Artículo 1306 del Código Civil).
- c) La falta de objeto
- d) Falta de solemnidad.

V.2.4.3.- NULIDAD.

- ANTECEDENTES.

Las confusiones que convergen en la teoría general de las nulidades, en virtud de la variedad de denominaciones gramaticales que se han empleado en ella, puesto que no sólo se habla de nulidad o de inexistencia, sino que también se mencionan validez e invalidez; eficiencia o ineficiencia; nulidad de derecho, nulidad de pleno derecho, nulidad relativa y anulabilidad, han complicado su uso.

La terminología que se utilizó en Roma en la época imperial, marcó el principio de errores en la interpretación, dado que se utilizaron como términos sinónimos o afines: *inutilis, nihil agitar*, que permitieron que se calificara a la nulidad civil como absoluta o de pleno derecho; destacando la regla central que reconocía que la ley determinaba aquellos casos en los que el acto era nulo: *quod nullum est nullum producit effectum*.

En el sistema romano *quipus modis testamenta infirmatur* (de la nulidad y de la invalidación de los testamentos), las causas que lo vician y que deciden su nulidad, *ab initio*, esto es, desde un principio, o aquellas que reconociendo su validez en el momento de producirse, los transformaban posteriormente, *infirmatur*, convirtiéndolo en un testamento invalido.

La doble perspectiva a la que se hace referencia, está precisada por Eugene Petit, que en cuatro puntos particulariza las causas que vician el testamento en el mismo momento que se hace, *ab initio*:

- a) No habiendo sido hecho el testamento según las formas legales, se dice que es *injustum* o *non jure factum* (injusto o no dentro del derecho).
- b) El testador no tenía el ejercicio en el momento en que testó.
- c) El instituido no tenía la *testamenti factio* en el momento de la confección del testamento.
- d) El testador ha omitido un heredero suyo que existía en el momento de testar. Entonces el testamento es nulo, *ab initio*, según la opinión sabiniana.³²¹

En cuanto a las causas de invalidación aún cuando en el momento de su confección el testamento se hubiere ajustado a las formalidades exigidas por la ley, al sobrevenir o aparecer una causa posterior, se convertía en inválido. Dentro de las expresiones que en ellos se utilizan, también se usaban los siguientes conceptos: *ruptum*, *irritum*, *destitutum*.

Ruptum entrañaba el rompimiento de testamento; se daba por su revocación tácita al hacerse un nuevo testamento, o también se daba en razón de haberle sobrevenido al autor un heredero por agnación. Petit, explica: "Ya sabemos que el jefe de familia que al testar tiene un hijo heredero suyo debe instituirle o desheredarle; porque de otra manera el testamento sería nulo, *ab initio*. Por una aplicación más severa del mismo principio, si después de hecho el testamento sobreviene al testador un heredero suyo, de cualquier sexo que fuere, el testamento que era válido es ineficaz o invalidado; queda *ruptum*."³²²

La revocación expresa o tácita realizada por el testador al elaborar un nuevo testamento, era el único procedimiento aceptado por el Derecho Civil.

El testamento inválido, llamado *irritum*, era aquel en el que la causa de invalidez sobrevenía por una *capitis diminutio* en perjuicio de su autor que lo había elaborado siendo capaz, lo que determinaba la extinción de su personalidad civil. A diferencia

³²¹ *Op. Cit.*, PETIT, Eugene, pág. 213.

³²² *Ibidem*. págs. 214. 215.

de éste, el testamento *destitutum* era aquel en que la disposición respectiva quedaba sin efecto en razón de que el heredero instituido no pudiera o no quisiera aceptarlo. Ello provocaba su carácter: *destitutum* o *desertum*; dándose esta situación sobre todo en aquellos casos en los que el heredero moría antes que el autor.

- LA NULIDAD RESPECTO DEL TESTAMENTO Y DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS O LEGATARIOS.

El testamento es nulo por vicios de la voluntad del otorgante, como son: el error, el dolo, el fraude, la violencia. El Código Civil, en los capítulos respectivos de la nulidad, revocación y caducidad de los testamentos, habla de estos vicios; por incapacidad (dementes); por falta de la manifestación expresa de la voluntad (artículo 1489 del Código Civil); por falta de forma (rotura del sobre).

En cuanto a la institución de heredero o legatario es nula: la hecha en memorias o comunicados secretos; la hecha en condición física o legalmente imposible; la que sujete al beneficiario a hacer testamento a favor de otro; la hecha a persona incierta o indeterminada; la hecha sobre cosa que no pueda identificarse; la de cosa ajena, ignorándolo el testador; y la de cosa que ya no está en la masa hereditaria.

-NULIDAD POR INCAPACIDAD.

La capacidad de ejercicio es un elemento que sólo se requiere para la validez en los actos jurídicos. Por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del contrato o del acto jurídico en general.

La capacidad de ejercicio no es un elemento esencial en los actos, por cuanto que los celebrados por incapaces existen jurídicamente: son susceptibles de ratificación para quedar convalidados retroactivamente o bien, puede prescribir la ineficacia que los afecta.

La enajenación mental origina en los testamentos una forma de incapacidad, pero no es absoluta como en materia de contratos, por cuanto que cuando hay momentos de

lucidez, se permite testar, siempre que el testador se encuentre en un momento de esa naturaleza y bajo las formalidades que señala el Código Civil.

En cuanto a la edad, no obstante que el testamento implica un acto de transmisión, es decir, de dominio, no sólo de bienes determinados, sino de un patrimonio, se permite al mayor de 16 años ejecutarlo.

-NULIDAD RELATIVA.

Existe, la tesis que sostiene que el testamento hecho por un incapaz está afectado de nulidad relativa, se funda en que la acción es prescriptible. Si demuestra que este argumento basta, aún cuando el acto sea no confirmable y aunque la acción la pueda intentar cualquier interesado.

En esta tesis, se establece que no existe un precepto expreso en el Código que imponga o fije un término de prescripción a la acción de nulidad respecto de un testamento hecho en estado de incapacidad. Sin embargo, encontramos un precepto general en el capítulo de la nulidad, el artículo 2236 del Código Civil que fija un término de prescripción en los casos en que el acto jurídico sea ejecutado por un incapaz. Este precepto general, según la tesis, debe aplicarse al testamento, ya que éste es un acto jurídico; pero la aplicación de este precepto suscita problemas difíciles de interpretación. Debe intentarse esta acción en los plazos señalados en el artículo 638 del Código Civil que dice “La acción para pedir la nulidad, prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende”³²³. Esto es lo que provoca el problema, en efecto, la acción de nulidad debe intentarse en los mismos plazos en que debe entablarse la acción real o la personal que origine el acto jurídico.

Cuando se trata de aplicar el precepto mencionado al testamento, encontramos una dificultad: en el testamento se transmite un conjunto de derechos reales y

³²³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 77.

personales, y tendríamos entonces en cada caso un término especial y no sabríamos qué plazo aplicar.

También se invoca otro argumento: en materia de prescripción negativa se señala un plazo máximo; la prescripción negativa, en términos generales, en la doctrina, comprende no sólo la liberación de las obligaciones por no exigirse su cumplimiento, sino también la prescripción de acciones patrimoniales, ya sean reales, personales o de nulidad.

Esta postura no es aplicable a los testamentos, toda vez que el testamento únicamente va a surtir efectos hasta la muerte del testador y por tanto, no puede ser convalidable ni puede existir un término para la prescripción de la nulidad.

-NULIDAD ABSOLUTA.

Además de esta tesis de que la nulidad es relativa, se ha sustentado el punto de vista contrario, es decir, de que la nulidad es absoluta, tanto porque la acción es imprescriptible cuanto porque el testamento no es susceptible de confirmación.

Para demostrar en nuestro derecho que la nulidad es absoluta, es necesario comprobar estas dos características necesarias en esta clase de nulidad y, además, que la acción puede intentarse por todo interesado.

Se considera que la acción es imprescriptible porque el precepto del Código Civil que establece un lazo de prescripción en los casos de nulidad por incapacidad, o por error, es aplicable en materia de contratos, de obligaciones; pero no en materia de testamentos.

En efecto, el testamento hecho en estado de incapacidad, no llega a convalidarse por el tiempo, cualquiera que sea el lapso que trascurra entre la facción del testamento y la muerte del testador; no se purga el vicio de incapacidad, ya que la ley atiende al momento en que se hace el testamento para juzgar de la capacidad.

En materia de testamentos el término de prescripción no puede comenzar a correr sino hasta la muerte del testador. Cualquiera que sea el tiempo transcurrido, el término empieza con su muerte. Supongamos un testamento hecho por una persona a los diez años, que muere a los sesenta; el transcurso de cincuenta años de vida del testador no puede convalidar el testamento.

En tal virtud, como no hay un término expreso de prescripción y como el término general en nuestro derecho esta limitado a las obligaciones, por no poderse exigir su cumplimiento antes de la muerte del testador, entonces, al no existir ese término, ni aplicación del general de diez años, la acción será imprescriptible.

Por último, se considera que en materia de testamentos, no es posible la ratificación del acto, y este argumento nos servirá para todos los casos de nulidad, por cuanto que la ratificación, desde el punto de vista jurídico, requiere como elemento esencial la convalidación retroactiva por lo que en relación a los testamentos, no hay ratificación en términos jurídicos; y en todo caso, tendrá que haber un nuevo otorgamiento del acto.

En los testamentos no es posible la ratificación del acto, pues si el testador declara cuando ha sido víctima de violencia, error o dolo o cuando ha hecho su testamento en estado de incapacidad, que ratifica su testamento, no se tratará de ratificación, aunque se emplee ese término. En efecto, el testamento surtirá sus efectos hasta la muerte del testador y no podrá surtirlos desde la fecha en que se otorgó el acto, como sucede en los contratos.

De lo anterior se infiere, que si no hay prescripción ni ratificación, la acción para impugnar un testamento puede intentarse por los presuntos herederos legítimos excluidos en el testamento, por el Ministerio Público, por el representante del la Secretaría de Asistencia Pública, que tiene interés en la herencia, por los herederos o legatarios instituidos a quienes perjudique el testamento, porque no se les

reconozca sino una parte menor de la que le correspondería como herederos legítimos. Es decir, que se trata de una acción, que al invocarse por cualquier interesado, va a ser de nulidad absoluta, o bien de inexistencia.

En el artículo 8º del Código Civil se dispone que los actos ejecutados en contra del tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley disponga lo contrario.

“Artículo 8º. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.”³²⁴

En el testamento cuando se persiga un fin ilícito por el testador (cuando, por ejemplo, diga que se destinen sus bienes para la realización de actos que sean inmorales o delictuosos); estará afectado de nulidad absoluta. Se necesita entonces, precepto expreso que declare que un acto ilícito está afectado de nulidad relativa, atribuyéndole las características de la confirmación o de la prescripción, para derogar esta norma general. En el testamento no se encuentra ninguna disposición especial que determine la nulidad relativa del acto, cuando el fin que se proponga el testador sea ilícito, y por tanto, debe clasificarse como una nulidad absoluta.

Quiere decir esto, que los perjudicados por el testamento podrán invocar en cualquier tiempo la nulidad; que la prescripción no puede subsanar este vicio, cualquiera que sea el tiempo transcurrido. Tampoco es éste un acto susceptible de confirmación, porque si el testador revoca su testamento y hace uno nuevo en el que ya no se contenga aquella finalidad ilícita, no se tratará entonces de una ratificación, sino de un nuevo otorgamiento, o sea un problema completamente distinto.

No obstante que la nulidad absoluta del testamento en cualquier tiempo se puede invocar, la ley fija un término para reclamar la herencia, y ese término es de diez años (acción de petición de herencia). De manera que no tendría interés para los presuntos herederos dejar pasar ese término, después de la muerte del testador,

³²⁴ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 3.

porque aun cuando pudiesen impugnar el testamento como nulo después de plazo indicado, esta nulidad no les beneficiaría, ya que el término para reclamar la herencia habría transcurrido.

V.2.4.4.- LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD.

Además de la capacidad, es elemento de validez en el acto jurídico la manifestación de voluntad libre y cierta, es decir, exenta de vicios. Si el testador manifiesta su voluntad sin libertad, es víctima de la violencia; si no la manifiesta en forma cierta, es víctima del error o del dolo, existirá un vicio de la voluntad.

En el acto jurídico unilateral no puede darse el caso de error destructivo de la voluntad, porque como se forma por la manifestación de una sola voluntad, basta que se otorgue, aunque exista algún vicio o el sujeto sea un incapaz, como en el caso del enajenado o del menor, para que exista el elemento volitivo.

La ley no ha considerado que la enajenación o la minoría de edad destruyan la voluntad. La doctrina tampoco lo ha considerado así y, por tanto, sólo existirá un vicio en la voluntad, que originará nulidad y no inexistencia. Con excepción de los casos de enajenación mental absoluta o respecto de los actos ejecutados por los infantes, pues en ambos casos no habrá voluntad para realizar el acto jurídico, por lo que este será inexistente.

En el testamento, prescindiendo de este problema (de que la enajenación o la minoría de edad desde el punto de vista psicológico pueden llegar a destruir la voluntad), no puede existir el error obstáculo, destructivo de la misma, porque cualquiera que sea la manifestación que haga el testador, aunque esté viciada por incapacidad, error, dolo o violencia, existe una voluntad.

En cambio, el segundo grado error, llamado error nulidad, que vicia la voluntad, sí lo encontramos en el testamento. En general, el error nulidad, tanto en el contrato como

en el testamento, es el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, de tal manera que de haberse conocido no se hubiese celebrado el acto jurídico.

Es el error sobre la causa impulsiva y única que determinó la voluntad. Debe investigarse, por tanto, si es la causa impulsiva y única, porque si existen otras causas, de manera que en todo caso y a pesar del error, el acto jurídico se hubiese realizado, entonces el error es indiferente y no vicia la voluntad.

En materia de testamentos la ley, al hablar de la nulidad, menciona sólo el dolo y la violencia, y en el capítulo respectivo no se refiere al error. Sin embargo, el artículo 1301 del Código Civil, habla de la causa errónea que sea la única determinante de la voluntad del testador, la cual origina la nulidad del testamento. Según este precepto, las transmisiones hechas a título universal o particular por una causa errónea, que se exprese en el testamento y que sea la causa impulsiva y única que determinó la voluntad del testador, quedarán sin efecto jurídico alguno; es decir, serán nulas.

Son, por consiguiente, requisitos del error nulidad en los testamentos, que aparezca en el texto y que sea el único que haya determinado la voluntad del testador. Por ejemplo, si el testador dice: "instituyo como mi único y universal heredero a mi sobrino, porque mi hijo ha muerto" y después se averigua que éste no ha muerto, de manera que sufrió un error, tenemos aquí expresada la causa en el testamento; el porqué se instituyó al sobrino, bajo la creencia falsa de que el hijo había muerto y al mismo tiempo se dice que es la única y determinante de la voluntad del testador, porque de haber sabido que el hijo existía, no hubiese instituido al sobrino como heredero.

Para el error aplicamos, en materia de nulidades, las mismas conclusiones que hemos expuesto en materia de incapacidad. Es decir, existen las dos tesis: la que considera en forma inexacta que la acción de nulidad es prescriptible y la que le da el carácter de una nulidad absoluta.

-DOLO.

Tanto en materia de contratos como de testamentos, se alude al dolo como vicio separado del error, y tal parece que el dolo por sí mismo es motivo de nulidad. Sin embargo, al tratar el error y el dolo en los contratos, expresamente se dice que este será vicio de la voluntad en tanto que induzca a error y que éste sea el motivo determinante de la voluntad.

Estas disposiciones de contratos son aplicables en materia de testamentos por determinación del artículo 1859 del Código Civil que dice: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."³²⁵ En materia de testamentos únicamente se dice que es nulo el testamento captado por dolo o por fraude, y en la palabra "captado" tenemos un elemento suficiente para considerar que la voluntad ha sido falseada, es decir, que ha sido víctima de un error y que este error es su causa determinante, pues de lo contrario no se le habría captado.

Se entiende por captación, los medios más o menos indecorosos, con que se atrae el cariño o la benevolencia de alguien con el fin de inducirlo a realizar determinadas liberalidades.

El problema de la nulidad en el caso de dolo es exactamente el mismo que el de la nulidad para el error, ya que el dolo originará la nulidad, en tanto que induzca a un error determinante de la voluntad. Por consiguiente, todo lo que hemos dicho a propósito de la nulidad por incapacidad o por error, se aplica a la nulidad por dolo.

El artículo anteriormente invocado para la nulidad en casos de incapacidad, también se refiere al error (Art. 2236 del Código Civil), este precepto sirve para hacer el razonamiento que ya hemos expuesto, de que esta acción de nulidad prescribe en el término de diez años, si la acción de petición de herencia se considera como real y,

³²⁵ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 193.

consecuentemente, siendo prescriptible, la teoría más fundada en nuestro derecho positivo sería considerar esta nulidad como relativa; pero cabe también recordar la otra tesis expuesta, si se prescinde del concepto de que la herencia da lugar a una acción real.

-VIOLENCIA.

La violencia en cuanto a los testamentos, no sólo puede ejercerse sobre el testador en su forma física o moral, sino también sobre sus parientes, sobre su cónyuge, y en uno y otro caso implicará la nulidad del testamento.

El Código, a propósito de la violencia en los testamentos, se refiere a la violencia moral; pero es una definición incompleta, ya que debe también comprenderse la física. El artículo 1485 del Código Civil señala: "Es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes"³²⁶, supone el caso de amenazas, es decir, de violencia moral. En cambio, para los contratos se comprende la violencia física y moral, y esta disposición debe ser aplicable a los testamentos por la razón ya expuesta.

El artículo 2228 del Código Civil señala que "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".³²⁷ Dicho precepto legal señala que la falta de forma exigida por la ley, sino se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce nulidad relativa.

Sin embargo, a propósito de los testamentos, se vuelve a plantear el problema que hemos venido estudiando para determinar la clase de nulidad de la que va estar afectado; pero el problema se complica porque no hay precepto expreso que pueda

³²⁶ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 157.

³²⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 229.

servir para los casos de incapacidad y error, para admitir un término de prescripción. El único precepto que existe al respecto, señala la prescripción en la acción por violencia, pero refiriéndose expresamente a los contratos, y da un término de seis meses a partir del momento en que cese la violencia para que se ejercite la acción de nulidad. Fuera de este término, la acción prescribe.

En los testamentos, el término prescripción debe contarse a partir del momento de la muerte del testador, de manera que si hizo un testamento bajo el imperio de la violencia no puede correr el término de prescripción. El término de seis meses no podremos, por tanto aplicarlo, porque se refiere a contratos y porque este término parte del momento en que cesa la violencia.

Ante esta dificultad, se tiene que recurrir al término general de prescripción negativa, que según la doctrina debe considerarse aplicable no sólo para las obligaciones, sino también para las acciones, ya sean éstas reales, personales o de nulidad, siempre y cuando el legislador no señale un término menor.

El fundamento de acuerdo con la doctrina es bastante para considerar que si hay un precepto en que se determina que el acto jurídico en los casos de violencia está afectado de nulidad relativa, y posteriormente la ley no reglamenta la prescripción de esta acción, se debe entender que se trata de una nulidad absoluta o inexistencia, porque dicho acto jurídico no puede ser casualidad, ya que sólo va a sufrir sus efectos a partir de la muerte del testador.

Fundándonos en las clasificaciones que hace la ley, y en el término máximo de prescripción negativa, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, se concluye entonces que la acción de nulidad no es prescriptible.

Por otra parte, el término que estatuye la ley para ejercitar la acción de petición de herencia es de diez años, y en todos los casos en que se ejercite esta acción

reclamando una herencia es necesario pedir primero la nulidad del testamento, porque la reclamación de la herencia será una consecuencia de la nulidad.

Entretanto no se nulifique el testamento que transmita los bienes a determinadas personas, los presuntos herederos legítimos excluidos, no podrán reclamar la herencia, salvo lo señalado en el artículo 1337 del Código Civil, en que el heredero por testamento, que muera antes que el testador o antes de que se cumpla la condición; el incapaz de heredar y el que renuncie a la sucesión no transmiten ningún derecho a sus herederos y la herencia pertenece a los herederos legítimos del testador, a no ser que éste haya dispuesto otra cosa,.

Hay que advertir que para la violencia, la tesis que sostiene la nulidad absoluta en el testamento, encuentra mejores fundamentos en los casos anteriormente estudiados de incapacidad, error o dolo.

Como en materia de violencia no hay término especial y en nuestra legislación en término máximo de diez años en forma expresa se aplica para la prescripción de las obligaciones, haciendo una interpretación literal de los textos, tendríamos que considerar que no hay término para ejercitar la nulidad en los casos de testamento hecho bajo el imperio de la violencia.

Por otra parte, como no es susceptible de ratificación, no puede haber efectos retroactivos según ya explicamos por lo que encontraríamos las tres características fundamentales de la nulidad absoluta, o sea: la acción es imprescriptible, no puede desaparecer por la confirmación o ratificación del acto y, además, puede intentarse por todo interesado.

V.2.4.5.- FALTA DE FORMA.

Los actos jurídicos se clasifican, en nuestro derecho, en solemnes, formales y consensuales.

En cuanto a los testamentos, el principio general es que los testamentos son actos jurídicos solemnes en cuanto a la categoría o forma substancial que caracteriza para cada tipo la ley, al determinar las especies de testamento; pero dentro de cada una de esas categorías o formas substanciales, deben observarse determinadas formalidades, cuya violación originará la nulidad del testamento de que se trate.

Se requiere siempre, que la manifestación de voluntad del testador conste por escrito; pero excepcionalmente se admite que el testamento sea consensual, por cuanto que la manifestación de voluntad del testador en los casos de los testamentos militar y marítimo, puede hacerse en forma verbal, ante testigos.

-NULIDAD ABSOLUTA O RELATIVA POR FALTA DE FORMA.

Cuando no se observa la formalidad exigida por la ley para los testamentos ordinarios o para los especiales, el testamento es nulo.

Vuelve a presentarse aquí el problema de si la nulidad es absoluta o relativa. El artículo 1491 señala: "El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley".³²⁸ No se señala qué clase de nulidad es la que origina la inobservancia de la forma. Recurriendo al capítulo de las nulidades para los actos jurídicos, encontramos el precepto que nos dice que en general la inobservancia de las formas origina la nulidad relativa del acto jurídico.

Asimismo, existen artículos que son aplicables que son aplicables sólo en materia de contratos, permitiendo la confirmación o ratificación del acto, expresa o tácita, en los casos en que no se observa la forma legal, según dispone el artículo 2231 que señala: "La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida."³²⁹

³²⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 158.

³²⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 229.

Esta disposición no es aplicable al testamento, porque ya vimos que no puede haber confirmación en cuanto a los mismos, en el sentido estricto de revalidación retroactiva.

El artículo 2234 indica que “El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación, o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.”³³⁰, sólo es aplicable tratándose de obligaciones y contratos.

En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad, existe el mismo problema ya analizado para la violencia y, por lo tanto, llegamos a una conclusión semejante.

Cuando no se observa substancialmente el molde formal, entonces al omitirse la solemnidad, el testamento será inexistente, y a así lo señala el artículo 2228 al decir “La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.”³³¹

V.2.4.6.- LA ACCION DE NULIDAD.

La materia de nulidad es de estricto derecho y más aún tratándose del testamento, por la imposibilidad de que los vicios de que adolecen al hacerse valer el testamento, se corrijan por quien los otorgó.³³²

Los que tengan interés en la herencia del testador, tienen acción para pedir la nulidad del testamento, interés que, de acuerdo con la doctrina, debe ser pecuniario, salvo los casos en que la ley se contenta con un interés moral, siendo interesados, generalmente, los herederos excluidos por el testamento.³³³

³³⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 230.

³³¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 229.

³³² Tesis Quinta Época, Pleno, Seminario Judicial de la Federación, Tomo: XI, pág. 606.

³³³ Tesis Quinta Época, Instancias Tercera Sala, Seminario Judicial de la Federación. Tomo XLV, pág. 605.

V.2.4.7.- INEXISTENCIA Y NULIDAD.

Respecto al tratamiento y significado que el Código Civil otorga a la inexistencia y a las nulidades, cabe mencionar que se confunden los términos y efectos legales de los mismos. Existe una tesis de jurisprudencia que permanece hasta la actualidad, la cual las considera como un sinónimo, sosteniendo que se debe considerar como una misma cosa inexistencia y nulidad y que las diferencias que se den entre ambas son meramente teóricas.³³⁴

Esta tesis textualmente señala:

“NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS.

Aún cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal emplea la expresión “acto jurídico inexistente”, en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas en los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que, teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el código los trata como nulidades.”

Sexta Época:

-Amparo directo 1205/52. Manuel Ahued. 8 de julio de 1953. Unanimidad de cuatro votos.

³³⁴ NAVARRO CHAVARRIA, Guillermo Mauricio, *Análisis Integral para una Regularización Moderna de la Inexistencia y las Nulidades Totales*, Su Aplicación en los Códigos Civiles. División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho, UNAM., Pág. 430.

- Amparo directo 2596/57. Federico Baños Islas. 8 de mayo de 1958. Unanimidad de cuatro votos.
- Amparo directo 2633/58. Donato Antonio Pérez. 7 de enero de 1959. Cinco votos.
- Amparo directo 1924/60. Pilar Mancilla Pérez. 3 de diciembre de 1962. Unanimidad de cuatro votos.
- Amparo directo 8668/62. Pedro Flores López. 24 de septiembre de 1964. Unanimidad de cuatro votos.
- Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Época: Sexta Época. Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 296 Página: 199. Tesis de Jurisprudencia.

Este criterio fue adoptado por la mayoría de las autoridades judiciales por muchos años, y para algunos otros no debe ser tratado como tal, en virtud de que algunos Códigos son posteriores a la tesis jurisprudencial de referencia. Pero no debemos olvidar la función de la jurisprudencia como tal es una función integradora, que consiste en suplir las lagunas de la ley además de la función interpretadora de la ley.

El uso de la tesis referida, hizo que se llegara a afirmar que el legislador en los casos de inexistencia, se refería a nulidad y debido a ello, se llegaba a concluir que se trataba de la misma cosa, llegándose a la conclusión de considerarlas un sinónimo; para llegarse a resolver la confusión y aclaraciones pertinentes sobre el uso y contenido de ambos términos, los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que teóricamente, se trata de inexistencia por falta de objeto, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, debiéndose decir inexistente en lugar de nulo o nulidad; y así evitar la confusión que llega al absurdo.³³⁵

Los Ministros de la Tercera Sala afirmaron que la tesis antes transcrita, considerado la similitud entre ambas figuras, era debido a que el legislador en los casos de inexistencia, habló de nulidad; por lo que reiteraron a través de la siguiente tesis que:

³³⁵ *Op. Cit.*, NAVARRO CHAVARRIA, Guillermo Mauricio, pág. 432.

“NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS. El artículo 2224 del Código Civil del Distrito no tiene, en cuanto a la base que quiere dar para establecer la distinción entre la inexistencia y la nulidad, sino meros efectos teóricos, ya que el tratamiento que en el reciben las inexistencias es el de las nulidades, como lo demuestra el siguiente análisis de casos de inexistencia tratados como si fueran de nulidad: la falta de objeto hace inexistente el acto según dicho artículo 2224; más sin embargo, en los artículos 1427, 1422 y 1434, se prevén factiespecies de inexistencia y se les trata como nulidades. Los contratos sobre cosas que están fuera del comercio, técnicamente carecen de objeto; pero los artículos 1826 y 2950, fracción III, que se refieren a la transacción sobre una sucesión futura, prevén uno de estos casos de falta de objeto y lo tratan por medio de la nulidad. El objeto de la compraventa es, indiscutiblemente, la transferencia del derecho de propiedad, según el artículo 2248; pero ello obstante, a la venta de cosa ajena se le llama nula en el artículo 2270. Y si de la venta de un crédito inexistente se trata, mismo que en el momento de la cesión engendra, según el artículo 2042, el efecto de obligar al cedente a presentar la garantía de su existencia, que es la nada jurídica. Lo mismo puede decirse en el caso del contrato de renta vitalicia declarado nulo por el artículo 2779, si el beneficiario muere antes del otorgamiento. Y si a falta de consentimiento se refiere, los artículos 1802 y 2183 que prevén algunos de estos casos, le dan el tratamiento de nulidad, mismo que deber darse por falta de texto adecuado, al caso del acto celebrado por un incapaz en quien la ausencia de consentimiento es absoluta, pues habrá que tratarlo por el sistema de las incapacidades, originadota de la nulidad relativa, según el artículo 2230; el profesor Borja Soriano, que según las “Notas” de García Téllez inspiro la adopción de las inexistencias en el Código Civil vigente, pasa de la inexistencia a la nulidad sin puente alguno al referirse precisamente al artículo 1802: “cuando una persona dice (Teoría de las obligaciones, tomo I, págs. 361 y 362, primera edición), celebra un contrato a nombre de otra sin ser su representante, a ese contrato le falta uno de los elementos esenciales: el consentimiento del representado. No hay hasta entonces la oferta del otro contratante; no existe aun contrato por falta de

consentimiento. Esta es, pues, la naturaleza de la nulidad a que se refieren los artículos citados en el número anterior.” Ahora bien, según los artículos 2162, 2163 y 2164 del Código Civil del Estado de Hidalgo (iguales a los números 2180, 2181 y 2182 del Código del Distrito), es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas, siendo la simulación absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real, y relativa cuando un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta un verdadero carácter, no produciendo ningún efecto jurídico la simulación absoluta, mientras que en tratándose de la relativa descubierto el acto real que la oculta, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare. Si la simulación planteada es absoluta, naturalmente que también se plantea como herida de nulidad absoluta, según el texto legal correspondiente antes citado, pero que dentro del más riguroso logicismo de la **teoría tripartita de la invalidez podía ser un caso de inexistencia, por lo que tomando en cuenta que conforme al citado artículo 2206 y el 2208 del Código Civil, bien que se trate de un caso de inexistencia o bien de nulidad, la acción correspondiente es imprescindible.**³³⁶

-Amparo directo 8286/63. Concretos Premezclados, S. A. 24 de junio de 1965. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Sin duda que la confusión que ha sido histórica, lo más conveniente es que sea corregida, o bien definida de forma clara, cuales son los casos de inexistencia y los de nulidad, por el legislador en el Código Civil, como un ideal, pero mientras esto sucede la jurisprudencia a la que hemos hecho referencia suple esta debilidad.

V.2.4.8.- REVOCACION. NOCION Y ESPECIES.

Todas las legislaciones vieron siempre en el testamento un acto revocable: *voluntas hominis deambulatoria est usque ad mortem*, o bien *voluntas testatiris est*

³³⁶ Sexta Época. Instancia: Tercera Sala, Fuente: Seminario Judicial de la Federación. Tomo: Cuarta Parte, XCVI, pág. 67. Apéndice de Jurisprudencia 1917 a 1965, Cuarta Parte, Tesis número 238, pág. 751.

deambulatoria usque ad ultimun soplo de vida. Al respecto, el artículo 1493 del Código Civil señala "La renuncia de la facultad de revocar el testamento es nula."³³⁷

Siendo el testamento un acto especialmente revocable, no es más que un proyecto durante la vida del testador; es la expresión de su última voluntad, la que ha sido redactada ciertamente de antemano por temor de ser sorprendido por la muerte, pero que se reputa emitida en el momento mismo de perder la vida.³³⁸

La revocación implica la ineficacia del testamento por la voluntad del propio testador.

-CARACTERÍSTICAS.

El carácter revocable del testamento responde a dos características inherentes al mismo:

1. Su carácter unilateral en relación con el hecho de no producir sus efectos hasta la muerte del testador.
2. El testamento recoge la última voluntad del testador.

-ESPECIES.

La revocación puede ser:

1. Total o parcial.
2. Expresa, enunciada por el mismo testador, o tácita; cuando se otorga un testamento posterior.
3. Real del testamento cerrado. Consiste en la destrucción intencionada del testamento por el testador. Es una revocación que no se dice, se hace: consiste en romper el testador las cubiertas del testamento cerrado que otorgó, quebrantar sus sellos o borrar; enmendar las firmas que lo autorizaron, etc. Esta especie se observa e los siguientes artículos del Código Civil:

³³⁷ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 158.

³³⁸ *Op. Cit.*, DE IBARROLA, Antonio, pág. 747.

"Artículo 1540.- El testador puede retirar, cuando le parezca, su testamento; pero la devolución se hará con las mismas solemnidades que la entrega."³³⁹

"Artículo 1558.- 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."³⁴⁰

-LA REVOCACION EN CUANTO A LOS EFECTOS QUE PRODUCE.

- a) La revocación produce efectos, aunque el segundo testamento caduque por incapacidad o renuncia de herederos o legatarios según se determina en el artículo 1495 del Código Civil en el que se estipula que "La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por la incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios nuevamente nombrados."³⁴¹
- b) El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo, Según el artículo 369 fracción IV, "el reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes: ... IV. Por testamento"³⁴², en relación con este precepto en el artículo 367 del mismo ordenamiento, se señala que "El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el conocimiento."³⁴³ Dicho reconocimiento es una confesión extrajudicial, la cual hace prueba plena.
- c) El perdón concedido en un testamento al ofensor no se entiende revocado, aun cuando el testamento se revoque.

³³⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 161.

³⁴⁰ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 165.

³⁴¹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 158.

³⁴² *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 46.

³⁴³ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 46.

V.2.4.9.- CADUCIDAD.

El desarrollo de la introducción de la caducidad, parte de las leyes de Julia de Maritandis Ordinibus y Julia el Papia Poppaea votadas en Roma en la época de Augusto y conocidas también como leyes caducarias, -inspiradas en el propósito de aumentar la población y sanear las costumbres- las cuales imponían la pérdida del derecho a heredar a los célibes, a menos que contrajeran matrimonio dentro de cierto plazo, y a los casados sin hijos –orbi- que no procrearan descendencia en un término dado, y favorecían con las porciones hereditarias, caducas a los coherederos o legatarios que si tenían descendencia (*patres*) o en su defecto al fisco (*aerarium*). De lo que concluye que la caducidad fue, en su prístina expresión, "una sanción condicionada por no realizar voluntaria y conscientemente un determinado hecho positivo", "sanción que impedía el nacimiento de un derecho" y que, no obstante haber evolucionado y alcanzado desarrollo en otras materias, ha conservado "la sentencia que se desprende de las leyes caducaria".³⁴⁴

La característica que la distingue de figuras a fines es la pérdida de un derecho porque no se efectúa una conducta exigida dentro de cierto plazo.

Sin haber alcanzado tal precisión, algunos autores italianos y franceses destacan que el llamado "plazo prefijado", "plazo perentorio" o "plazo de rigor – como suelen denominar a la caducidad- es "el plazo que concede la ley... para realizar un acto determinado" (Josserand); que es "para compeler a cumplir rápidamente un acto determinado" (Mazeaud); que es la extinción del derecho "por el transcurso inútil del término" (Ruggiero) y que "el objeto de la caducidad es preestablecer el tiempo en que un derecho puede ejercitarse útilmente (Coviello).

Concepto. La palabra caducidad proviene del verbo latino *cadere* que significa caer, y la institución consiste, hasta la fecha, en la decadencia o pérdida de un derecho – nacido o en gestación- porque el titular del mismo ha dejado de observar, dentro de

³⁴⁴ BEJARANO SANCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Editorial Harla, México, 1993, pág.86.

determinado plazo, la conducta que la norma jurídica imponía como necesaria para preservarlo. La anterior definición implica que la caducidad:

Puede afectar derechos ya nacidos o expectativas de derecho.

Puede extinguir derechos sustantivos o adjetivos.

Puede provenir de un hecho no realizado o de una abstención no observada en el plazo.

Puede ser de origen legal, judicial y convencional.

Realizando un examen de los elementos conceptuales podemos afirmar:

Primero. Es la pérdida de un derecho nacido o en gestación. La caducidad, según lo antes dicho, es una causa extintiva de derechos, pues al ocurrir termina fatalmente con las facultades jurídicas y, en su caso, con las obligaciones correlativas; pues de la misma manera que suprime derechos reales (como el usufructo, artículo 1010 del Código Civil), acaba con los personales o de crédito, o con derechos y acciones familiares (por ejemplo, la caducidad de la acción de nulidad del matrimonio artículo 239 del Código Civil). Asimismo, ataca tanto a derechos ya nacidos como a expectativas de derecho, las cuales desaparecen en estado de gestación sin llegar a nacer (por ejemplo, la caducidad de la acción cambiaria de regreso, artículo 160 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Segundo. Suprime derechos sustantivos o procesales. Tanto los derechos sustanciales como los adjetivos pueden desaparecer por caducidad, de ahí que en la doctrina moderna se conozcan ambos casos. Un caso típico de caducidad procesal lo es la llamada preclusión que es "la pérdida o extinción de una facultad procesal por haber subvenido el límite temporal previsto por el legislador y que condicionaba el ejercicio válido de esa facultad, cerrando esa parte del juicio"³⁴⁵ o la caducidad del proceso (artículo 373 Código Federal de Procedimientos Civiles; 137 bis y 679 del

³⁴⁵ *Op. Cit.* DE PINA, Rafael, pág.288.

Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y 74 fracción V de la Ley de Amparo).

Tercero. El titular del derecho o de la expectativa de derecho ha omitido realizar, dentro del plazo predeterminado, una conducta. Este es un elemento característico de la caducidad que la aproxima a la prescripción y que, a la vez, ha dado origen a la confusión de ambas figuras jurídicas y a la incertidumbre que hasta la fecha priva en la doctrina y en la legislación, al punto que el Código Civil no la discrimina con propiedad. La conducta que debe ser realizada en el plazo, puede ser positiva o negativa, ya que el comportamiento exigido al titular para eliminar la amenaza de caducidad podría ser una abstención u omisión, sobre todo en la caducidad convencional.

Cuarto. La conducta que dentro del plazo debe realizar el titular del derecho —el acto o en potencia— ha sido fijada en una norma jurídica, la cual puede ser general —una disposición legal— o particular —como una cláusula contractual o de cualquier otro acto jurídico; testamento, declaración unilateral de voluntad, originada en la voluntad de los particulares. A ella cabría agregar la judicial, cuando provenga de una resolución jurisdiccional firme.

-LA CADUCIDAD DEL TESTAMENTO.

"*De caductus*" igual a decrépito, anciano, percedero. Es la invalidación de un testamento que fue válido, por circunstancias o hechos posteriores a su otorgamiento, ajenos a la voluntad expresa del testador.³⁴⁶

Rojina Villegas nos señala que la caducidad no es un vicio del testamento, sino que supone su validez por haberse otorgado cumpliendo todos los requisitos, tanto de existencia como de validez. A pesar de que el acto jurídico es perfecto, existe una

³⁴⁶ *Op. Cit.*, ARCE Y CERVANTES, José, pág. 267.

imposibilidad de que surta efectos por un hecho ajeno al testador y generalmente posterior a su muerte.³⁴⁷

En concreto caduca un testamento cuando, siendo perfectamente válido, pierde su eficacia por causas extrañas a la voluntad del testador.

Muchas veces se produce la caducidad por la propia naturaleza de las disposiciones testamentarias; otras veces por causas ajenas a ellas; en ocasiones por un acto voluntario de los herederos, a veces sin que intervenga la voluntad de éstos.

Caduca el testamento totalmente:

El privado, si el testador no fallece de la enfermedad o el peligro en el que se hallaba o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizo (artículo 1571 del Código Civil).

El marítimo, si el testador no fallece en el mar o dentro del mes de desembarque donde no pudo ratificarlo u otorgar otro nuevo (artículo 1591 del Código Civil).

El militar, se aplica la regla de los marítimos, lo anterior con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1582 del Código Civil.

La razón de estas caducidades es que en tales casos, para suplir una urgencia, la ley reduce las solemnidades protectoras de la voluntad a un mínimo de requisitos para favorecer la expresión de la voluntad testamentaria. Si el testador no muestra

-CAUSAS QUE ORIGINAN LA CADUCIDAD:

1. Cuando el heredero o el legatario muere antes que el testador; se trata de un hecho ajeno al testador, pero anterior a su muerte.

³⁴⁷ *Op. Cit.*, ROJINA VILLEGAS, Rafael, pág. 409.

2. Cuando el heredero o legatario muere después del testador, pero antes de que se cumpla la condición suspensiva. Como ésta impide el nacimiento del derecho, es necesario que se cumpla viviendo el heredero o legatario; si mueren antes de que se realice, caduca la disposición testamentaria en lo referente al heredero y, en tal virtud, no se puede ya transmitir esos bienes a sus herederos sino que se considera que no hubo disposición testamentaria eficaz y debe abrirse la sucesión legítima.

La transmisión hereditaria opera en el momento mismo de la muerte del autor de la sucesión, siendo lisa y llana; pero cuando se le subordina a una condición, en tanto no se cumpla, no se ha adquirido el derecho. Si el heredero o legatario muere antes de que se realice la condición, la disposición testamentaria caduca y, por consiguiente, no puede transmitir esos bienes a sus herederos a pesar de que mueran con posterioridad al testador. Para evitar la caducidad, el testador puede hacer sustituciones, es decir, puede nombrar un heredero sustituto.

3. Cuando el heredero se hace incapaz de heredar. En estos casos caduca la disposición y se abre la sucesión legítima para los bienes objeto de la disposición que ha caducado.
4. Cuando la renuncia la lleve a cabo el heredero o el legatario. Aunque la transmisión de los bienes opera de pleno derecho por la muerte del testador y en el momento mismo de su muerte, se exige una aceptación tácita o expresa del heredero o legatario de acuerdo a lo establecido por los artículos 1353 del Código Civil que señala: "Pueden aceptar o repudiar la herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes"³⁴⁸ y en el artículo 1656 de mismo Código que señala: "La aceptación puede ser expresa o tácita. Es expresa la aceptación si el heredero acepta con palabras terminantes, y tácita, si ejecuta algunos hechos de que se deduzca necesariamente la intención de aceptar, o aquellos que no podría ejecutar sino con su calidad de heredero"³⁴⁹, esto sucede ya que nadie puede ser heredero o legatario contra su voluntad. Si se manifiesta la aceptación tácita o expresa, produce efectos retroactivos y la transmisión de la herencia opera desde

³⁴⁸ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 174.

³⁴⁹ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 174.

la muerte del testador, pero si se renuncia expresamente la herencia, caduca la disposición testamentaria y en este caso debe también abrirse la sucesión legítima (sólo por lo que se refiere a la parte del heredero, no del legatario), a no ser que se haya nombrado un sustituto, que precisamente tiene por objeto evitar la apertura de la sucesión legítima.

5. El incumplimiento de la condición suspensiva respecto de herederos y legatarios. El testador puede imponer condiciones suspensivas o resolutorias para los legados y si no se cumple la condición, el legatario no llega a adquirir la cosa, librándose el responsable del legado. Si se trata de un heredero, entonces se abrirá la sucesión legítima por la parte que caducó.³⁵⁰

Causas complementadas con lo dispuesto en el artículo 1497 del Código Civil que señala lo siguiente: "Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios:

- I. Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado;
- II. Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado;
- III. Si renuncia a su derecho."³⁵¹

V.2.4.10.-INOFICIOSIDAD EN LOS TESTAMENTOS.

Se llama testamento inoficioso el que es contrario a los deberes de piedad entre parientes *in officium*; tal es la definición que de él nos da Paulo en sus sentencias: *Inofficiosum dicitur testamentum quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum*, es decir, aquel en que el testador ha desheredado u omitido sin motivo legítimo a hijos o parientes que la piedad y el afecto natural ordenaban llamar a su herencia. El uso introdujo el derecho de impugnar semejantes testamentos y hacer que se declarase su nulidad. El origen de este derecho no se determina de una manera precisa, pero asciende a los tiempos de la República, hacia los siglos V o VI de Roma; de él se hace mención en una de las arengas de Cicerón contra Verres. Ante

³⁵⁰ Op. Cit., ROJINA VILLEGAS Rafael, pág. 387 y 388.

³⁵¹ Op. Cit., Código Civil, pág. 158.

los centunviro se presentaba la acción contra el testamento inoficioso, lo mismo que todas las demás acciones en solicitud de herencia. Estos magistrados, si hallaban el testamento contrario a la piedad de familia (*inofficiosum*), declaraban su nulidad; la herencia testamentaria, con todas las disposiciones contenidas en el testamento, caía por tierra, y se daba lugar a la herencia *ab intestato* en beneficio de los que eran llamados por la ley.

Más si el testador hubiese tenido justos motivos para desheredar u omitir al que se quejaba, el testamento no sería inoficioso ni se declararían la nulidad. Los motivos no se hallan fijados legislativamente, y quedaban en cada causa a la apreciación del juez: el testador no tenía ninguna obligación de expresarlos en su testamento. Tal era todavía el derecho según las Institutas.³⁵²

El maestro Magallón³⁵³ señala que el mismo Petit especifica las diferencias que distinguían la querrela de inoficiosidad, de la acción de petición de herencia ordinaria, cuyos caracteres especiales eran:

“1. El demandante no debe limitarse a establecer su cualidad de heredero legítimo para llegar a la sucesión, es necesario, además, que pruebe que el testamento es inoficioso.

“2. Se aproxima a la *actio injuriarum*, en que tiene por base el sentimiento de una injuria hecha por el testador a un pariente, no dejándole la parte que tenía derecho a esperar; de esto proceden las expresiones querrela, y *accusatio*, por las cuales se designa con frecuencia esta acción”.³⁵⁴

Si bien el artículo 1283 del Código Civil, dice que el testador puede disponer de todo o de parte de sus bienes, y que la parte de que no disponga, quedará regida por los supuestos de la sucesión legítima; este principio del legislador no fue establecido de

³⁵² BEJARANO SANCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Editorial Harla, México, 1993, pág.102.

³⁵³ *Op. Cit.*, MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, pág. 106.

³⁵⁴ *Ibidem*, pág. 107.

una manera absoluta, es decir, no se ha concedido al testador el derecho de que pueda disponer de sus bienes como quiera, por lo que no basta para la transmisión hereditaria que el testamento llene todos los requisitos esenciales y de validez, sino que el testador tenga la capacidad para transmitir sus bienes y que el heredero o legatario sean capaces para recibir la herencia, en virtud de que a pesar de observarse todos esos requisitos, puede declararse un testamento inoficioso, cuando se priva de alimentos a las personas que por ley tienen ese derecho a recibirlos.

El preterido tiene solamente, en este caso, derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1375 del Código Civil. No obstante esto, el hijo póstumo tendrá derecho a recibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiera testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa.

La inoficiosidad del testamento supone la ineficiencia de aquella parte de la disposición de última voluntad que produzca la preterición, o bien la omisión del testador relativa a la obligación de dejar en su testamento alimentos a las personas que tienen derecho a ellos, por lo que se puede considerar como un caso de ineficiencia parcial.

Tienen derecho a recibir alimentos de acuerdo a lo señalado en el artículo 1368 del Código Civil:

- I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;
- II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad; cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;
- III. Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;
- IV. A los ascendientes;

V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 2 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato que no tengan impedimentos para contraer matrimonio y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;

VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.”³⁵⁵

Se entiende que los colaterales perciban alimentos a falta de parientes más próximos, y que no hay obligación de dejar alimentos, sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado.

Cuando el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a todos los acreedores alimentarios, (artículo 1373 del Código Civil) se ministran a prorrata en la siguiente forma:

- I. Descendientes y cónyuge supérstite.
- II. Ascendientes.
- III. Hermanos y concubina.
- IV. A los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Se entiende naturalmente, que los colaterales perciban alimentos a falta de los parientes más próximos, y que no hay obligación de dejar alimentos, sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos (artículo 1369 Código Civil).

³⁵⁵ *Op. Cit.*, Código Civil, pág. 147.

El testamento para que no sea inoficioso debe asegurar una pensión alimenticia en relación a las posibilidades económicas del testador y a las necesidades del acreedor alimentista, aplicando la regla general para determinar la cuantía de los alimentos. Cuando éste tenga bienes suficientes, no existe esa obligación (artículo 1370 del Código Civil), pero si los tiene y su producto no iguala a la pensión que debería corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falta para completar.

Asimismo, el legislador mexicano no quiso dejar el arbitrio exclusivo del testador, la fijación del monto de la pensión alimenticia y por ello el artículo 1372 del Código Civil, se dice que la pensión alimenticia por ningún motivo excederá de los productos de la porción que, en caso de la sucesión intestada, correspondería al que tenga derecho a dicha pensión, ni bajará de la mitad de dichos productos, y que si el testador hubiere fijado la pensión alimenticia, subsistirá su designación, cualquiera que sea, siempre que no baje del mínimo antes establecido.

El efecto único que origina el carácter inoficioso del testamento, no es revocar las disposiciones testamentarias en general, sino permitir que se asegure al acreedor alimentista la pensión a que tenga derecho una vez que se ha asegurado esta pensión, persiste en todas sus partes el testamento (artículo 1375 del Código Civil); salvo en el caso de que se tratase de hijos póstumos, ya que este tendrá derecho a percibir integra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto otra cosa (artículo 1376 del Código Civil).

La pensión en estos casos queda a cargo de la masa hereditaria (artículo 1376 del Código Civil); es decir, debe ser sufrida a prorrata por todos los herederos, excepto cuando el testador haya gravado con ella a alguno o algunos de los partícipes de la sucesión.

De lo anterior, se concluye que hay cierta diferencia entre los alimentos que se deben por razón de sucesión, y los que se deben sólo por causa de parentesco, pues

unos y otros se fijan con criterios distintos, y por ello es que los alimentos por razón de sucesión, son exigibles desde la fecha de la muerte del autor de la herencia, toda vez que los mismos tuvieron que dejarse por virtud del testamento, que al incurrir en tal omisión, resulta inoficioso.

CONCLUSIONES.

El testamento es un acto jurídico que tiene elementos que lo fortalecen, como figura transmisora de derechos y obligaciones del *de cuius* a su muerte, resultado del devenir histórico que ha afianzado su importancia en nuestro sistema jurídico, además de que se han incorporado a él, elementos o figuras que incrementan su fuerza, pero también algunas otras que por tratar de hacer más expedito el otorgamiento de disposiciones para después de la muerte, se han eliminado formalismos para su otorgamiento, disminuyendo con ello la seguridad jurídica en su otorgamiento y ejecución las cuales se que se pueden considerar debilidades del mismo.

1.

El testamento como parte fundamental de nuestro sistema jurídico es resultado de la naturaleza misma del hombre, el cual siempre busca trascender ya sea a través de sus descendientes, de sus ideas o de su patrimonio, como podemos observar su paso en la historia, desde el derecho romano que en sus distintas etapas, contempló y legisló en materia de testamento como factor de trascendencia y seguridad jurídica, creando modalidades para épocas de paz y de guerra de acuerdo a las necesidades establecidas para ese tiempo. Esta idea pragmática del testamento lo vemos en su desarrollo en las distintas sociedades, incluido el devenir histórico de México.

2.

El testamento desde el punto de vista histórico-jurídico ha sido el punto de partida para el establecimiento de figuras afines a él, que sin representarlo como tal, sí coadyuvan a la finalidad del mismo, como lo son:

-La *Donatio Mortis Causae* del derecho Romano.

-La estipulación a favor de tercero, que es una figura completamente distinta al testamento ya que la primera es un contrato y el segundo un acto unilateral.

-El contrato de seguro de vida a favor de tercero beneficiario.

-El beneficiario designado en los contratos instrumentados por el INFONAVIT.

-Testamento Agrario

-La renta vitalicia.

-El beneficiario de las cuentas bancarias y bursátiles.

3.

Nuestro país atraviesa por una crisis de confianza que afecta a la sociedad en su conjunto, que afecta a instituciones, a los sistemas gubernamental, de impartición de justicia, al jurídico, pero al testamento más que afectarlo lo ha reafirmado como una institución jurídica sólida que da certidumbre al autor del mismo, de que su voluntad será respetada al momento de su muerte, a logrado consolidarse y superar esta etapa.

La institución jurídica del testamento da una situación jurídica de seguridad y credibilidad, resultado de la fortaleza que le otorga una legislación producto del devenir histórico del derecho, además de que se sustenta en instituciones como el Notariado, el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, del Archivo General de Notarias y del nuevo Registro Testamentario Nacional, por lo que dentro de la crisis de credibilidad, el testamento da certeza al hacedor del mismo, que su voluntad será respetada como su última única y legítima voluntad, situación que se debe cuidar para que su verdadero fin no se desvirtúe o se vea afectado.

4.

La ley determina la obligación a los Jueces o Notarios de solicitar informes del testamento en razón del último domicilio del *de cuius*, o del lugar donde otorgó el testamento que se presenta en la sucesión ó del lugar a donde tiene la mayor cantidad de sus bienes. Esta situación generaba incertidumbre jurídica, toda vez que al momento de iniciarse una sucesión no se tiene la plena certeza de que exista o no alguna otra disposición testamentaria y en caso de existir, que el testamento conocido sea en realidad el último otorgado.

Para tratar de resolver esta situación se creó el Registro Testamentario Nacional dotado de facultades expresas para compilar y sistematizar la información jurídica

nacional. Es un archivo nacional de avisos testamentarios, que crea mantiene y actualiza una base de datos en donde almacena y concentra la información de todos los avisos de testamento que sean otorgados ante todos los notarios o bien depositados ante todas las autoridades correspondientes de los Estados de la República. En el Distrito Federal los notarios dan los avisos al Archivo General de Notarías, el cual a su vez los da a conocer a la Secretaría de Gobernación para alimentar la base de datos del Registro Nacional de Testamentos.

Los jueces y notarios continúan solicitando de manera habitual los informes de testamento ante el Archivo General de Notarías, el cual incluye además del propio el del Registro Nacional de Testamentos, que incluye la información obtenida de todas las entidades federativas por conducto del órgano administrativo que corresponde.

Existe la probabilidad de aprovechar la infraestructura y organización del Registro Nacional de Testamento ya no sólo para obtener la certeza jurídica que brindaran los reportes de los avisos de testamento, sino para ir más allá y utilizarla para facilitar los procesos sucesorios en todo el país y la posibilidad de considerar también una sección para el acopio de los avisos notariales en materia sucesoria, creándose en ese caso el Registro Nacional de Avisos Notariales

El Registro Nacional de Testamentos viene a garantizar aún más la certeza y seguridad jurídica que la institución jurídica del testamento ha dado al hombre y la sociedad en su devenir histórico.

5.

Reclamamos nuestra opinión de exigir la presencia de testigos en el otorgamiento del testamento público abierto, en virtud de que no obstante que debe hacerse ante la notario público, cuya probidad, competencia y buena fe se presume y cuya función es dar seguridad jurídica pues esta investido de fe pública, no se debe olvidar que la operatividad del testamento se da una vez que su autor ha fallecido, y que en ocasiones éste se puede impugnar por muy diversos motivos, por lo que los testigos

dan una mayor seguridad y también sirven de medio de prueba de que se trata de la última voluntad del testador, lo que jamás esta de más, razón por la cual históricamente siempre se ha considerado la figura del testigo, para dar una mayor seguridad jurídica.

La ley al eliminar la intervención de los testigos en el testamento, suple dicha supresión, al establecer que podrá otorgarse el testamento público abierto con la intervención de testigos, si el notario o el testador así lo solicitan.

6.

La forma en el la elaboración de testamento es un elemento esencial en su formulación debido a que la falta de esta hace que carezca validez, en los testamentos especiales el peligro de no cumplir con la forma establecida para cada uno de ellos es mayor que en los ordinarios.

Derivado de la falta de seguridad jurídica que otorgan los testamentos especiales Muchas de las condiciones que originaron la existencia de los testamentos especiales, resultan en la actualidad obsoletas debido a los avances tecnológicos, de comunicación y al desarrollo de la humanidad, consideramos conveniente la revisión por los estudiosos del derecho y nuestros legisladores de su existencia; a fin de si resultado de ese estudio conviniera, como lo vislumbramos en este trabajo, se propusiera su eliminación de nuestra legislación, previendo por supuesto el impulso de la cultura de la elaboración de un testamento público abierto en la población en general.

7.

El testamento público simplificado es una figura que obedece a fines de carácter social y no jurídico. La irregularidad de la tenencia de la tierra motivó a que el legislador introdujera esta figura en el Código Civil para que esta figura facilitara el otorgamiento de disposiciones testamentarias, a su vez acercara a las personas de

bajos recursos a la figura del testamento y disminuyera el número de intestados que existen en este medio social.

Al testamento público simplificado lo ubicaron en un régimen de excepción dadas sus características, pues no se contempla la unipersonalidad del testamento, la unidad de la herencia y la vocación universal del testamento.

Es importante señalar que este testamento se creó para solucionar de manera más eficaz los problemas de la tenencia de la tierra, pero en nuestro concepto debe ser replanteada esta figura debido a que presenta a un gran número de defectos que pueden propiciar mayores problemas de los que pueda solucionar.

Dentro de los defectos que presenta esta figura es de mencionarse los siguientes:

Primero. Poder dispositivo limitado, lo que se puede originar situaciones aisladas que contradicen los principios de unidad de la herencia y la vocación universal del testamento.

Segunda. Ausencia de un albacea que pueda administrar los bienes del *de cuius* hasta en tanto no se adjudiquen los legatarios.

Tercera. La creación de un representante especial para el caso exclusivo de legatarios incapaces que no se encuentren sujetos a patria potestad o tutela, cuya finalidad es la de concluir a la firma del instrumento notarial correspondiente por parte del incapaz y en consecuencia, esta figura tiene un objeto limitado y poco práctico para el caso de presentarse cualquier problema con la sucesión.

Cuarta. Va en contra del principio de unipersonalidad, y por tanto en contra de la figura del testamento como tal.

Quinta. Sólo toma acreedores alimentarios, por lo que produce una gran inseguridad jurídica para los demás acreedores que hubiere tenido el finado.

Sexta. Su regulación presenta grandes lagunas, con lo cual se presenta tanto para el testador como para sus legatarios una gran inseguridad jurídica.

Séptima. Como se puede apreciar esta figura introducida al Código Civil más que dar soluciones al problema de la tenencia de la tierra, produjo mayores inconvenientes y cuestionamientos gracias a su mala regulación y a la falta de contemplación de principios básicos en materia sucesoria.

8.

El testamento como acto jurídico, tiene que ser otorgado con todos los elementos de forma y solemnidad prescritas por la ley, para que no pueda verse afectado de algún tipo de nulidad, considerando que el testamento por su característica *mortis causa* no puede ser convalidado por su autor, se vería afectado de una nulidad absoluta o de inexistencia dicho acto, el cual no tendría efecto legal alguno, siendo necesario en tal caso remitirse a la sucesión legítima.

El testamento es revocable hasta el último instante de la vida de su autor, debe ser otorgado con plena capacidad y conocimiento de los efectos jurídicos que se transmiten.

Considero que el más eficaz de los testamentos que contempla nuestra legislación es el testamento público abierto.

9.

La concepción de inexistencia recogida por el artículo 2224 del Código Civil del Distrito Federal corresponde a la concepción tradicional de la nulidad referente únicamente a los casos en que falte el consentimiento o el objeto que pueda ser materia de él, pues dentro de la nulidad quedan comprendidos también los actos

jurídicos que carezcan de las formas solemnes o los requisitos esenciales para su validez, quedando reservados a la nulidad relativa la falta de forma cuando no se trate de actos solemnes, los vicios del consentimiento y la incapacidad, casos no aplicables al testamento. Por lo tanto, la diferencia así establecida entre la inexistencia y la nulidad absoluta carece de una finalidad útil, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, porque no aporta elemento alguno al concepto de nulidad absoluta; por el contrario establece una confusión innecesaria, que si bien se trata de una confusión histórica, que puede ser corregida por el legislador al asentarlo de manera clara en el Código Civil, mientras esto sucede queda subsanada con la tesis jurisprudencial referida en el capítulo correspondiente que en síntesis establece como un sinónimo, sosteniendo que se debe considerar como una misma cosa inexistencia y nulidad y que las diferencias que se den entre ambas son meramente teóricas

10.

Si bien el artículo 1859 del Código Civil, en el cual algunos se fundan para defender la nulidad relativa del testamento, se señala que "...otros actos jurídicos en los que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos" no se debe olvidar que el testamento, por su propia naturaleza es un acto jurídico especial, en el cual una persona realiza una disposición sobre su última voluntad. También debemos tomar en cuenta las características de la nulidad absoluta y la nulidad relativa de los actos jurídicos en general y podemos afirmar que en los testamentos todas las nulidades son absolutas, pues de ellas puede prevalecer todo interesado y no puede desaparecer por la confirmación o la prescripción. Esto sucede porque el testamento viciado de nulidad sólo puede ser revalidado por el propio testador con las mismas formalidades que establece la ley para otorgar uno nuevo. La ley contempla las nulidades relativas respecto de los actos jurídicos bilaterales o de los unilaterales, cuyos efectos han sido aceptados, porque se trata de de actos ejecutados por las partes con el propósito de que surtan sus efectos jurídicos entre sí, siempre con la posibilidad de que las mismas partes corrijan o convaliden los vicios que puedan ser convalidados. En cambio en los

testamentos, el testador no queda obligado en forma alguna por la declaración de su voluntad, porque puede modificarla las veces que quiera hasta antes de morir y porque sólo produce efectos a partir del momento mismo de la muerte.

11.

En cuanto a la revocación, esta es parte fundamental del derecho de testar. El que una persona pueda cambiar su testamento hasta el último momento de su vida es la facultad primordial, tomando en cuenta que se trata de su última voluntad, la ley establece que el testamento puede ser revocable y de esta forma protege el derecho personalísimo de disponer de los bienes en la forma que mejor le parezca al momento de su muerte; con la única salvedad del reconocimiento de hijos hecho en un testamento anterior, el cual queda firme aún revocado el mismo.

12.

La caducidad de un testamento, entendida esta como la pérdida de la eficiencia del mismo aún siendo completamente válido, por causas extrañas a la voluntad del testador. No representa un vicio del testamento, sino que supone su validez por haberse otorgado cumpliendo los requisitos tanto de existencia como de validez. A pesar de que el acto jurídico es perfecto, existe una imposibilidad de que surta sus efectos por hecho ajeno al testador y generalmente posterior a su muerte.

13.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal en su artículo 169 y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 815-bis establecen la posibilidad de tramitar ante notario público una sucesión intestamentaria, si el último domicilio del autor de la sucesión fue el Distrito Federal, o si se encuentran ubicados en la entidad la mayor parte en número o la totalidad de los bienes, una vez que se hubieren obtenido del archivo judicial y del Archivo las constancias de no tener estos depositado testamento o informe de que se haya otorgado alguno, y previa acreditación de los herederos de su entroncamiento con el autor de la sucesión mediante las partidas del Registro Civil correspondientes. Con esta disposición se le esta otorgando facultades jurisdiccionales al notario público, lo que representa

desvirtuar la función jurisdiccional y atenta contra la división de poderes que conforma el Estado Mexicano.

14.

El resolver extrajudicialmente una sucesión a través del Notario Público beneficia primordialmente a las personas que cuenten con los recursos suficientes para hacerlo, en detrimento de quienes por razones económicas estén imposibilitados para realizarlo de esta forma.

Con este procedimiento además se está dejando en estado de indefensión a todos los posibles herederos, ya que el Notario Público carece de facultad para ordenar la publicación de edictos en caso de los parientes colaterales incluso para ordenar citar a las personas que en su caso se señaladas por alguno de los interesados como posibles herederos. Cabe hacer notar que el autor o autora de la herencia pueden haber tenido hijos nacidos fuera de matrimonio, o bien hijos nacidos de un matrimonio anterior o posterior a los que acudan a reclamar la herencia ante Notario Público, esto aun cuando exista la acción de petición de herencia.

El Notario Público no puede integrar la sección primera del juicio sucesorio intestamentario, pues se repite carece de facultades para ello, no obstante que la Ley del Notariado así lo señale.

Por lo que se refiere a la audiencia a que se refiere el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles, que señala que los herederos ab-intestato que sean descendientes del finado, podrán obtener la declaración de su derecho justificando con los correspondientes documentos o con la prueba que sea legalmente posible su parentesco con el mismo y con información testimonial que acredite que ellos o quienes designen son los únicos herederos, cabe hacer notar que el Notario Público no tendría la posibilidad de saber si los testigos son los idóneos, ni tampoco podría celebrar una audiencia puesto que no está facultado para ello, sino que sólo tendría

que realizarse un acto ante el Notario Público similar a la audiencia a que se ha hecho mención, sin fundamento legal alguno.

La declaración de derechos hereditarios y la adjudicación de dichos bienes, la haría el Notario Público sin tener la certeza de los verdaderos o únicos herederos, con el peligro de que con la adjudicación de los bienes hereditarios, posteriormente cuando aparecieran más herederos o herederos con mejor derecho que los declarados por el Notario, ya hubiesen dispuesto de los bienes que les fueron indebidamente adjudicados, con la problemática de poder recuperar estos bienes.

BIBLIOGRAFÍA

OBRA CONSULTADA.

ACOLLAS, Èmile, Manuel de Droit Civi, Commentaire Philosophique et Critique du Code Napoleón, Tome Douxièm, Paris – Germen Baillièrè, Libraire Relthus, 1874.

AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, *Derecho Civil*, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1980.

ARAUJO VALDIVIA, Luís, *Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones*, Segunda Edición, Editorial Cajica, México, 1972.

ARCE CERVANTES, José, *De las Sucesiones*, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 1992.

ASPRON PELAYO, José Manuel, *Sucesiones*, Primera Edición, Editorial Mc Graw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V., México, 1996.

BAÑUELOS, Froylán. *Derecho Notarial, Interpretación, Práctica y Jurisprudencia*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1977.

BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán, *Interpretación de los Contratos y Testamentos*, Editorial Orlando Cárdenas, Guanajuato, México, 1985.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard Y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 1994.

BEJARANO SANCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Editorial Harla, México, 1993.

BENEYTO PEREZ, Juan, *Instituciones de Derecho Histórico Español*, Volumen II, Barcelona, 1930.

BIONDO, Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, Milano Dott, A. Giuffrè Editore, 1943-XXI.

BONNECASE, Julián, *Elementos del Derecho Civil, regímenes matrimoniales y derecho de las sucesiones*, Tomo III y último, Volumen XV, Cárdenas Editor y distribuidor, México, 1930.

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1970.

BRAVO VALDES, Beatriz, *Segundo Curso de Derecho Romano*, Tercera edición, Pax, México, 1989.

C. FASSI, Santiago, *Tratado de los Testamentos*, Volumen I, Editorial Astrea de Rodolfo Desalma y Hnos, Buenos Aires, 1970.

CARRAL Y DE TERESA, Luís, *Derecho Notarial y Derecho Registral*, Tercera Edición, Ed. Porrúa, 1976.

CASTRO ZAVALA, Salvador y MUÑOZ, Luís, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1984.

CICU, Antonio, *El Testamento*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo III. Derecho de Sucesiones, Madrid, 1932.

D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 5ª edición, Pamplona, 1983.

DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, 7ª edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1994.

DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Volumen II, Editorial Porrúa, México, 1992.

DEHESA DAVILA, Gerardo, *Etimología Jurídica*, Poder Judicial de la Federación, México, 2001.

EMERITO GONZALEZ, Carlos, *Derecho Notarial*, Editorial Porrúa, México, 2000.

FERRIER, Claudio José, *Paratitla o Exposición Compendiosa de los Títulos del Digesto*, Tomo I, México, 1853.

FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, Quinta edición, Editorial Esfinge, México, 1974.

FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, Textos Universitarios UNAM, México, 1971.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.

GARCIA GOYENA Florencio, *Concordancia Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Tomo II, Libro Tercero, Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, México, 1878.

GIMENEZ ARNAU Enrique, *Derecho Notarial*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1976.

GIMENEZ ARNAU Enrique, *Introducción al Derecho Notarial*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

GONZALEZ PALOMINO José, *Instituciones de Derecho Notarial*, Tomo Primero, Ed. Reus, Madrid, 1948.

GUTIERREZ PEREZ, Ricardo, *La Necesidad de dar una Nueva Regulación al Testamento en el Código Civil para el Distrito Federal*, Escuela Libre de Derecho, México, 1996.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, S.A., Séptima edición, México, 2003.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio Intervivos y Mortis Causa*, Editorial Porrúa, S.A., Primera edición, México, 1995.

GUZMAN NUÑEZ, Felipe, *Los Testigos en el Testamento Público Abierto*, Revista de Derecho Notarial, Sept. De 1973, Año XVII, No. 52.

IBARROLA Antonio De, *Cosas y Sucesiones*, 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

IGLESIAS Juan, *Derecho Romano – Historia de las Instituciones*, Editorial Ariel, 10ª edición, Barcelona, 1992.

JUSTINIANO, *El Digesto*, Tomo III, Libros 20 al 36, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972.

LEMUS GARCIA, Raúl, *Derecho Romano-Historia de las Instituciones*, Editorial Limusa, Cuarta Edición, México, 1979.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo V, Derecho Sucesorio, Editorial Porrúa, México, 1990.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, Séptima Edición, Editorial Reus, Madrid, 1972.

MATEOS ALARCON, Manuel, *Código Civil del Distrito Federal*, (1884)

MAZEAUD, Henri y LEON MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte IV, Vol. II, Buenos Aires, 1965.

MUÑOZ, Luís, *Comentarios al Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales*, Volumen I, Ediciones Lex, 1928.

NAVARRO CHAVARRIA, Guillermo Mauricio, *Análisis Integral para una Regularización Moderna de la Inexistencia y las Nulidades Totales. Su Aplicación en los Códigos Civiles*. División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho, UNAM.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Derecho Notarial*, Ed. Porrúa, México, 1981.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Registral*, Tercera Edición, Ed. Porrúa, México, 1992.

PETIT, Eugene, *Tratado Elemental del Derecho Romano*, Editorial Edesa, México.

PLANITZ, Hanz, *Principios de Derecho Privado Germánico*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1957.

PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V. Sucesiones, Editorial Revista de Derecho Privado.

RAMIREZ VALENZUELA, Alejandro, *Elementos de Derecho Civil*, Segunda Reimpresión, Editorial Limusa, S.A. de C.V., México, 1988.

RIOS HELLIG, Jorge, *La práctica del Derecho Notarial*, Editorial Mc Graw-Hill, México, 1995.

RODRIGUEZ ADRADOS Antonio, *Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios*, Revista de Derecho Notarial, Número 80, México, 1981, Asociación Mexicana del Notariado Mexicano, A.C., Año XXV.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil Mexicano*, Tomo IV, Editorial Porrúa, México, 2000.

RUIZ RAMON, E., *Otorgamiento del Testamento Público*, Revista de Derecho Notarial, Año XIX, Diciembre de 1975, No. 61.

RUIZ RUEDA, Luís, *El Contrato de Seguro*, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Primera edición, México, 1978.

TAU ANZOATEGUI, Víctor, *Esquema Histórico del Derecho Sucesorio*, SA Editora e Impresora, Buenos Aires.

TORRES OCHOA, Ismael, *La Fe Pública Notarial*. Tesis E.L.D., México 1969.

VAVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel, *Contratos Civiles*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1992.

JURISPRUDENCIA.

Tesis Quinta Época, Pleno, Seminario Judicial de la Federación, Tomo: XI.

Tesis Quinta Época, Instancias Tercera Sala, Seminario Judicial de la Federación. Tomo XLV.

Sexta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Seminario Judicial de la Federación. Tomo: Cuarta Parte, XCVI.

DICCIONARIO Y ENCICLOPEDIA.

DE PINA, Rafael, DE PINA VARA, Rafael, "Diccionario de Derecho", Decimoséptima Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1991.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA DE ESPAÑOLA, 21ª edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1992.

DICCIONARIO JURÍDICO 2003. Desarrollo Jurídico Profesional, Versión para Windows, Editorial Duesto, España 2004.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo XII, Bibliografía Omeba Driskill, S.A., Buenos Aires, 1987.

PALOMAR DE MIGUEL, JUAN, "Diccionario Para Juristas", Primera Edición, Editorial Mayo Ediciones, S. de R.L., México, 1981.

LEGISLACION.

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL 1888, Editorial Tecnos, 15ª edición, Madrid, 2001.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DISTRITO FEDERAL, publicado en Diario Oficial 26 de mayo de 1928, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, www.asambleadf.gob.mx, México, última reforma aplicada 6 de septiembre de 2004.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, publicado en Diario Oficial 1º de septiembre de 1932, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, www.asambleadf.gob.mx, México, última reforma aplicada 13 de septiembre de 2004.

INICIATIVA DE DECRETO QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA COMÚN, PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, DE LA LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL Y DE LA LEY ORGANICA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL, sometida a consideración del H. Congreso de la Unión por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Carlos Salinas de Gortari, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/122.pdf, México, del 11 de noviembre de 1993

LEY AGRARIA, publicada el 26 de febrero de 1992, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/13.pdf, México, última reforma aplicada 26 de febrero de 1992.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO, publicada en el Diario Oficial el 13 de junio de 1932, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/145.pdf, México, última reforma aplicada 13 de junio de 2003.

LEY DEL INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES, publicada en el Diario Oficial el 24 de abril de 1972, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/86.pdf, México, última reforma aplicada 25 de mayo de 2001.

LEY DEL MERCADO DE VALORES, publicada en el Diario Oficial el 2 de enero de 1975, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/89.pdf, México, última reforma aplicada 28 de enero de 2004.

LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL, publicada en el G.O. el 28 de marzo de 2000, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, www.asambleadf.gob.mx, México, última reforma aplicada 29 de enero de 2004

LEY FEDERAL DEL TRABAJO publicada en el Diario Oficial el 1º de abril de 1970, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/125.pdf, México, última reforma aplicada 23 de enero de 1998.

LEY SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO, publicada en el Diario Oficial el 31 de agosto de 1935, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/211.pdf, México, última reforma aplicada 2 de enero de 2002.