



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO.
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL.

“ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS
TESTAMENTOS”.

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

GRACIELA UNZUETA SÁNCHEZ

ASESORA.

DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS.



CIUDAD UNIVERSITARIA.

NOVIEMBRE 2007.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIA.

A mí Universidad Nacional Autónoma de México la máxima casa de estudios, con respeto y orgullo.

A mí querida Facultad de Derecho quien me recibió como alumno y me instruyó.

*A mis admirables profesores, quienes me formaron en la carrera, por su amistad y sabios consejos
+ Patricia Villalobos, Lic. Juan Antonio Moreno de Anda y Lic. Pedro Reyes Míreles.*

*A la Dra. María Leoba Castañeda Rivas por su paciencia, comprensión, apoyo y pasos a seguir.
Gracias por haber aceptado asesorarme.*

A mis amigos de la Biblioteca "Antonio Caso" de la Facultad de Derecho.

A mis amigos de Mesa de Firmas, Clarita, José Luís y Josué.

A la secretaría Evita del Seminario de Civil, por su apoyo en todo momento.

*A Dios, por concederme el privilegio de estar aquí y la fortaleza para llegar a este acontecimiento a
pesar de las adversidades en el camino.*

*A mis padres + Celia Sánchez Ramírez y Don Francisco Unzueta Montoya, gracias por la oportunidad
que me diste de volver un sueño una realidad, por enseñarme que todo se puede hacer, con trabajo,
coraje y ganas de hacerlo, tú eres el mejor ejemplo.*

A mi hermana Celia, gracias por siempre estar, ser apoyo y cabeza de familia.

A Nancy, los sueños se pueden lograr y me enseñaste a soñar.

A +Pita, gracias.

A mi gran amigo Antonio Luna por su apoyo, paciencia y ayuda en todo momento.

A mi prima Martha Unzueta y Alfredo Dena por su gran apoyo y cariño.

A Karina, Esmeralda, Arely, Pache, Fernando y Alfredo, por su amistad incondicional.

A mis Sinodales.

La incomprensión del presente nace fatalmente de la ignorancia del pasado. Pero no es, quizás, menos vano esforzarse por comprender el pasado si no se sabe nada del presente.

Fustel de Coulanges.

Yo moriré, pero mi obra quedará.

Horacio.

ÍNDICE

PÁGINA

Introducción.

CAPÍTULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TESTAMENTO.

I. Derecho Romano	1
A) Ley de las XII tablas	4
B) Institutas de Justiniano	11
C) Digesto o Pandectas	23
D) Código o Codex de Justiniano	28
E) Novelas o Novellae	30
II. Derecho Español.....	34
A) Fuero Juzgo	35
B) Siete Partidas	38
C) Novísima Recopilación	41
III Derecho Mexicano	44
A) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.....	45
B) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.....	48
C) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal de 1928.....	50
D) Código Civil para el Distrito Federal de 2000	53

CAPÍTULO SEGUNDO.

ASPECTOS GENERALES DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA.

I. Sujetos del derecho hereditario	56
--	----

A) Testador.....	56
B) Derechos y obligaciones del heredero.....	57
C) Derechos y obligaciones del legatario.....	60
D) Derechos y obligaciones del albacea	65
E) Notario	66
F) Testigos	67
II. Supuestos del derecho hereditario	68
III. Consecuencias del derecho hereditario.....	80
IV. Objetos del derecho hereditario.....	80
V. Derechos y obligaciones transmisibles.....	81

CAPÍTULO TERCERO.

ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS CLASES DE TESTAMENTOS EN NUESTRO ACTUAL CÓDIGO CIVIL.

I. Definición de testamento.....	83
II. Características del testamento.....	85
A) Acto jurídico.....	85
B) Personalísimo.....	89
C) Revocable.....	90
D) Libre.....	92
E) Jurídico unilateral	93
F) De ultima voluntad	93
G) Realizado por persona capaz	94
H) Autónomo	94
I) Formal	95
J) Solemne	95
K) Disposición de bienes y derechos	96
L) Declaración o cumplimiento e deberes	97
III. Elementos de existencia y de validez.....	97
A) Concepto de forma	105
B) Concepto de solemnidad	109
IV Testamentos ordinarios	113

A) Testamento público abierto	113
B) Testamento público cerrado	115
C) Testamento público simplificado	117
D) Testamento ológrafo	119
V. Testamentos especiales	121
A) Testamento privado	121
B) Testamento militar	122
C) Testamento marítimo.....	123
D) Testamento hecho en país extranjero	124
VI. Inexistencia y nulidad de los testamentos.....	125

CAPÍTULO CUARTO.

NATURALEZA JURÍDICA DEL TESTAMENTO.

I. Comparación entre testamento y contrato.....	129
II. Testamento como negocio jurídico	130
III. Testamento como acto humano	131
IV. Testamento como fuente de obligación	133
V. Testamento como norma individualizada.....	136
VI. Teoría sobre la persona jurídica (Teoría de la ficción).....	138
VII. Teoría del patrimonio adscrito a un fin (Teoría de Kelsen).....	141
VIII. Problema de la naturaleza jurídica del testamento como acto formal y como acto solemne.....	142
IX. Nuestra postura.....	145
Conclusiones.....	148
Bibliografía.....	156

INTRODUCCIÓN.

Analizar la naturaleza jurídica de una figura como el testamento es una labor bastante difícil. El presente trabajo pretende esclarecer de una manera precisa, ubicando dentro del contexto del derecho en general, al acto jurídico de disposición de bienes por causa de muerte denominado testamento.

Este acto jurídico (testamento) que debería ser realizado por la mayoría de las personas ya que por medio de él se puede disponer de los bienes y dejarlos a las personas que uno quiere, no se lleva a cabo en la práctica, ello tal vez se deba al número de solemnidades necesarias para otorgarse.

La formalidad y solemnidad que implica acudir ante un Notario a fin de llevar a efecto un testamento no es para menos, es un acto muy especial en cuanto que se inicia con la muerte de quien lo otorga.

Las características tan propias como únicas del acto jurídico llamado testamento despertaron la necesidad de investigar y rastrear el origen de tan singular figura teniendo como propósito fundamental por parte de la sustentante del presente trabajo adecuar, ubicar, entender, clasificar desde su origen al acto jurídico testamentario sentando las bases sobre las cuales gira la presente investigación.

Se pretende saber, si la naturaleza jurídica del testamento es un acto formal o es un acto solemne intentando convencer al lector con argumentos jurídicos y de ser un acto solemne proponer una modificación al artículo 1295 del Código Civil del Distrito Federal donde se integre la característica de solemnidad.

Integrada por cuatro capítulos, en el primero se abordan los antecedentes históricos del testamento en el que se ubica el contexto histórico pasando por el Derecho Romano y sus grandes aportaciones como la Ley de las XII Tablas o bien del Derecho Español con su doble caudal el romano y el árabe, de todo esto se forma

nuestra actual legislación por eso en el derecho mexicano se habla de los testamentos en los antiguos códigos civiles hasta llegar al vigente.

En el capítulo segundo se habla de los aspectos generales de la sucesión testamentaria tratándose a los sujetos del mismo, los derechos y obligaciones, los objetos, supuestos y consecuencias transmisibles del acto jurídico de disposición de bienes por causa de muerte (testamento).

En el capítulo tercero, análisis de las distintas clases de testamento en nuestro actual Código Civil se analiza la definición, las características, las distintas clases de testamentos; se da un concepto de forma y solemnidad, se realiza un estudio de los elementos de existencia y de validez, así como los de inexistencia o nulidad del testamento.

Y en la parte final está el capítulo cuarto cuyo contenido versa sobre el problema de la naturaleza jurídica del testamento si es un acto formal o es un acto solemne tratando de cimentar la presente tesis distándola del contrato y estudiándolo a través de diversas teorías y de los distintos puntos tratados en los capítulos anteriores.

Justificación del problema.

Primeramente señalar las particularidades específicas, así como el marco legal dentro del cual podemos realizar un acto de disposición de bienes, requisitos, tipos, capacidad, sujetos que deben intervenir.

En segundo lugar determinar la naturaleza jurídica del testamento con precisión, ubicándola dentro del campo del derecho en general, para a partir de ello, estar en una mejor posibilidad de comprensión y apreciación para llegar a concluir si el testamento es un acto formal o es un acto solemne.

Delimitación de objetivos.

a) Objetivos generales:

- Delimitar históricamente, si el acto jurídico (testamento) en la actualidad cuenta con el mismo espíritu con el que fue creado, analizando su evolución histórica jurídica.
- Determinar el marco legal que nuestra legislación concede a los testamentos, señalando si las liberalidades testamentarias reúnen requisitos de forma o de solemnidad.
- Precisar los elementos que nuestra legislación contempla para el acto jurídico denominado testamento.

b) Objetivos específicos:

- Establecer la evolución histórica del testamento.
- Analizar las diversas y distintas formas testamentarias.
- Puntualizar el carácter que nuestra legislación civil vigente le reconoce a los testamentos y determinar si es la naturaleza jurídica del mismo un acto formal o un acto solemne.
- Proponer una modificación para el artículo 1295 del Código Civil del Distrito Federal el cual regula el acto jurídico llamado testamento ya que dicho precepto no indica que el testamento es un acto solemne sin embargo el testamento no es únicamente formal, sino que es solemne, ya que en ausencia de uno de los requisitos exigidos por la ley para cada tipo de testamento, el mismo será nulo o inexistente por lo que es una característica que no se debe olvidar y si reglamentar.

Formulación de hipótesis.

El acto jurídico de disposición de bienes llamado testamento reúne características muy especiales por eso es pertinente clasificarlo de forma adecuada, se trata de un negocio "*mortis causa*", destinado a cumplirse una vez que su autor ya no existe, lo cual lo diferencia de un contrato y lo acerca mas a ser fuente de obligaciones, de igual forma es indispensable conocer cuales son los requisitos exigidos por la ley para cada tipo de testamento, ya que la ausencia de alguno de ellos traería como consecuencia la nulidad o inexistencia del mismo.

Siendo la hipótesis de trabajo de la presente tesis

¿Cuál es la naturaleza jurídica del testamento, es un acto formal o es un acto solemne?

En el presente trabajo de investigación se utilizaran como métodos de investigación el deductivo, inductivo, histórico jurídico, analítico.

V. Identificación de variables.

a) Variables independientes:

- El acto jurídico dispositivo de bienes denominado, negocio "*mortis causa*", desde un doble punto de vista como acto formal o como acto solemne.
- El conjunto de características y elementos esenciales y de validez que deben reunirse en los diversos tipos de testamentos desde una doble perspectiva como acto formal o como acto solemne.

b) Variables dependientes:

- Como condiciones y características los elementos de existencia y de validez (solemnidad o formalidad) que deben reunirse para que el testamento nazca como tal a la vida jurídica.
- Modificar el artículo 1295 del Código Civil para el Distrito Federal si el acto jurídico testamento es un acto solemne.

Tipo de estudio.

El objeto de la presente tesis, es de contenido social, en cuanto a la ciencia del derecho pertenece a este contexto, es una investigación totalmente documental, aunque es una tesis de tipo propositivo al confrontar los datos bibliográficos aportados con lo que en la practica acontece al hacer un acto dispositivo de bienes. Tiene como finalidad reclasificar al testamento tomando como base una doble perspectiva del acto jurídico, el acto formal y el acto solemne.

VII. Investigación documental.

Se llevara acabo en diversas obras de tratadistas del derecho romano, del derecho civil en general y en materia de sucesiones en particular.

CAPÍTULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TESTAMENTO.

I. Derecho Romano.

Sin lugar a dudas iniciamos el estudio de los antecedentes históricos del testamento en el Derecho Romano dada la influencia que tuvo el mismo en un lapso mayor de doce siglos. Para Lemus García el Derecho Romano es el “conjunto de costumbres jurídicas, instituciones, principios y reglas de naturaleza legal, elaboración de los jurisperitos y magistrados, que nacieron, evolucionaron y tuvieron plena vigencia en Roma y provincias que le estuvieron sometidas desde la fundación de la ciudad romana hasta la muerte del emperador Justiniano.”¹

El vocablo “testamento procede del latín *“testamentum”*. Para Justiniano y Alfonso el Sabio, el vocablo procede de *“testatio”- “mentis”*, el testimonio de la mente.”² Del autor de la sucesión, causante o *“de cuius”* (aquel de cuya sucesión se trata). El “testamento romano puede definirse como el negocio jurídico *“mortis causa”* de derecho civil, unilateral y personalísimo, solemne y revocable, que contiene necesariamente la institución de uno o varios herederos, y en el que pueden ordenarse además otras disposiciones (legados, desheredaciones, nombramiento de tutores), para que tengan ejecución después de la muerte del testador.”³

Teniendo como características que dan al negocio su propia individualidad las siguientes:

¹ Lemus García, Raúl. Derecho Romano (Compendio) 5ª ed. Ed. Limsa. México, D. F. 1979. p. 15.

² Enciclopedia Jurídica Mexicana Instituto de Investigaciones Jurídicas. T VI. Ed. Porrúa – UNAM. México, D. F. 2002. p. 683.

³ Argüello, Luís Rodolfo. Manual de Derecho Romano (Historia e Instituciones). Ed. Astrea. Buenos Aires, República Argentina. 1998. p. 484.

- Es un acto "*mortis causa*" porque sus efectos se producen después de la muerte del otorgante, hecho este que actúa como condición, no de eficacia, sino de existencia.
- Pertenece a la clase de negocio del derecho civil, ya que sólo era accesible a los ciudadanos romanos.
- Es unilateral, solo dependía de la voluntad del disponente o testador.
- Personalísimo, solo podía hacerlo la persona que iba a realizarlo.
- Es un negocio solemne, la voluntad debía ser acompañada de formalidades especiales prescritas por la ley, debía realizarse siguiendo estrictamente las pautas previstas en la ley o el edicto del pretor.
- Es revocable, el testador hasta el último momento de vida, lo puede variar, anular o sustituir por otro.
- Debía contener la institución del heredero, ya que si faltaba esta o era nula, el testamento carecía de eficacia y por consecuencia también las demás disposiciones que el contuviera.

La figura del heredero en el testamento romano de los primeros tiempos es muy importante, tenía tal carácter y trascendencia que un testamento se volvía ineficaz y por lo tanto inválido para el caso de no instituir sucesor. Ello es así toda vez que el heredero o sucesor era un continuador de la personalidad del "*de cuius*" (muerto) y como tal adquiría íntegro el patrimonio de aquél, el cuál toma el nombre de herencia o sucesión.

El término "sucesión significa, gramaticalmente, secuela o serie, por lo cuál un elemento posterior reemplaza a otro que lo precede." ⁴

⁴ Nespral, Bernardo. El Derecho Romano en el Siglo XXI. Ediciones Jurídicas Cuyo Buenos Aires, República Argentina. 2003. p. 505.

“En el campo jurídico también existen sucesiones, por cuanto los sujetos de la relación jurídica cambian, sucediendo uno al otro, los hijos a su padre muerto.”⁵

Podemos decir que hay una sucesión cuando uno o varios derechos son transmisibles de una persona a otra u otras, extinguiéndose dicho derecho para la primera desde el momento mismo en que se realiza la transmisión.

Existen dos formas por las cuales se puede suceder: entre vivos “*inter vivos*” y por causa de muerte “*mortis causa*”.

- Sucesión “*inter vivos*”, cuando el traspaso de bienes y derechos de una persona a otra no dependen de la muerte de ninguna de ellas.
- Sucesión “*mortis causa*”, cuando se realiza la transmisión en virtud de la muerte de quien es titular.

En la más pura doctrina romana una sucesión comprende en un todo inseparable tres aspectos:

- 1) El derecho y la obligación de continuar el culto privado del difunto “*sacra privata*”.
- 2) El derecho a todo el activo del patrimonio del “*de cuius*”.
- 3) La obligación de asumir todo el pasivo del “*de cuius*”, aún cuando este supere al activo.

Son objeto de la sucesión todos los derechos y obligaciones patrimoniales que no sean personales del “*de cuius*”.

Para que hubiera sucesión por causa de muerte “*mortis causa*” debían darse cinco requisitos:

⁵ Loc. cit.

1. Muerte de una persona.
2. Capacidad activa (para tener herederos).
3. Capacidad pasiva (para ser heredero).
4. El llamamiento de la herencia.
5. La aceptación de la herencia.

“La palabra herencia reconoce varias acepciones, podemos entenderla como sucesión o como el traspaso del patrimonio por causa de muerte o situación jurídica, de los bienes después del fallecimiento o como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que forman el patrimonio de una persona muerta.”⁶

El Derecho Romano está aún en nuestros días, vigente; es actual, está vivo y esto se debe a que en nuestro Código Civil encontramos figuras como: personas, familia, matrimonio, sucesiones, etcétera.

Los antecedentes históricos y las formas de testar en el Derecho Romano variaron a través del tiempo por lo cuál iniciaremos con el estudio de la primera codificación en Roma, la Ley de las XII Tablas.

A) Ley de las XII Tablas.

Desde la fundación de Roma en el año 753 a. C. y hasta el año 454 a. C. no existía una ley escrita o un cuerpo legal que sancionara la conducta, tanto de patricios como plebeyos que fueron los más golpeados por los abusos de aquellos, cuando se presentaba un conflicto entre ambas clases, se aplicaba al caso concreto la costumbre patricia, a mediados del siglo V antes de Jesucristo dentro del clima de hostilidad que existía entre patricios y plebeyos se aprueba la Ley de las XII Tablas (*Lex Duodecim Tabularum*) la cuál vino a constituir el fundamento del derecho civil en

⁶ Murguía Serano, Alma Lorena. Derecho Romano II. Ed. Iure. México, D. F. 2003. p. 116.

el año 454 a. C., dicha codificación se elaboró con el fin de regir en forma general a todos los ciudadanos romanos, patricios y plebeyos.

Siendo Tribuno de la plebe Terentilio Arsa en el año 461 a. C.; quien propugnó junto con otros tribunos por la confección de un código escrito aplicable a toda la ciudadanía; se organizó una comisión integrada por tres patricios con rango de embajadores los cuales se trasladaron a Grecia a estudiar su legislación. Al regresar la legendaria embajada, cesaron todas las magistraturas ordinarias, nombrándose una magistratura extraordinaria, la cual interrumpió la normalidad de la vida romana, al determinar la redacción de la primera codificación del Derecho Romano, es de suma importancia esta codificación dado que antes de ella solo se contaba con compilaciones.

Dicha magistratura la constituyo el “*Decenvirato (decen - viros, diez varones)* a cargo de diez magistrados legisladores “*decemveri legibus scribundis*” debido al número de sus integrantes se le da también el nombre de Ley Decenviral.”⁷

Sin embargo esta codificación fue considerada como un trabajo incompleto por lo cuál se nombra otra comisión de decenviros, integrada legalmente por cinco patricios y cinco plebeyos, los cuales elaboran dos tablas más que complementan la labor de sus antecesores, motivo por el cuál es llamada Ley de la XII Tablas (*Lex Duodecim Tabularum*).

Los romanos tuvieron como fundamento de su meta jurídica las XII Tablas; el derecho público y el derecho privado.

La Ley de las XII Tablas codificó el derecho consuetudinario aplicado en esa época, todo lo que de ella dimanaba era calificado de legítimo, era la ley por excelencia, sus

⁷ Morineau Iduarte, Marta y Román Iglesias González. Derecho Romano. 4ª ed. Ed. Oxford. México, D. F. 2003. p.14.

disposiciones nunca fueron expresamente derogadas, estuvo vigente hasta la época de Justiniano; las XII Tablas de bronce o de madera “fueron destruidas al ser incendiada Roma por los Galos en el año 390 a. C; sin embargo, sus preceptos se transmitieron oralmente.”⁸

“La fuente principal del conocimiento se encuentra en las Instituciones de Gayo cuyo extracto fue insertado en el Digesto de Justiniano.”⁹

En la actualidad sólo se conocen fragmentos contenidos en citas de escritores latinos. En los intentos de reconstrucción de tan importante Ley, encontramos que el más antiguo se debe a “Jacobo Godofredo efectuado en el año 1616, el de Dirksen en 1824 quien publicó su Resumen de los ensayos hechos hasta hoy para la crítica y el restablecimiento del texto de los fragmentos de las XII Tablas.”¹⁰

“La reconstrucción fundamental es hoy la de Schöll, *Legis XII tabularum reliquiae*, 1866”.¹¹

De la Ley de las XII Tablas lo más relevante para esta investigación se encuentra inserto en la Tabla V en ella se establecía un derecho sucesorio, se reconocían los dos procesos que aún subsisten en nuestro sistema, el de sucesión testamentaria y el de sucesión “*ab – intestato*” ó legítima.

La institución jurídica a través de la cuál se logra la sucesión testamentaria es el testamento. El carácter esencial de este, es la institución del heredero es la razón de ser del testamento romano y las demás disposiciones que de este emanen, dependen de la aceptación del heredero las cuales quedan sin eficacia en caso de

⁸ Sáinz Gómez, José María. Derecho Romano I. Ed. Limusa. México, D. F. 1988. p. 5

⁹ Enciclopèdia Jurídica Omeba. T IX. Ed. Bibliogràfica Argentina. Buenos Aires, República Argentina. 1990. p. 181.

¹⁰ Lemus García, Raúl. Sinopsis Històrica del Derecho Romano. Ed. Limsa. México, D. F. 1962. pp. 83 – 84.

¹¹ Kunkel, Wolfgang. Historia del Derecho Romano. Ed. Ariel. Barcelona, España. 1970. p. 32.

que el “*heres*” faltara o rechazara la herencia, el heredero “era el continuador de la personalidad del difunto, con sus ideales, odios, simpatías y de su religión domestica. A consecuencia de esta función trascendente también sucedía en casi todos los derechos y deberes del difunto, aunque esta sucesión patrimonial era solo una de las consecuencias de la fundamental sucesión en toda la personalidad y para tener más seguridad de que el heredero aceptaba desinteresadamente su sagrada función, el “*de cuius*” mostraba tendencia a privar al heredero de las ventajas materiales que podría producirle la aceptación de la herencia para repartir gran parte de los bienes entre los legatarios.”¹²

La sucesión “*ab – intestato*” o intestamentaria surge cuando el causante no ha dictado testamento. Si ha muerto intestado la herencia se difiere a los “*heredes sui*”, los descendientes que se hallen bajo la potestad del “*pater*” al momento de su muerte. En caso de no existir ningún “*heredes sui*”, correspondía la herencia al agnado más próximo y los gentiles.

Dentro de las características más importantes de la Ley de las XII Tablas (Lex *Duodecim Tabularis*) encontramos las siguientes:

- Se inicia un derecho de tipo escrito.
- Codificó el derecho consuetudinario.
- Rigió durante 300 años.
- Creó un derecho legítimo.
- Rigió de forma general a los ciudadanos romanos, patricios y plebeyos.
- Primera Codificación del Derecho Romano.

La sucesión “*ab – intestato*” se presenta cuando no existe manifestación expresa del causante Agustín Bravo González, establece “muere intestado aquel que no ha

¹² Floris Margadant S, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge. México, D. F. 1983. p. 463.

hecho ningún testamento, o lo hizo aunque fue invalidado, roto, inútil o no ha producido ningún heredero.”¹³

A falta de disposición del autor, la ley suple la ausencia de tal voluntad, en la que se llama oficiosamente a los parientes agnaticios o civiles más próximos para sucederlo.

Según Teófilo (jurisconsulto bizantino) se puede morir intestado de hecho o de derecho.

De hecho cuando no se ha dejado acta testamentaria, de derecho cuando no se presentan las formalidades prescritas por la ley, cuando es nulo el testamento desde su origen, rómpase por agnación o por cuasi agnación de un heredero suyo, anúlese como inoficioso o hágase irrito por haber cambiado el estado del testador, fallido por incapacidad o abandonado por renuncia de los herederos instituidos, en cada uno de estos casos el difunto se considera como intestado y la sucesión “*ab – intestato*” ó legítima, la ley la atribuye directamente.

El Código Decenviral o Ley de las XII Tablas establecía en la “*Tabla V*” el orden de la sucesión “*ab – intestato*”, el cuál era de tres tipos.

1) *Herederos de sí mismos* ó “*Heredes Sui*”. Personas que estaban bajo la potestad del difunto en el momento de su muerte, eran los hijos legítimos o adoptivos del difunto, los nietos en el caso de que antes hubiera muerto su padre, se incluían aquí a los póstumos nacidos dentro de los trescientos días a partir de la muerte del padre, la mujer del difunto que hubiere entrado a su familia por una “*conventio in manu*”, ocupa el lugar de una hija; la hija siempre y cuando permaneciera soltera bajo su potestad con un derecho hereditario inferior en relación con sus hermanos o parientes agnados, aunque de hecho únicamente usufructuaba los bienes heredados, administrados y custodiados por aquellos o por un tutor que le era designado por ser considerada en razón de su sexo. Adquirían la herencia “*ipso*

¹³ Bravo González, Agustín y Beatriz Bravo Valdés. Segundo Curso de Derecho Romano. Ed. Pax. México, D. F. 1976. p. 228.

iure”, por estar directamente sometidos a la patria potestad de este y no necesitaba adir o aceptar la herencia a la cuál tienen derecho, se repartía por cabeza (si todos eran del mismo grado) o por estirpe (si eran de grados distintos) dentro de la estirpe el reparto se hace por cabeza.

2) *Próximo Agnado* ó “*Proximus Agnatus*”. Estos heredan cuando el que muere “*ab - intestato*” no deja herederos de sí mismos, son parientes cercanos por la línea masculina dentro del mismo grado (los hermanos), en virtud de imperar dentro de esta época el principio de la agnación o parentesco civil, es próximo agnado aquél que juntamente con el causante estuvo sometido a la patria potestad de un paterfamilias común, con base en la patria potestad fundamento único y decisivo de los lazos familiares, pues el sólo parentesco consanguíneo no bastaba, podía existir parentesco por agnación sin necesidad de que hubiera algún lazo de sangre, tal era el caso de la adopción, “el próximo agnado debía expresar si era su voluntad aceptar la herencia, a través de la adición que podía ser un simple acto o bien una declaración formal “*la cretio*”, el cuál debía realizarse dentro de los cien días útiles siguientes al ofrecimiento de aquella, se pronuncian las palabras solemnes “*adeo carnoque*” (me atribuyo la herencia) ante determinado número de testigos en el domicilio del fallecido,...”¹⁴ si repudiaba uno los demás aumentaban su cuota, si repudiaban todos, la sucesión no pasaba a los agnados del siguiente grado, sino a la “*gens*”, el reparto se hacía por cabeza, los colaterales en tercer grado (sobrinos) no heredan por troncos.

3) *Gentiles*. A falta de los anteriores todos los gentiles concurrían con iguales derechos, los pertenecientes a la misma gens constituidos por familias procedentes de un antecesor común con el mismo nombre de apellido gentilicio.

¹⁴ Moreno de Anda, Juan Antonio. Desarrollo histórico de las formas testamentarias. Tesis UNAM. Facultad de Derecho. México, D. F. 1979. p. 34.

Dentro del análisis de la cronología de los sistemas de *sucesiones testamentaria* – “*ab - intestato*” se analiza cuál de los sistemas es el más antiguo, encontrándose respuestas muy variadas. Eugéne Petit lo cataloga como un asunto muy discutido, hay quien cree que los romanos sólo conocieron la sucesión “*ab intestato*”, y que la sucesión testamentaria fue introducida por la Ley de las XII Tablas. Para él la sucesión testamentaria y la sucesión “*ab - intestato*” coexisten desde los orígenes de Roma y fueron posteriormente sancionados en la citada ley, aunque sin que en una sucesión se abarquen los dos sistemas, es decir que una parte de la herencia se transmitiera por testamento y el resto “*ab-intestato*”, pues aún cuando un testamento no dispusiera que pasaba totalmente a los sucesores testamentarios, la transmisión de los bienes era total, acrecentándose las porciones de los herederos restantes con la de los premuertos, esta tenía excepciones como la de los militares.

Para Vittorio Scialoja, la sucesión “*ab- intestato*” era anterior a la testamentaria, apoyándose en el pasaje de la Ley de las XII Tablas la cual disponía “si falleciere intestado un paterfamilias que no deje herederos suyos, tengan la herencia el agnado más próximo o en su defecto los gentiles.”¹⁵

La apertura de la sucesión “*ab – intestato*” ó legítima está regida por los siguientes principios:

- Mientras no puede haber sucesión testamentaria, no se abre la legítima.
- En el momento que es cierto, que no hay heredero testamentario.
- Si el instituido repudia la herencia.
- Si el instituido muere antes que el testador.
- Si el testamento carecía de los requisitos exigidos o si se había hecho nulo con posterioridad o era revocado.

¹⁵ Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas. T VII. Op. cit. p. 486.

Los defectos del sistema de la Ley de las XII Tablas eran los siguientes:

- Excluía de la sucesión a los hijos emancipados o que por otra causa hubiesen salido de la familia civil del difunto.
- No llamaba a la mujer que no estuviera bajo la “*manus*” del marido.
- Excluía a los hijos con respecto a la herencia de la madre o del ascendiente materno y viceversa.
- Los nietos nacidos de una hija no heredan al abuelo materno, porque están en la familia civil del padre y no de la madre.

Los romanos tenían en la Ley de las XII Tablas un Código escrito aplicable a toda la población, aunque era necesario interpretarla y esto fue realizado por los Pontífices, manteniéndose vigente durante siglos, no se reducía en rigor a explicar la ley, sino la completaba y la desenvolvía sin abstenerse de violentar manifiestamente su texto cuando era necesario para ponerla a tono con las nuevas necesidades jurídicas.

B) Institutas de Justiniano.

Institutas es la traducción común a la palabra latina instituciones, que los jurisconsultos romanos daban con frecuencia por título a sus tratados elementales de derecho.

Instituciones, plural de “*institutio*”, significa “enseñanza, instrucción. También se suele utilizar la expresión Instituta plural del sustantivo neutro “*institutum*”, que significa regla, principio.”¹⁶

Las instituciones de las cuales tenemos noticias corresponden a un periodo de setenta años que separa el reinado de Antonino Pío de Alejandro Severo.

¹⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. T XVI. Op. cit. p. 116.

Sólo han llegado a nosotros las Instituciones de Gayo y las de Justiniano, para ser de mayor interés para la presente, las Instituciones de Justiniano (verdaderas instituciones bizantinas).

Durante el imperio bizantino, Justiniano hizo una importante recopilación jurídica la cuál inmortalizó a Roma, el llamado Código Justiniano, lo importante es destacar que la legislación propuesta por Justiniano se mantuvo por un largo período del imperio bizantino como derecho positivo.

El derecho bizantino, específicamente la obra de Justiniano es producto de la combinación del Derecho Romano auténtico, filosofía griega, cristianismo y la obra de jurisconsultos orientales.

La recopilación y reorganización de las leyes romanas será una de las empresas más destacables confiada a un colegio de diez juristas dirigida por Triboniano una obra conseguida por estos, el "*Corpus Iuris Civilis*", reunía todas las constituciones de los emperadores romanos desde Adriano hasta la fecha de su publicación y actualizada mediante la adición de nuevas leyes o Novelas.

Las partes que componen el "Corpus" son el Digesto o Pandectas, las Instituciones, el Código y las Novelas.

Las Institutas forman una de las partes de la Compilación Justiniana consisten en una exposición elemental del derecho de carácter didáctico, aunque fueron revestidas de fuerza legal. La finalidad de Justiniano al ordenar la redacción de las Instituciones era facilitar a los estudiantes de las escuelas de Derecho su iniciación en el estudio jurídico.

"Dicha obra fue encargada mediante la *Constitución "Imperatoriam Maiestatem"* a una comisión de jurisconsultos; Triboniano, Teófilo y Doroteo; estos con fundamento en las Instituciones de Gayo, en sus conocimientos y en obras de jurisconsultos anteriores, procedieron a su elaboración, dicha obra fue publicada bajo el título de

“*instituciones seu elementa*” el 21 de noviembre de 533 d. C. y dotada de fuerza legal por la Constitución Tanta.”¹⁷

Las Institutas de Justiniano constan de cuatro libros divididos en noventa y nueve títulos, noventa y nueve proemios y setecientos veintisiete párrafos, de los cuales son importantes para nuestro tema:

- Libro II. Títulos 9 a 18 Sucesión testamentaria.
- Libro III. Títulos 1 a 12 Sucesión intestada.

Cada uno con su epígrafe o rúbrica correspondiente, los títulos divididos en párrafos llamándose *principium* o *prohemium* al primer párrafo de cada título. Esta división en párrafos procede de las escuelas medievales. El plan de las Instituciones es fundamentalmente el mismo de las Instituciones de Gayo, a diferencia del Digesto y el Código se presentan como un texto continuo y no como una antología de textos anteriores.

Las “instituciones se citan habitualmente por el método filológico, es decir por la abreviatura *I* o *Inst*, seguida por los números correspondientes al libro, título y párrafo, sustituido este último por la abreviatura *pr*, si se trata del primer párrafo de un libro...”¹⁸ así:

I 2, 14, 9.

“Las ediciones más notables de las Instituciones son:

- La de Cujas en 1595.
- La de Schrader en 1836.
- La de Krüeger en 1867-1872 segunda edición 1899.”¹⁹

¹⁷ Iglesias Juan – Redondo. Derecho Romano. Historia e Instituciones. 11ª ed. Ed. Ariel. Barcelona, España. 1993. p. 68.

¹⁸ Nueva Enciclopedia Jurídica. T XIII. Ed. Seix, Francisco. Barcelona, España. 1981. p. 83.

¹⁹ Loc. cit.

Las instituciones de Justiniano, ofrecen un doble carácter; es un texto de leyes y es un libro elemental, porque Justiniano ordenó se compusiera precisamente para facilitar la enseñanza y el estudio del derecho. “Era el libro de los maestros que debían enseñarlo y el de los alumnos que debían aprenderlo.”²⁰

El estudio de las Instituciones de Justiniano, es de suma importancia para el presente trabajo, es en donde encontramos las formas más antiguas de testar, citaremos lo que las mismas establecen: “para que nada de la antigüedad sea de todo punto ignorado, ha de saberse, que en otro tiempo estuvieron ciertamente en uso dos especies de testamentos, de uno de los que se usaban en la paz y en el descanso, y lo llamaban “*calatis comitis*” y del otro cuando habían de marchar al combate y se le llamaba “*procinctum...*”²¹(I,2,10,I).

1.- Testamento “*calatis comitis*” (ante los comicios *curiados*). Es el primer testamento que aparece en Roma, se hacía en presencia del pueblo romano, ante los comicios *curiados*, convocados para este efecto dos veces al año, presididos por el rey o por el sumo pontífice: “Este comicio recibía este nombre por el sombrero que llevaba el sumo pontífice, llamado *cala*.”²²

El paterfamilias que no hacía su testamento en esas dos ocasiones corría el riesgo de morir intestado. “El paterfamilias declaraba solemnemente delante del pueblo, reunidas las *curias*, a quien instituía heredero, para aprobar aquellos su decisión, de modo que el testamento resultaba una verdadera ley.”²³

²⁰ Ortolán, M. Instituciones de Justiniano. Ed. Heliasta. SRL. Buenos Aires, República Argentina. 1976. p. 20.

²¹ García del Corral, Ildelfonso. *Corpus Iuris Civilis* (Cuerpo del Derecho Civil Romano). T I a VI Ed. Jaime Molinas, Consejo de Ciento. Barcelona, España. 1889. T I. p. 49.

²² De Lorenzo, Rodolfo Jorge y Jorge Eduardo De Lorenzo. Roma. Derecho e Historia. Ed. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, República Argentina. 2000. p. 308.

²³ Oderigo, Mario. Sinopsis de Derecho Romano. 6ª ed. Ed. Depalma. Buenos Aires. República Argentina 1982. p. 408.

2.-Testamento "*in procinctu*" (en pie de guerra). Segunda forma de testar, se realizaba durante la guerra, inmediatamente después de consultados los auspicios para la batalla: su finalidad era que el ciudadano soldado pudiese disponer de los objetos queridos y de sus armas.

"Se realizaba frente al ejército que, en tiempos de guerra, representaba a la asamblea del pueblo antes de un combate. Luego evolucionó, permitiéndose, su ejecución frente a un grupo de compañeros de armas." ²⁴ Es el antecedente del testamento militar, aunque en esta época no existía como tal, se trata de un caso especial de testar.

Estos dos tipos de testamento "*calatis comitis y procinctu*" pertenecieron a las formas ordinarias de testar y fueron las más antiguas, encontradas en Roma durante el período preclásico, estos testamentos ó limitaban a los ciudadanos a instituir herederos en dos fechas al año o bien a que las legiones partieran a la guerra, ambas formas dieron origen, a múltiples intestados lo cuál pone en peligro la continuidad de la "*sacra privata*" pues sucedía que muchas personas quedaban sin testar y dieron origen a uno nuevo, el testamento por "*mancipación*" o "*per aes et libram*."

En las Institutas de Justiniano encontramos esta tercera especie de testamento en (I. 2, 10, 1) se establece "Vino después una tercera especie de testamentos, "*per aes et libram*", porque se hacía por la emancipación, esto es, por cierta imaginaria venta, presentes cinco testigos y un "*libripens*" (pesador), ciudadanos romanos púberos, y aquel que se llamaba comprador del patrimonio." ²⁵

3.-Testamento "*per aes et libram ó mancipatio*" (por el cobre y la balanza). Es la tercera clase de testamento, se realizaba por el rito del cobre y la balanza, quien no

²⁴ Louzan de Solimano, Nelly Dora. Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano. Ed. Lumiere. Buenos Aires. República Argentina. 2001. p. 402.

²⁵ García del Corral, Ildefonso. Op. cit. p. 49.

había otorgado testamento, mancipaba su patrimonio a un amigo, encargándole oralmente dispusiera del mismo en consonancia con las instrucciones dadas a favor de ciertas personas; este amigo ó persona intermediaria es el comprador del patrimonio "*familiae emptor*" y se convertía formalmente en "*dominus*", aún cuando la fé depositada en él le obligara a cumplir la voluntad del mancipante. No era heredero, aunque se le consideraba como tal.

La "*manciaptio familiae*" no es un testamento sino un acto por el cuál se logran las finalidades prácticas del testamento, su transformación en testamento se debe a la interpretación jurisprudencial.

Los efectos jurídicos que la ley le atribuye, podrían exclusivamente realizarse, si el testador declaraba su voluntad oralmente, ante cinco testigos, ciudadanos romanos púberos y del "*libripens*", mancipaba su patrimonio a un tercero "*familiae emptor*". Este decía entonces "Afirmo que conforme a tu mandato, tu familia y tus bienes están bajo mi custodia y para que conforme a derecho puedas hacer testamento según la ley pública sean por mi compradas por esta moneda de bronce y esta balanza de cobre,"²⁶ para golpear luego con el "*as*" la balanza y lo entrega al testador y este pronuncia entonces la "*nuncupatio*", para tener en la mano las tablas del testamento en las que se pronunciaban ésas palabras: "Así como está escrito en estas tablas de cera, así doy, lego y testo, así vosotros, Quirites, dadme testimonio de ello."²⁷

El testamento "*per aes et libram*" presentaba muchas imperfecciones como son:

- a) El paterfamilias no podía mancipar su patrimonio a los hijos bajo su potestad, ya que la *mancipatio* no era posible entre ellos.

²⁶ Di Pietro Alfredo y Ángel Enrique, La Pieza, Elli. Manual de Derecho Romano. 4ª ed. Ed. Depalma. Buenos Aires, República Argentina 1992. p. 418.

²⁷ Loc. cit.

- b) Si el testador no fallecía luego de entregar el testamento carecía de acción para revocar la venta y obligar al *“familiae emptor”*; los beneficios quedaban a la buena fé.

Por lo que el testamento *“per aes et libram”* fue perfeccionado y este progreso trajo el desuso de las otras formas.

- Testamento *“per aes et libram”* perfeccionado. Este testamento puso en desuso las otras formas, a diferencia del *“per aes et libram”* en que el *“emptor”* era considerado un heredero, en este no es más que una persona complaciente, en quien el testador confiaba, un depositario encargado de entregar la sucesión al verdadero heredero. El nombre se escribía sobre tablillas quedando en manos del testador, se perfeccionó el procedimiento para evitar las imperfecciones a que daba lugar, dividiéndolo en dos operaciones distintas:

a) *“Mancipatio”*.- Las palabras pronunciadas por el *“familiae emptor”*, se modificaban, adquiere el patrimonio como depósito y para prestarse a la confección del testamento.

b) *“Nuncupatio”*.- Es la declaración del testador teniendo en sus manos las tablillas las cuales contienen el nombre del heredero y el conjunto de sus disposiciones testamentarias.²⁸ La *“nuncupatio”* era la parte principal del testamento, estas dos formalidades debían cumplirse *“uno contexto”*, es decir sin ser interrumpidas por ningún acto extraño al testamento.

Siguiendo con el estudio de las formas testamentarias, encontramos en las Institutas de Justiniano al testamento escrito y al nuncupativo.

²⁸ Oderigo, Mario. Op. cit. p. 409.

4.-Testamento *escrito y nuncupativo*. De la costumbre de redactar por escrito la voluntad del disponente con el fin de garantizar su autenticidad, surgió el testamento escrito, lográndose conciliar la necesidad jurídica de la “*nuncupatio*” con la exigencia del secreto del testamento, de manera que en este nuevo género testamentario la “*nuncupatio*” se reducía a la simple declaración de que las tablas contenían su última voluntad. El testamento escrito por las ventajas que representaba tuvo mucha difusión, no obstante el testamento oral continuaba utilizándose para algunos casos, existía una concurrencia entre testamento oral o nuncupativo y testamento escrito.

El testamento nuncupativo, se llevaba a cabo mediante una declaración verbal, el ciudadano de plena voz declara el nombre del heredero y sus últimas voluntades, delante de siete testigos, las ventajas de este testamento eran su sencillez, rapidez, eficacia y comodidad, aunque ofrecía menos garantías que las otras formas de testar.

“En las Institutas se establece que las formas de testamento “*calatis comitis*”, “*in procinctu*” y “*per aes et libram*” se referían al derecho civil, después se introdujo otra forma, por el edicto del pretor.

Al derecho honorario le bastaba con los sellos de los siete testigos y dicha formalidad no era necesaria para el derecho civil”²⁹ (I. 2, 10, 2) después poco a poco las costumbres y las constituciones imperiales conformaron el derecho civil y el pretoriano; se estableció que el testamento se hiciese en un solo tiempo con siete testigos y la suscripción de éstos con la fijación de sus sellos, conforme al edicto del pretor.”³⁰ (I, 2, 10, 3).

5.- Testamento *pretorio*. Esta figura testamentaria reconocida por el pretor significa una etapa importante en la historia de esta institución, el pretor romano, en su afán

²⁹ García del Corral Ildefonso. Op. cit. p.49.

³⁰ Loc. cit.

de simplificar y atemperar el derecho civil, introdujo ciertas modificaciones en la forma de testar, la “*bonorum possessio secundum tabulas*”, esta nueva forma muestra el testamento en su verdadera esencia o sea como acto unilateral redactado por escrito en el que se recoge la voluntad del disponente, la cuál debe ser expresada en un documento escrito en tablillas y llevar el sello de siete testigos, sin rechazar la forma. El testamento es un acto formal, sea civil o pretorio.

“La forma requerida por el pretor tiene el fin de documentar y conservar fielmente la voluntad del disponente, es precisamente con el pretor donde tendrá lugar toda la sucesiva evolución del Instituto.”³¹

En este tipo de testamento, los testigos y la forma escrita empiezan a adquirir una función probatoria, ya no importa la solemnidad de la “*mancipatio*” sino la posibilidad de probar mediante los testigos la voluntad del testador.

A partir de este concepto, pudo el derecho pretorio llegar a un resultado, adoptado en la actualidad por el derecho moderno: “Cuando las “*tabulae*” hayan desaparecido por cualquier circunstancia o fuesen destruidas o robadas se llevara a efecto el testamento con la declaración de los siete testigos que aseveran la voluntad del disponente. “Sin embargo, en el derecho moderno, a excepción del *testamento ológrafo o secreto*, no procede la sucesión testamentaria hasta que se presente el documento.”³²

La “*bonorum possessio secundum tabulas*” (posesión de los bienes según la ley) es la sucesión pretoria del conjunto del patrimonio de un difunto, permite dar posesión hereditaria (no titularidad de heredero) a quienes por razones de justicia y equidad les da un lugar entre los herederos que no eran los del derecho civil, esta debía

³¹ Moreno de Anda, Juan Antonio. Op. cit. p. 70.

³² Ibidem. pp. 71- 72.

pedirse dentro del año por los ascendientes, los descendientes y los demás podían solicitarlo dentro de los cien días.

El pretor no puede hacer a nadie heredero puesto que el heredero es fijado por el testador en la herencia testamentaria o por la ley en la herencia “*ab – intestato*”, el pretor concede a determinadas personas la posesión de la herencia “*bonorum possessio*” amparándolos no como herederos sino en carácter de poseedores. Una diferencia jurídica es que el “*heres*” es sucesor de acuerdo al derecho civil mientras que la “*bonorum possessio*” lo es de acuerdo al derecho pretoriano, ambas vías coexistieron ignorándose entre sí.

La “*bonorum possessio*” puede ser:

❖ Testamentaria. Cuando existe testamento y se subdivide en

- a) Contra Tabulas, cuando se desconocen las disposiciones del testador, otorgándose los bienes a personas que él no ha instituido y
- b) “*Secundum Tabulas*”, ejecutándose el testamento.

❖ “Ab-Intestato ó sine tabulis”. Cuando se otorga en ausencia de testamento y las más importantes son “*liberis, legitimis, cognados.*”

Afirma Moreno de Anda, en relación con el testamento pretorio; “este constituyó un acto jurídico personal, por primera vez fue revocable, libre y exigía unidad en su celebración y llegó a permitir el secreto en si mismo, sin olvidar su objeto principal: la *institución del heredero*, aunque ya como base de la distribución patrimonial en primer lugar y como continuador de la soberanía doméstica en segundo lugar.”³³ Estos tipos de testamentos pertenecieron al periodo clásico.

³³ Ibidem. p. 73.

En la última fase de evolución del Derecho Romano, desaparecida la *“mancipatio”* y el dualismo del, derecho civil - derecho pretorio, una constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 439 d. C., recogida por Justiniano, crea el *“testamentum tripertitum”*, perteneciente ya al periodo posclásico junto con otros tipos de testamentos escritos de carácter privado, el ológrafo, el alógrafo y con menos aplicación dentro de los testamentos públicos el testamento *“apud acta conditum”* y el testamento *“principi oblatum”*.

6.- Testamento *“tripertitum.”* Llamado así porque sus reglas emanan de tres derechos distintos, toman del derecho civil la *unidad del acto* propia de la *“mancipatio”*, del derecho honorario el número de los *siete testigos y los sellos*, de las constituciones imperiales las *firmas* de los testigos y del testador. Consistía en un documento escrito, el testador escribía de antemano el testamento sobre tablillas, reunía siete testigos y les presentaba las tablillas abiertas o cerradas en parte, si quería conservar el secreto de sus disposiciones. Cada testigo, como el testador ponían su firma *“subscriptio”* debajo del testamento, cerrándose luego las tablillas y ponía cada testigo su sello *“signare”* y escribía su nombre cerca de su sello *“adscribíre”*, todo en un solo acto *“uno contexto”*, es decir sin ser interrumpidas por ningún acto extraño.

7.- Testamento *ológrafo*. Es decir el redactado de puño y letra por el propio testador. Esta forma no exige la presencia de testigos, debía firmarlo el otorgante. Esta forma no será aceptada por Justiniano

8.- Testamento *alógrafo*. Cuando el escrito proviene de otra persona, debía contener la firma *“suscriptio”* de cada testigo con el sello correspondiente *“signatía”* y su *“prescriptio”* al cerrar el documento.

9.- Testamentum *“apud acta conditum”*. En el Derecho Romano la declaración de última voluntad, hecha verbalmente por el testador ante un magistrado judicial o ante

determinadas autoridades municipales, era recogida y asentada en las actas o registros.

10.-Testamento "*principi oblatum*". Testamento confiado al príncipe, escrito por el testador y enviado al emperador, a ruego de ser registrado y abierto el día de su muerte.

El Derecho Romano admitió formas especiales de testamento para casos excepcionales que se apartaban de los supuestos ordinarios o generales para ser estos; el testamento militar, testamento del ciego, testamento de tiempo de peste, el rural y del sordo.

11.- Testamento *militar*. Este testamento concedió privilegios a los soldados: los cuales no tenían necesidad de cumplir con las formalidades; ni en cuanto a su contenido ni en cuanto a su forma, en las Institutas se establece "la voluntad del militar expresada de cualquier modo es suficiente, el testamento será valido tan solo por efecto de esta voluntad, aunque era necesario que declarase quien quería que fuese su heredero, dicha voluntad debía ser cierta, clara y seriamente expresada, ya que de otra forma no sería difícil que a su muerte se suplantasen las verdaderas intenciones que tuvo el testador (l. 2, 11, 1)."³⁴

Por lo que respecta al contenido, el testamento militar fué una excepción al principio "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus*", nadie puede morir en parte testado, en parte intestado; como sabemos el militar podía disponer en su testamento de solo parte de sus bienes y el resto que pasara a sus herederos por vía legítima rompiéndose así con la regla, durante la época clásica los militares gozaron de este privilegio en cuanto a la forma de testar durante todo su servicio y no solo en tiempos de guerra, aunque el emperador Justiniano los limita solo al periodo de campaña y el testamento conserva su validez hasta un año después de haber sido licenciado.

³⁴ García del Corral Ildefonso. Op. cit. p. 51.

También el militar mudo y sordo puede hacer testamento, concedido este privilegio por las constituciones imperiales, tan sólo mientras están en servicio y viven en los campamentos (l. 2, 11, 2 y 3).”³⁵

12.- Testamento *en tiempos de peste*. Otorgado en tiempo de epidemia, no se exigía que los siete testigos concurrieran simultáneamente en el momento de la redacción para evitar el riesgo de contagio.

13.-Testamento *rural*. Era el realizado fuera de los centros urbanos, podía hacerse válidamente ante cinco testigos, dada la dificultad de conseguirlos en las zonas rurales despobladas.

14.-Testamento *del ciego y del analfabeto*. Para los cuales era necesaria la presencia, bien de un oficial público “*tabularis*”, bien de un octavo testigo, si el oficial público no estuviera presente, el testamento debía ser dictado por el testador y leído en su presencia, ante los testigos y el “*tabularis*” quienes también debían firmarlo.

15.-Testamento *del sordomudo*. Se exigía declaración escrita de puño y letra del testador.

En el desarrollo o evolución de las formas testamentarias es necesario continuar con el estudio del Digesto de Justiniano porque permite tener una visión más amplia del tema que se está tratando.

C) Digesto o Pandectas.

Digesto o Pandectas de la palabra latina “*digerere*, significa ordenar y pandectas del griego *pande Kestai*, contener todo; es una recopilación del conjunto de las opiniones

³⁵ Ibidem. p. 52.

de los prudentes”.³⁶

En la literatura jurídica romana de la época clásica, se llamo Digesta de “digerere”, reponer en orden, a algunas obras constituidas por colecciones de casos que abrazaban tanto cuestiones de derecho civil como de derecho honorario.

Los digesta estaban dispuestos según un plan tradicional, una primera parte seguía el orden del Edicto Perpetuo de Salvio Juliano y una segunda parte trataba de una serie de leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales también en un orden determinado.

El mismo nombre de *Digesto*, junto con el de “*Pandectae*” fué escogido por Justiniano para designar la vasta compilación de fragmentos de la jurisprudencia clásica. Justiniano mediante la Constitución “*Deo Auctore*” de 15 de diciembre del año 530 fija las líneas generales teóricas del Digesto.

El Digesto o “*pandectae*” es una compilación del material jurisprudencial de los “*iura*”, consta de cincuenta libros - repartidos según el orden del Edicto Perpetuo se divide en títulos, los títulos llevan sus correspondientes rúbricas, contienen fragmentos de los juristas clásicos, y se encabezan, por modo respectivo, con una “*inscriptio*”, expresivo del nombre del autor, de la obra y el libro de donde proceden. A partir de los juristas medievales, los fragmentos más extensos se dividen en un “*principium*” y en uno o varios párrafos, llevan numeración corrida.

El Digesto consta de cincuenta libros, divididos en cuatrocientos treinta y dos títulos, once mil setecientos sesenta y seis párrafos y nueve mil ciento cuarenta y dos fragmentos. Dividido por Justiniano en siete partes con fines didácticos, de las cuales sólo nos interesan para el presente tema:

³⁶ Pichardo Estrada, Félix. Derecho Romano. (Introducción e Historia) Ed. UNAM – Universidad Militar Latinoamericana. México, D. F. 2000. p. 90.

- a) Libros XXVIII a XXXVI De “*Testamentis et Codicillos*”. Herencia, legados y Fideicomisos
- b) Libros XXXVII a XLIV. Herencia Pretoria y materias referentes a derechos reales, posesión y obligaciones.”³⁷

La obra fue terminada después de tres años en diciembre de 533, publicada el día 16 y empezó a regir con fuerza de ley para todo el imperio de Oriente el 30 de diciembre del mismo año por la “*Constitutio Tanta de Confirmatione Digestorum*.”³⁸

Las Fuentes y Ediciones del Digesto son:

- a) *Palimpesto* de Nápoles descubierto por *Pertz* en 1822 (manuscrito parcial).
- b) Papiro de *Pommersfelden* (manuscrito parcial).
- c) Pisano o Florentino (manuscrito total).
- d) *Vulgata* o *Littera Vulgata* o *Littera Bononiensis*.
- e) *Infortiatum* en Roma en 1475.
- f) *Digestum Novum* editado en Roma en 1476.
- g) La *Haloandrina*.
- h) La edición más usual la realizada por Dionisio Godofredo quien efectuó la publicación en la que se combina la *Vulgata*, la *Nórica* y la Florentina.
- i) La *Mommseniana* publicada en Berlín 1866 obra que sirvió para la publicación de la edición estereotipada completa del “*Corpus Iuris Civilis*” de Mommsen con *Krüger*, *Schoell* y *Kroll*.

Los modos de citar el Digesto en la actualidad son los mismos que los utilizados en las Institutas, en la actualidad se usa el método filológico, consiste en citar, después

³⁷ Iglesias, Juan – Redondo. Op.cit. p.70.

³⁸ A. D’Ors. “El Digesto de Justiniano.” (Versión Castellana) T I. Ed. Aranzadi. Pamplona, España. 1968. p. 23.

de la abreviatura D., los números correspondientes al libro, título, fragmento y párrafo, por este mismo orden.

D 35, 2, 3, 2.

Cuando el párrafo a citar es el inicial, se sustituye el número del párrafo por la abreviatura pr (principium).

D 35, 2, 3, pr.

Del análisis de los Libros XXVIII a XXXVI del Digesto se encontró lo siguiente en relación con el tema tratado.

1. Para Modestino el “*testamento* es la justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cuál quiere que se haga para después de su muerte.”³⁹ (D.28,1,1).
2. De que la edad para hacer testamento en los varones se ha de esperar ciertamente al décimo cuarto año y en las hembras al duodécimo completo.
3. Que para formalizar los testamentos, es la principal formalidad legal la de instituir heredero a los descendientes, o desheredarlos, para que preteridos estos, no se rompa el testamento.
4. Si el testamento, cuyos sellos hubiere levantado el testador, hubiere sido sellado otra vez con los sellos de siete testigos, no será imperfecto, sino que será válido tanto por el derecho civil como por el derecho pretorio.
5. “Que vale por derecho militar el testamento hecho por un militar antes de estar en la milicia; si falleciere en la milicia, cuando no haya contraria voluntad del militar.”⁴⁰ (D29, 1,15 (16), 2)

³⁹ García del Corral, Ildfonso. TII. Op. cit. p. 335.

⁴⁰ Ibidem. p. 412.

6. “El militar puede nombrar heredero, también hasta cierto tiempo, y otro para después de este tiempo, o en virtud de condición, o hasta cierta condición.” ⁴¹
(D 29, 1, 1516), 4)
7. “Así mismo puede hacer testamento por derecho militar, tanto para si, como para su hijo, y para su hijo solo, aunque no lo hubiere hecho para si, cuyo testamento será válido, si acaso el padre fallece en estado activo dentro de la milicia, ó dentro del año de haber sido militar.” ⁴²
8. Al militar le era lícito hacer muchos testamentos, ya los hubiera hecho simultáneamente o por separado, aunque eran válidos si especialmente hubiere expresado esto y no se rompe el anterior por el posterior, porque podía instituirse heredero de una parte, esto es, fallecer en parte testado y en parte intestado.
9. El sordo y el mudo no podían hacer testamento, aunque si habían hecho testamento antes de ser mudo ó sordo era válido el testamento.
10. La facultad de hacer testamento es de derecho público.
11. El hijo de familia, esclavo ajeno, el póstumo y el sordo tienen la testamentificación; porque aunque no pueden hacer testamento, pueden, sin embargo, adquirir por testamento ó para sí, o para otros.
12. El furioso tiene la testamentificación porque puede adquirir un legado o un fideicomiso aunque no puede hacer testamento.

⁴¹ Loc. cit.

⁴² Loc. cit.

13. Los interdictos no tienen testamentación por lo tanto no pueden hacer testamento.

14. El que testa debe empezar ordinariamente el testamento con la institución de heredero o por la desheredación que hace nominalmente, aunque se dice que también es heredero instituido el que no fue escrito, sino solamente nombrado.

15. Nadie puede ser instituido heredero si no fue designado de manera cierta.

D) Código o Codex de Justiniano.

El emperador Justiniano en posesión del trono mando constituir una comisión con el objeto de elaborar un nuevo Código que contuviera las leyes, o sea el conjunto de las Constituciones Imperiales vigentes, se incluirían las de los tres códigos anteriores (Hermogeniano, Gregoriano y Teodesiano); esta comisión se creo con los mas afamados abogados y académicos, estuvo presidida por el “*quaestor sacrii palatti*” Juan de Capadocia y por Triboniano.

Esta obra conocida en la historia del Derecho Romano como “*Codex Vetus*” (Código Viejo) fue terminado el 9 de abril del año 529 y promulgado mediante la Constitución “*Summa Rei Publicae*”, para entrar a regir al 16 de abril del año 529, el texto de este primitivo código, solo se conserva en un manuscrito conocido por Papiro de Oxirineo (XV. 1814)”⁴³, este código sirvió de antecedente al nuevo Código que forma parte del “*Corpus Iuris Civilis*”.

⁴³ Jusidman de Bialostosky, Sara. Panorama del Derecho Romano. 2ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 2005. p. 28.

La nueva obra llevaría el nombre de “*Codex Repetitae Praelectionis*”, también conocido como Código Justiniano publicado en el año 529 mediante la Constitución “*Cordi Novis*”, siguiéndose la estructura del anterior.

Comprende 12 libros divididos en setecientos sesenta y cinco títulos, cada uno de los cuales contiene determinado número de Constituciones Imperiales de las cuatro mil seiscientos sesenta y tres que contiene este código, desde el tiempo de Adriano hasta Justiniano, ordenadas cronológicamente, con mil veinticinco párrafos.

En cada Constitución se indica, el nombre del destinatario de la ley “*inscriptio*” y la fecha “*suscriptio*”. La lengua predominante en los documentos es la griega.

Las materias del Código están distribuidas de la siguiente manera:

- a) Libro I. Derecho eclesiástico.
- b) Libro II a VIII. Derecho privado.
- c) Libro IX. Derecho penal.
- d) Libro X a XII. Derecho administrativo y financiero.

Las ediciones del código que conocemos son:

- “Palimpsesto de Verona, cuya segunda escritura provendría del siglo VIII o IX, contiene algunas Constituciones dictadas en griego.
- Los nueve libros del código publicados en Maguncia en 1475 por Pedro Schoyffér y los tres últimos en Roma al año siguiente.
- París por Guillermo Eustace en el año 1511 de los nueve primeros libros.
- Meltzer en 1530 del código en doce libros incluida la edición llamada Nórica.
- En 1567 por Lecomte en la que se incluyen las Constituciones griegas.”⁴⁴

⁴⁴ Peña Guzmán, Luís Alberto y Luís Rodolfo Argüello. Derecho Romano. Ed. Tea. Buenos Aires, República Argentina. 1962 pp. 284 -285.

En el Código Justiniano encontramos en C.3.28.I al testamento inoficioso, Este testamento afectaba sólo los deberes impuestos por la moral, el sentimiento o la naturaleza, así que un paterfamilias, al desheredar o al omitir sin justa causa a sus descendientes creaba a favor de los afectados la acción o la queja de inoficioso testamento, en virtud de la cuál los hijos o los descendientes podían reclamar la herencia en contra de los herederos instituidos para invalidar el testamento que los omitió o aquel en que se les desheredó.

E) Novelas o “*Novellae*”.

El vocablo novela proviene del latín “*novella*” y éste de “*novus*” nuevo. Se designa en el Derecho Romano con el nombre de Novelas a las nuevas ó últimas leyes dictadas por los emperadores poco tiempo después de la publicación de los Códigos. En efecto una vez cumplida la tarea de la Codificación surgían a menudo nuevos casos litigiosos o consultas posteriores, las cuales era necesario contemplar y para evitar los inconvenientes que podrían derivar de una reforma legislativa completa, los emperadores prefirieron dictar leyes adicionales a sus códigos o sea leyes o constituciones “*novellae*” ó nuevas siendo estas las últimas o las posteriores.

Se les llamó Novelas de Justiniano ó Nuevas Constituciones a las recopilaciones no oficiales de las Constituciones dictadas por Justiniano con posterioridad a los trabajos del “*Corpus Iuris Civilis*”, estas compilaciones son hechas por la iniciativa privada en distintas colecciones que se han incorporado a la magna codificación como una parte integrante de la misma.

“Cabe consignar que las Novelas recibieron una promulgación de carácter parcial de parte del emperador; en el año 554 dictó una “*sanctio* pragmática “que se conoce con el nombre de “*Pro petitione Vigilli*” en ella se disponía la entrada en vigor en todo el

país de las leyes y los “*iura*” por conducto del Código, el Digesto, las Institutas y las Novelas publicadas hasta la fecha.”⁴⁵

La mayoría de las Novelas se redactaron en lengua griega por ser un producto de la Roma Helenizada, salvo aquellas que se dieron en latín porque estaban dirigidas a las provincias de habla latina o bien porque su finalidad era interpretar las Constituciones Imperiales dictadas en dicho idioma.

Las Novelas reproducen la forma normal de las Constituciones Imperiales de esa época, el contenido de las mismas eran:

- “*Inscriptio*”.- Figura el emperador que la dicta y el personaje a quien va dirigida.
- “*Proemium* ó *Praefatio*”.- Contenía la explicación de las circunstancias determinantes de esa sanción.
- “*Corpus*”.- Se hallan las normas correspondientes divididas en capítulos y a veces en párrafos numerados.
- “*Epilogus*”.- Consagraba todo lo relativo al alcance y aplicación de los principios que la ley sustentaba.
- “*Suscriptio*”.- Figura el consulado y la fecha.

Hoy las Novelas se citan por el método filológico, como las otras partes del “*Corpus Iuris*”, a la abreviatura *N* ó *Nov*, le sigue el número de la novela, del capítulo y en su caso, el del párrafo, cuando la cita se refiere al prefacio o al epílogo se usan las abreviaturas *prae* ó *ep*.

Así Nov 22, 4.

Significa capítulo cuarto de la novela veintidós.

⁴⁵ Ibidem. p. 294.

Varios autores coinciden en la existencia de tres colecciones de las novelas, las cuales son:

- Epitome Julián. Es un compendio, contiene ciento veinticuatro constituciones resumidas en latín por Juliano, con el fin de que sirviera para la enseñanza del Derecho Romano, su autor dividió la obra en dos libros. Hasta la novela 39 Juliano ordenó las constituciones por materia, aunque a partir de la misma las dispuso cronológicamente, la más antigua la del año 535 y la más reciente del 555.
- Liber Authenticorum o Authenticum. “Es una colección de 134 novelas que van desde el 535 a 556 ordenadas cronológicamente hasta el número 124, de autor anónimo. Recibe este nombre por ser reconocida como auténtica por Irnerius.”⁴⁶
- Tercera Colección. Recoge todas las novelas, ciento sesenta y ocho publicadas hacia el año 578 bajo el reinado de Tiberio II. Contiene ciento cincuenta y ocho novelas de Justiniano, cuatro de Justino II y tres de Tiberio II.

En las novelas 118 y 127 encontramos el régimen sucesorio, basado en el vínculo cognaticio, el cual estableció cuatro órdenes hereditarios:

1.-*Descendientes*. Los hijos, y en representación de estos, los nietos; los parientes más alejados podían venir a la sucesión del “*de cuius*” en representación de sus padres prefallecidos.

2.-*Ascendiente, hermanos y hermanas carnales y sus hijos*. Los ascendientes (padres, abuelos, bisabuelos) del causante venían a la sucesión de éste en ausencia de descendientes. Entre ascendientes solamente, el más próximo excluía a los

⁴⁶ Ponssa de la Vega de Miguens, Nina. Manual de Historia del Derecho Romano. Ed. Eudeba. Buenos Aires, República Argentina. 1981. p. 184.

demás. Lo mismo ocurría entre hermanas y hermanos. Entre ambas clases se hacía por cabeza.

3.-*Hermanastros del padre o madre y sus hijos*. Aquí la partición se hacía por rama y en caso de los hijos, por representación.

4.-*Otros colaterales*. Eran los demás parientes no comprendidos.

Con este punto de las Novelas terminamos el estudio del Derecho Romano , no sin antes decir , que en cuanto a materia de herencia y nulidad de testamentos es muy notoria la fijación que se tenía en cuanto a la extrema formalidad de su realización y su posterior tendencia a facilitarlos; en el derecho antiguo la observancia de las formalidades tenía una importancia capital, al grado de que el mínimo error causaba la nulidad prácticamente irreparable , en el derecho posterior por medio de edictos consecuentes se fue reduciendo la exigencia de la realización formal, hasta que de forma gradual, se volvió irrelevante.

El emperador Justiniano finalmente estableció que un error en la forma no era importante y resultaba incluso indigna la anulación por esta causa, también es importante señalar que se sancionaron los casos especiales, como el de los militares, los sordos y los mudos en los que se daban facilidades para realizar y dar validez al testamento, tomando en cuenta sus situaciones específicas.

Como una síntesis del derecho sucesorio romano tenemos las siguientes:

- Necesidad de la “institución de heredero” como un reemplazo de la jefatura política y religiosa.
- Concreción de la herencia a los herederos testamentarios ya que no podía haber en una misma sucesión un heredero testamentario y un heredero intestamentario.

- Necesidad de tener el nombramiento concreto del heredero designado para no tener ninguna duda acerca del mismo.
- El heredero era responsable tanto de las deudas como de las obligaciones contraídas por el *“de cuius”*.
- La herencia era una masa patrimonial única comprendida por cosas, derechos, créditos, deudas.

A continuación analizaremos los antecedentes históricos del testamento en el Derecho Español.

II. Derecho Español.

Estudiar la figura del testamento en el Derecho Español es necesario ya que México estuvo por mucho tiempo sujeto a sus ordenamientos legales por razones culturales e históricas.

Así observamos que el derecho arcaico español se manifestó en los fueros municipales y nobiliarios con marcada tendencia al derecho germano, en este preponderaba la idea de fomentar la población exaltando el principio familiar, por ello se encontraba reducida y limitada la libertad de testar; a falta de hijos legítimos eran llamados en la sucesión intestada, los hijos de la concubina.

En el fuero real, predominó pero con menor intensidad el elemento germano y por el contrario en las partidas, el espíritu de sucesión del Derecho Romano.

Dentro de la legislación civil española el testamento adquiere una importancia relevante al ser un medio seguro para disponer del patrimonio para después de la muerte.

A) Fuero Juzgo.

Fuero Juzgo, es decir, el fuero o derecho que ha sido juzgado o por el que ha de juzgarse, recoge y regula las instituciones jurídicas, en especial desde el punto de vista judicial. Cuerpo de leyes establecido en toda España, en tiempos de la dominación visigoda, “su nombre primitivo no fue este de Fuero Juzgo, recibido en tiempos de San Fernando, sus primeras denominaciones fueron las de Libro de los Jueces (*Liber judiciorum*), Código de las Leyes (*Codex legum*), Libro de los Juicios (*Liber judicum*), Libro de los Godos (*Liber gothorum*).”⁴⁷

Muchos y muy diversos son los criterios sobre la formación ó al autor del código que nos ocupa, unos historiadores lo atribuyen a Recaredo y otros a Sisenando, aunque de una u otra forma el Fuero Juzgo no fue obra de un momento sino labor de sedimentación y por tanto duradera.

Acerca del idioma en que fue publicado, también existen diversas opiniones, predomina la opinión que inicialmente el Fuero Juzgo se escribió en latín, aunque también es cierto que esta lengua no era común a los hispanoromanos y godos, aunque era el idioma oficial en aquel entonces.

El Fuero Juzgo se conservó en latín hasta los tiempos del rey Fernando III quién al darlo como fuero propio a la ciudad de Córdoba en 1241 ordenó su traducción al romance para su mejor interpretación y comprensión.

Conforme a su contenido el Fuero Juzgo consta de un exordio de 18 leyes, acerca de la elección de los príncipes y de sus derechos y obligaciones. El texto principal esta formado por 12 libros, divididos en 54 títulos y en 559 leyes. Nuestro tema se

⁴⁷ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T IV. 21ª ed. Ed. Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, República Argentina.1989. p.124.

encuentra en el “Libro IV que trata del parentesco, de las herencias, de los huérfanos y de sus guardadores.”⁴⁸

Encontramos en el estudio del Libro de los Jueces o Fuero Juzgo el derecho de sucesiones, desarrollándose en dos formas: *sucesión legítima ó intestada y sucesión testada o voluntaria*. En el libro IV se regula el derecho de sucesiones forma “*ab-intestato*”, en el título 2 de los herederos, en la ley 2, 3, 5, 7 y 8 se establece un orden de llamamientos a la herencia los cuales son:

- *Descendientes*. Son los hijos, nietos, bisnietos.
- *Ascendientes*. El padre, la madre, los abuelos.
- *Colaterales*. Los hermanos, tíos, sobrinos y parientes hasta el séptimo grado.
- *Cónyuge viudo*.

En otras leyes 1, 5, 9 y 10 se equiparan mujeres y varones en el derecho a heredar, se admite la representación en el caso de los descendientes, el derecho de troncalidad, a partir de los abuelos en Ley 6.

En Ley 11 se establece, el cónyuge viudo en concurrencia con los hijos, hereda una cuota igual al de estos, en usufructo, y sólo agotados los llamamientos citados hereda todos los bienes.

La sucesión voluntaria o testada se regula también en dos modalidades:

- Donaciones “*mortis causa*”.
- Testamento.

“El *testamento* aparece regulado en el libro II título 5. La Ley II “De las mandas de los muertos, cuemen deven seer escriptos é firmados.”⁴⁹

⁴⁸ Fuero Juzgo o Libro de los Jueces. (Cotejado por la Real Academia Española) Ed. Ibarra Impresor de Cámara de S. M. Madrid, España. 1815. p. 60.

⁴⁹ Nueva Enciclopedia Jurídica. T X. Op. cit. pp.338 – 339.

Se establecen las maneras válidas para hacer testamentos, los cuales podían otorgarse bien por escrito con la firma del testador y dos o más testigos, bien firmándolos ó sellándolos ante dichos testigos á ruego del testador, una tercera persona ó bien el testador declara su voluntad delante de aquel número de testigos. Dentro del término de seis meses de la muerte del testador había de ser presentado el testamento escrito al juez o al obispo, ó hacer los testigos ante ellos la oportuna ratificación si se hiciera en forma nuncupativa. También se menciona el testamento ológrafo escrito de puño del testador con expresión del día, mes y año de su otorgamiento. Este testamento tenía carácter de supletorio de los demás, para precisar su adverbación ante el obispo ó el juez para que se tuviera por válido el documento.

La capacidad para testar se adquiría a los catorce años, aunque en caso de una enfermedad grave o peligro de muerte se adelanta a los diez años, pero sí sana, el testamento no tenía validez. No se consideraba como esencial la institución de heredero.

Los testigos tenían derecho a recibir por su trabajo realizado la vigésima parte del dinero del testador; fuera de los títulos de crédito y de los libros que debían reservarse para los herederos, estos tenían la obligación de hacer saber en un término de seis meses a los herederos la muerte del testador, si no lo hacían incurrían en la nota de falsarios, siempre y cuando no fuesen impedidos por engaño de otro hombre, por mandato del rey.

Se regula, la cuota o parte de libre disposición y la mejora. La parte de libre disposición aparece fijada en un quinto de los bienes, para quedar los otros cuatro quintos como legítima de los descendientes (IV, 5, 1 y V, 2,4). La mejora en favor de uno de los descendientes podía llegar hasta la tercera parte (IV, 5, 1).

La sucesión “*ab – intestato*” sigue la trama del Derecho Romano, para llamar primero a los descendientes, luego a los ascendientes y por último a los colaterales hasta el séptimo grado. En defecto de los anteriores se reconoce como heredero en la sucesión legítima al cónyuge viudo. Se establecen las reservas con gran amplitud. Todo lo que un cónyuge ha recibido del otro debe reservarse a favor de los hijos comunes, aún cuando el viudo o la viuda no pasasen a ulteriores nupcias.

El Fuero Juzgo dio idea del testamento militar y del peregrino en una forma muy breve en la ley 12, título 5, libro 2.

Cabe hacer notar que el Fuero Juzgo aún cuando logró la fusión de razas (tanto hispano romanos como germanos) para someter una y otra al imperio de una misma norma de justicia y en el caso particular de los testamentos; las leyes del Fuero Juzgo eran demasiado oscuras y demasiado incompletas con respecto al Derecho Romano en el cuál ya se habla de un número de testigos los cuales deberían concurrir y estar presentes en el acto.

B) Siete Partidas.

Con el nombre de las Siete Partidas o las Partidas se conoce el monumento jurídico medieval, del rey de Castilla Alfonso X el Sabio, refleja una síntesis de todo el espíritu científico - jurídico de aquel tiempo, y el producto de siete siglos de trabajo, se dio comienzo a la misma el 23 de junio de 1256 y concluyó siete años más tarde en 1263.

El título originario del Código Alfonsino era Libro de las Leyes o Fuero de las Leyes, según se advierte en el epígrafe inicial que llevan los códigos como cabeza del prólogo.

La denominación forense y popular de las Siete Partidas prevaleció sobre el nombre original de Flores de las Leyes, y el póstumo de Septenario, consta de siete grandes partes o libros, subdivididos en 182 títulos y estos en 2479 leyes, precedidas todas de su rúbrica.

Las fuentes fundamentales de la redacción de las Partidas fueron el Derecho Romano, el canónico y los fueros o costumbres españolas, integran las primeras los diversos textos justinianos y las summas de los glosadores boloñeses, las fuentes canónicas por las Decretales, la Summa Hostiense, entre otros.

Nuestro tema se encuentra en la Sexta Partida; al introducirnos en el estudio de está, encontramos la definición de testamento y las siguientes formas testamentarias: testamento nuncupativo, testamento escrito, testamento militar, testamentos privilegiados (ciego, hecho con la fé pública, de los aldeanos, testamento que el padre hace entre sus hijos).

A continuación citaremos cada uno de ellos:

- *Testamento*.- “Es una de la cosas del mundo en que más deben los hombres tener cordura cuando lo hacen; y esto por dos razones, la una, porque en ellos muestran cuál es su postrimera voluntad; y la otra, porque después que los han hecho, si mueren, no pueden ya modificarlo.”⁵⁰

- *Testamento nuncupativo*.- La ley I establece lo hace el testador descubiertamente ante siete testigos, ante los cuales demostraba por palabra o por escrito a quienes instituía como herederos y como ordenaba y repartía sus demás cosas.

⁵⁰ Alfonso X El Sabio. Las Siete Partidas. Ed. Castalia. Madrid, España. 1992. pp. 339 – 340.

- *Testamento escrito.*- Se tenía que realizar por escrito y no de otra forma, hecho ante siete testigos los cuales eran llamados y rogados por el testador y ninguno debía ser esclavo, ni menor de catorce años, ni mujer, ni hombre de mala fama, ni mudo, ni ciego, ni sordo; después de haber sido escrito el testamento, debía doblarse la carta y ponerse siete cuerdas, de tal manera que quedaran colgadas para que cada testigo pusiera en ellas su sello y suficiente pergamino blanco fuera del dobles para que el testador y testigos pusieran sus nombres, después que este decía lo siguiente “Yo fulano, otorgo que hice dicho testamento en la manera en que está escrito en esta carta, a su vez los testigos escribían lo siguiente: “Yo fulano, soy testigo de este testamento que lo hizo tal hombre estando yo presente” , cuando alguno no sabía escribir podía cualquiera de los otros hacerlo por mandato de aquel, cerrándose con las mismas cuerdas.

En la ley III se establecía una vez iniciado el testamento no se puede interrumpir ni incluirse hechos extraños sin motivo que justifique la suspensión del acto testamentario.

- *Testamento militar.* Lo encontramos en la ley IV, establece el militar que haga testamento fuera del ejército, lo realizará de la misma manera que los otros hombres, si lo hace dentro del ejército, frente a dos testigos llamados y rogados por el testador, si está en contienda o en peligro de muerte lo podía hacer como pudiera o quisiera, verbal o escrito pero si ser probado por el testimonio de dos hombres buenos, entonces tendría validez.
- *Testamento del ciego.* Se considera dentro de los testamentos privilegiados, única forma en que el ciego podía hacer su testamento, hecho en presencia de escribano público y siete testigos, manifiesta su voluntad para nombrar herederos y sus disposiciones, a su vez el escribano público redactaba todas las cláusulas por escrito, en presencia del testador y los testigos. En la ley XIV

se establece que el ciego que testa, tenía que emplear la fórmula nuncupativa o el escribano anotar lo que el testador dicte, ya que la ley señala este único medio como procedente.

- *Testamento hecho con fé pública.* Testamento otorgado a algunos hombres que por ley o por derecho, tenían prohibición para testar, se realizaba ante la presencia del emperador o del rey quien autorizaba el otorgamiento del testamento y único testigo.

- *Testamento de los aldeanos.* En la partida sexta, ley V, título I se concede privilegio a los aldeanos para realizar testamento escrito, si en el lugar donde vivía el testador no había siete testigos que pudieran escribir, se podía realizar ante cinco los cuales eran llamados para celebrar el acto, suscribían sus nombres en la carta de testamento, cuando alguno no sabía o no podía escribir, lo hacía el que supiera hacerlo y en este caso, el testamento no podía ser secreto, dándose lectura del mismo en presencia de las partes.

C) Novísima Recopilación.

“Se conoce con este nombre a la recopilación ordenada de las leyes de España, en ella se incluyen las normas de la nueva recopilación, siendo en realidad este cuerpo de leyes, una reproducción con distinto método, de las mismas leyes contenidas en aquella con supresión de algunas y adición de otras, que se habían publicado desde la última edición de aquella.”⁵¹

La novísima recopilación fue un esfuerzo desmedido de recopilar y ordenar una legislación dispersa y desactualizada, lamentablemente un esfuerzo en vano, en las distintas materias se encuentran lagunas inmensas, intentándose suplir con citas y referencias continuas de los mismos antiguos códigos que se trataban de reformar.

⁵¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. T XX. Op. cit. pp. 435-436.

Mandada realizar por Real Cédula de Don Carlos IV, por la gracia de Dios, Rey de Castilla, de León, de Aragón, de las Dos Sicilias, con fecha de 2 de junio de 1805 y publicada por Cédula Real el 15 de julio de 1805, revisada por la junta de Ministros y sancionada por el monarca con el nombre de Novísima Recopilación.

El contenido de esta obra constituye una recopilación muy vasta de las leyes españolas, se encuentra dividida en 12 libros con 340 títulos, lo relativo a las herencias está en el Libro Décimo. De los contratos, obligaciones, testamentos y herencias en el cuál se ubican las siguientes formas testamentarias:

❖ *Testamento abierto o nuncupativo.*- En la Novísima Recopilación se establecen cuatro formas de elaborar, el testamento nuncupativo.

1. Cuando el testador realizaba el testamento en presencia de escribano público y de tres testigos vecinos del lugar.
2. En el momento en que el testador hacía su testamento en presencia de cinco testigos, vecinos del lugar.
3. Si el testador quería hacer su testamento y no se contaba ni con el escribano público ni con los cinco testigos, lo podía hacer en presencia de tres testigos únicamente vecinos del lugar en donde se realizaba el acto testamentario.
4. En el momento que el testador manifestaba su última voluntad en presencia de siete testigos aunque no tuvieran la calidad de vecinos del lugar, en donde se realizaba el acto.

Cualquiera de estas formas eran validas, aún cuando el testador no hubiera instituido heredero alguno, aunque en caso de haberlo instituido y este no aceptaba, era

válido. Esta ley daba al testador la facultad de nombrar sustituto, sino aceptaba el instituido ó renunciaba a la herencia, en ese caso el sustituto la pudiera aceptar.

- ❖ *Testamento cerrado o in scriptis.*- En el cuál el testador, en el momento de celebrar el acto testamentario presentaba su última voluntad contenida en un pliego de papel ante la presencia de un escribano público y siete testigos por lo menos, los cuales tenían que firmar encima de la escritura del testamento junto con el testador y debía contener el sello del escribano público.
- ❖ *Testamento del ciego.*- El testador manifiesta su última voluntad en presencia de cinco testigos por lo menos; esta figura, no es otra cosa que el testamento nuncupativo o abierto.
- ❖ *Testamento por comisario.*- Lo encontramos en la Novísima Recopilación en el libro 10, título 18, ley 3, en la cuál se facultaba al testador para hacer su testamento, dando poder a otra persona quien realizaba el testamento por el ó cualquier otra voluntad por estar este, condenado por delito a muerte civil o natural; su comisario podía disponer de los bienes del testador con excepción de los confiscados o estuvieran por confiscar; el comisario no podía instituir heredero, sólo lo hacía si le daba el testador poder especial para hacerlo.
- ❖ *Testamento militar.*- Al igual que en otros ordenamientos, en la Novísima Recopilación, los militares gozaron de privilegios, se establece que eran válidas todas las disposiciones testamentarias que realizaran ya fuera en campaña, en cuartel o en marcha, siempre que disfrutaran del sueldo militar.

Como conclusión del derecho sucesorio español podemos citar:

- Dentro de la legislación civil española el *testamento* adquiere una importancia relevante al ser un medio seguro para disponer del patrimonio para después de la muerte.

- La Nueva y la Novísima Recopilación, enriquecieron la vida jurídica de España con sus aportaciones en materia de sucesiones, dándole otra forma al testamento nuncupativo.
- El testamento nuncupativo se otorgaba ante siete testigos aunque estos no fuesen vecinos y sin necesidad de escribano.
- También introdujo el testamento militar, aunque en su evolución vemos la influencia del Derecho Romano y luego del Derecho Francés, hasta llegar a adecuarse a las costumbres locales.

Damos inicio al estudio de la legislación mexicana para concluir con el estudio de los antecedentes históricos del tema que nos ocupa.

III. Derecho Mexicano.

Al estudiar la evolución del Derecho Mexicano es frecuente omitir la época anterior a la llegada de los españoles, quizás porque se considera que las instituciones existentes en ese entonces no tienen relación alguna con nuestra actual legislación, sin embargo en las costumbres regionales de nuestro país perviven conceptos y normas del derecho prehispánico.

Encontramos que en grupos como los toltecas, mayas y aztecas, se permitía disponer en vida de los bienes y derechos (dignidad sobretodo) no patrimoniales para después de la muerte, esto es, se tiene conocimiento ya del testamento, así el derecho sucesorio logra desarrollarse de manera trascendental y eficaz para mostrar una concepción jurídica bastante elevada.

La época colonial se ve marcada por la conquista de los españoles, junto con ella aparece en la vida jurídica nacional una serie de instituciones que se implantaron, en ellas encontramos tres cuerpos de leyes a saber:

- a) Leyes españolas que estuvieron vigentes en la Nueva España.
- b) Las creadas para las colonias de España en América. (Leyes de Indias).
- c) Las expedidas directamente para la Nueva España.

A partir de la Independencia los gobiernos mexicanos promulgaron una gran cantidad de leyes que tenían como base la legislación española, aún consumada la independencia siguió vigente en el derecho colonial.

El Derecho Privado Mexicano quedó conformado por leyes dictadas por el rey de España, para las colonias en general o para la Nueva España, estas leyes estaban formadas por el derecho real de Castilla e Indias, la Novísima Recopilación, el Fuero Real, el Fuero Juzgo y las Siete Partida, “la efervescencia política de nuestro país no permitió que se encontraran nuevos lineamientos para dictar nuevas leyes, es hasta 1870 cuando se expiden nuestros códigos; con la excepción del Estado Libre de Oaxaca que en el año de 1827-1828 promulgó el primer Código Civil de la República Mexicana, de Ibero América y de todo el mundo de habla española y portuguesa.”⁵²

A) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.

El Código Civil de 1870, tiene como antecedentes un proyecto que por encargo oficial redactó en 1859 el doctor Justo Sierra, proyecto concluido en el año de 1861.

El Código Civil en comento, fue una de las más avanzadas legislaciones de su tiempo, ello es así por su sistema y claridad de expresión siendo con esto uno de los cuerpos de leyes mejor redactados.

⁵² Moreno de Anda. Op. cit. p. 133.

“Denominase Código Civil al conjunto de leyes que forman un cuerpo sistemático, coherente y orgánico destinado a regular los derechos de la personalidad, la familia, el patrimonio, la herencia y en sí, todas las relaciones jurídico-patrimoniales entre particulares.”⁵³

El Código Civil de 1870 surge de la necesidad de crear una legislación que regulará de manera general las materias de derecho privado, encargado por el presidente Benito Juárez al doctor Justo Sierra en 1859; es la primera codificación de Derecho Civil en México de alcance nacional, dictado para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, el proyecto redactado por Justo Sierra es tomado del Código Civil Español de 1851 quien a su vez tomó como modelo la Legislación Francesa (Código de Napoleón).

Aprobado por el Congreso el 8 de diciembre de 1870 mediante decreto respectivo, entra en vigor el 1º de marzo de 1871, es la primera legislación que contempla las sucesiones en México.

Definió al testamento en su artículo 3374 como “El acto por el cuál una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos.”⁵⁴ En el artículo 3375 el “testamento es un acto personal, que no podía desempeñarse por procurador.”⁵⁵

El Código Civil en referencia en su “artículo 3750 clasifica, al “testamento en cuanto a su forma es público o privado.”⁵⁶ Aquel que se otorgaba ante Notario Público y testigos idóneos y se extendía en papel del sello correspondiente era el testamento

⁵³ Enciclopedia Jurídica Mexicana. T II. Op. cit. p. 217.

⁵⁴ Legislación Mexicana Colección Completa de las Disposiciones Legislativas. (Código Civil de 1870) T XI Ed. Imprenta del Comercio, De Dublán y Chávez, Á cargo de M. Lara (hijo). México, D. F. 1879. p. 405.

⁵⁵ Loc. cit.

⁵⁶ Ibidem. p. 428.

público y el otorgado ante testigos idóneos, sin intervención de Notario, publicado o no en papel sellado era el testamento privado (artículos 3751 y 3752).

El testamento público podía ser abierto o cerrado según el artículo 3753, *testamento público abierto*, “el dictado por el testador de modo claro y terminante, en presencia de tres testigos y el Notario, éste redactará por escrito las cláusulas y las leerá en voz alta, para que el testador manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán todo el instrumento asentándose lugar, hora, día, mes y año en que hubiere sido otorgado.”⁵⁷

El artículo 3775 del Código Civil de 1870 establece “El testamento público cerrado puede ser escrito por el testador ó por otra persona, á su ruego y en papel común.”⁵⁸

“El testador debe rubricar todas las hojas y firmas al calce del testamento, y sino puede o no supiere podrá hacerlo otra persona a su ruego...”⁵⁹ en este testamento el testador se reserva su última voluntad encontrándose contenida en el pliego presentado a las personas autorizadas para tal acto (Notario y tres testigos). El Notario daba fe del otorgamiento y procedían a la firma del documento el testador, los testigos y el Notario, quien ponía su sello.

El testamento militar era el redactado en papel común, otorgado por los militares o empleados civiles del ejercito cuando hacían su testamento al entrar en guerra o heridos en campo de batalla, bastaba que declarase su última voluntad ante dos testigos idóneos o ante los mismos presentara el pliego cerrado con su disposición escrita y firmada de puño y letra, estos testamentos escritos se entregaban a la muerte del testador al jefe inmediato del fallecido, el cuál lo remite al ministerio de guerra y este a la autoridad judicial competente citando a los testigos y procediendo conforme a derecho.

⁵⁷ Ibidem. P. 429.

⁵⁸ Ibidem. p. 430.

⁵⁹ Loc. cit.

Podían realizar testamento marítimo todos aquellos que estaban en alta mar a bordo de navíos de marina nacional de guerra o mercante, escrito en presencia de dos testigos y el comandante del navío; era leído, datado y firmado conforme a la forma de los testamentos privados, en todos los casos debían firmar siempre el comandante y los dos testigos, podían realizarse en papel común y todas las formalidades realizarse en un solo acto, el capitán daba fé de que se cumplieron, se realizaba por duplicado (guardándose con los documentos de la embarcación) registrándose en el diario de esta, si el buque arribaba a puerto donde existía cónsul mexicano se depositaba un ejemplar del testamento fechado, sellado y con copia de nota la cuál debía constar en el diario de la embarcación, al arribar a territorio mexicano se entregaba el otro ejemplar o los dos sino se dejó alguno en otra parte a la autoridad marítima del lugar. Los cónsules o autoridades al recibir dicho ejemplar levantan acta de entrega y la remiten con los ejemplares al ministro de relaciones, el cuál pública la noticia del fallecimiento del testador y los interesados procedieran a la apertura del testamento, este tipo de testamentos producía los efectos legales del testador fallecido en alta mar.

El Código Civil en comento establecía el testamento hecho en país extranjero producirá efectos en el Distrito y en la California conforme con el artículo 3834 siempre que estuvieran formulados conforme a la ley del país en que se otorgaron, se hacía ante funcionarios (secretarios, cónsules), quienes hacían la función de Notario en el otorgamiento de los testamentos de los nacionales, este testamento debía llevar el sello de la legación o consulado respectivo y seguirse los lineamientos de los testamentos públicos abiertos y cerrados.

B) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.

El Código Civil de 1884 más que un nuevo Código fue una reproducción del Código Civil de 1870, dictado sólo para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California,

aunque más tarde se aplico a los nuevos territorios federales, con algunas variantes se adopto por los Estados, codificación Civil de la República, la cuál introduce la libertad de testar.

En este Código Civil encontramos en el artículo 3237 al *testamento* “El acto por el cuál una persona dispone para después de su muerte de todos los bienes ó parte de ellos...”⁶⁰, las formas reglamentadas en este Código son las mismas del Código de 1870, y son las siguientes:

1.- *Testamento Público*, artículo 3482 “el que se otorga ante Notario y testigos idóneos y se extiende en papel con las estampillas del timbre que señala la ley.”⁶¹

- *Testamento público abierto*.- Según el artículo 3485 “es abierto cuando el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto.”⁶²
- *Testamento público cerrado*.- Conforme al artículo 3486 “cuando el testador sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que deben autorizar el acto.”⁶³

2.- *Testamento Privado*, artículo 3483 “el que se otorga ante testigos idóneos, sin intervención de Notario, pudiendo extenderse o no en papel timbrado.”⁶⁴

- *Testamento militar*.- Los militares y los empleados civiles del ejército, luego que entren en campaña, podrán testar en la forma privada, sujetándose a las formalidades prescritas.

⁶⁰ Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884. Ed. Imprenta de Francisco Díaz de León. México, D. F. 1884. p. 345.

⁶¹ Ibidem. p. 368.

⁶² Loc. cit.

⁶³ Loc. cit.

⁶⁴ Loc. cit.

- *Testamento marítimo.*- El artículo 3555 establece “los que se encuentren en alta mar, a bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra o mercante, pueden también testar bajo la forma privada, sujetándose a las prescripciones que se establecen.”⁶⁵ Además será escrito, ante dos testigos y el comandante del navío, leído, datado y firmado.
- *Testamento hecho en país extranjero.* Los testamentos hechos en país extranjero, producirán efecto en el Distrito y en la California, cuando hayan sido formulados auténticamente conforme a las leyes del país en que se otorgaron.

Se puede decir que la forma de legislar los testamentos presenta ya características importantes como es la solemnidad, el testador manifestaba su voluntad ante Notario o lo hacía por escrito, indicando al Notario y los testigos que en ese sobre cerrado se encontraba su disposición testamentaria; especial, sí se realizaba ante la ausencia del Notario y privilegiado en las ocasiones realizadas en el mar ó en país extranjero.

C) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal de 1928.

- Por encargo de la Secretaría de Gobernación, se designa la creación de una comisión a Francisco H. Ruiz, Ignacio García Téllez, Ángel García Peña y Fernando Moreno quién formuló el proyecto.
- Promulgándose sucesivamente el 26 de mayo, el 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928 por el presidente Plutarco Elías Calles.

⁶⁵ Ibidem. p. 375.

- Inicia su vigencia el 1º de octubre de 1932, cuatro años después de su publicación.
- Su innovación con respecto a los anteriores consiste en su aplicación a toda la República en materia Federal.

Del análisis de este Código en materia de sucesiones se habla de la herencia en la cuál se transmiten bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, así como el derecho de heredar a la concubina, si ésta había hecho vida marital con el autor de la herencia ó había procreado hijos con él. Cataloga al heredero y legatario conforme a la manera de adquirir los bienes de la masa hereditaria, protegiéndolos a través del beneficio de inventario. En este Código se adoptan dos tipos de sucesiones, la testamentaria y la legítima, prevalece la primera sobre la segunda, apoyada en el parentesco y la legítima como supletoria en los siguientes casos:

- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes.
- Invalidez del testamento.

Este Código señala al testamento en su artículo 1295 como “Un acto personalísimo, revocable y libre, por el cuál una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte...”⁶⁶, el testamento en cuanto a su forma según el artículo 1,499 es ordinario o especial.

a) *Testamentos ordinarios ó comunes.* Aquéllos para cuyo otorgamiento se requiere ocurran situaciones normales en cuanto a tiempo, lugar, condiciones del otorgante y circunstancias que medien para que el autor de la disposición lleve a cabo

⁶⁶ Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en Materia Federal. Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México, D. F. 1928. p. 280.

legalmente el acto jurídico testamentario. En este se requiere mayor número de solemnidades, tienen duración indefinida, son de tres tipos (artículo 1,500)

- *Testamento público abierto.* Es el más comúnmente usado, se llama público porque se otorga ante Notario, por lo tanto es un instrumento público el cuál requiere por lo menos de tres testigos idóneos, es abierto porque se otorga en el protocolo del Notario, en presencia de los testigos los cuales escuchan la voluntad del testador, escrito por que se conserva en el protocolo del Notario y se guarda en el Archivo General de Notarias.
- *Testamento público cerrado.* Se denomina así porque se otorga en papel común, se pone en un sobre y se cierra, después se deposita ante Notario, acto del cuál se tira una escritura y por tal tiene el carácter de instrumento público, el contenido se ignora por el Notario y los testigos, el testador debe rubricar las hojas y firmar al calce, este testamento se realiza en dos ocasiones; primera en el momento que se otorga y segundo en el momento en que se abre.
- *Testamento ológrafo.* Es el testamento, todo él escrito de puño y letra del testador sin intervención de Notario, ni algún otro funcionario, bastaba que el testador expresara de manera clara y terminante su voluntad sobre el destino de sus bienes para después de su muerte, para que tenga validez el testador tiene que depositar el testamento original y duplicado en sobres cerrados y lacrados en el Archivo General de Notarias.

b) *Testamentos especiales ó privilegiados.* Los otorgados por el testador cuando median situaciones de emergencia y en alguna forma hay imposibilidad para cumplir con los requisitos de un testamento ordinario, en estos se requiere menor número de solemnidades, tienen una duración de 30 días contados a partir del momento en el cuál cesa la emergencia que les dio origen, son testamentos especiales:

- Testamento privado.
- Testamento militar.
- Testamento marítimo.
- Testamento hecho en país extranjero.

Por lo que respecta al estudio de los antecedentes históricos del testamento terminaremos con el estudio del Código Civil del Distrito Federal de 2000.

D) Código Civil para el Distrito Federal de 2000.

- En vigor a partir del 1º de octubre de 1932 según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 12 de septiembre de 1932.
- En el Título Tercero, capítulo I, encontramos todo lo referente a la forma de los testamentos.
- La definición del Código Civil para los testamentos en forma general en su artículo 1295 es la siguiente: “*testamento* es un acto personalísimo, revocable y libre por el cuál una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.”⁶⁷

El artículo 1499 del Código Civil establece, el testamento en cuanto su forma es ordinario ó especial:

Testamentos.

Testamento Ordinario	Testamento Especial
Artículo 1500	Artículo 1501
. Público abierto	. Privado
. Público cerrado	. Militar
. Público simplificado	. Marítimo
. Ológrafo	. Hecho en país extranjero

⁶⁷ Agenda Civil del Distrito Federal. (Código Civil) Ed. ISEF. México, D. F. 2007. p. 143.

El testamento público simplificado, se otorga ante Notario, respecto de los inmuebles de interés social, destinado a vivienda por el adquirente en la misma escritura en la cuál se consigne su adquisición ó en la referente a 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.

Con esta clasificación terminamos el estudio de los antecedentes históricos del testamento.

En este capítulo hemos realizado un recorrido a través de distintas épocas que marcaron de forma importante los antecedentes históricos del testamento.

Conforme a lo analizado en el mismo pudimos ver el cambio dado con el paso del tiempo en la realización de los distintos tipos de testamentos; en el sistema sucesorio romano consideró que la característica imperante era la de solemnidad, cimentado en la fuerte constitución de la familia concentrada en el paterfamilias el cual era el jefe y quien debería figurar como adalid del culto a los dioses familiares, así el paterfamilias tenía una jefatura domestica omnímoda de tal manera que a su muerte tenía que nombrar quien lo reemplazara, necesitándose la existencia de herederos y su concreción mediante testamento, siendo el nombramiento hecho por el testador conforme a las solemnidades establecidas para cada testamento, el factor esencial no importando la existencia de bienes; el cargo era lo importante, la solemnidad con que se realizaba el acto para que fuera valido el testamento era lo determinante en el buen término de dicho acto.

En el sistema sucesorio español consideró que la característica imperante es la formalidad, en este ya no existe la familia como unidad política y religiosa, se trata de una comunidad unida por lazos de sangre, ya no aparece la figura suprema del paterfamilias como jefe absoluto y de dirección de grupo, por lo tanto al fallecimiento

del testador no surge la imperiosa necesidad de que hubiera nombramiento de herederos por testamento, se podían constituir ya herederos o legatarios en virtud de la ley conforme a la relación de parentesco que se tuviera con el testador, es decir, los beneficiarios concretos de determinados bienes, sin que se diera la confusión de patrimonios entre el heredero y el causante, como existe hoy en día.

CAPÍTULO SEGUNDO.

ASPECTOS GENERALES DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA.

I. Sujetos del derecho hereditario.

“El estudio de los sujetos del derecho hereditario, tiene por objeto determinar qué personas intervienen en todas las relaciones posibles que puedan presentarse tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria.”⁶⁸

Consideramos necesario hablar en primer lugar del autor de la herencia, en torno a su muerte, giran las sucesiones y si dicto alguna disposición de última voluntad, está será la predominante.

En segundo lugar hablaremos del heredero, es el encargado de ejecutar las disposiciones contenidas en el testamento, su desempeño en la sucesión depende de las disposiciones para él específicamente dejadas y establecidas por el autor de la sucesión; hablaremos de los legatarios como sujetos del derecho hereditario los cuales adquieren bienes o derechos determinados a título particular, son junto con los herederos responsables solidarios; después hablaremos del Notario y por último de los testigos.

A) Testador.

El sujeto más importante del derecho sucesorio, lo constituye la figura del causante, transmitente, autor de la herencia, “*de cuius*”, tratándose únicamente de la sucesión legítima en donde lo vemos como término de relación para que opere la transmisión

⁶⁸ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil T II. (Bienes. Derechos Reales y Sucesiones) 26ª ed. Ed. Porrúa. México. D. F. 1995. p. 280.

a título universal, con motivo de su muerte; pero al hablar de la persona como el testador implica forzosamente la existencia del acto de última voluntad llamado testamento.

Ahora bien el “*de cuius*, autor de una sucesión, causante de la herencia, persona fallecida y que deja un patrimonio, ó bien la persona declarada legalmente con presunción de muerte,”⁶⁹ es de suma importancia en cualquier sistema hereditario, a partir de la extinción de su personalidad podemos dar inicio al proceso sucesorio.

Además el testador debe tener capacidad intelectual, ser capaz de testar y conforme al artículo 1306 del Código Civil del Distrito Federal mayor de dieciséis años de edad, condiciones a reunir con las cuales el testamento es valido.

B) Derechos y obligaciones del heredero.

Antes de establecer cuáles son los derechos y obligaciones del heredero es necesario dar un concepto del mismo, para Galindo Garfías, “son herederos testamentarios aquellos designados por el “*de cuius*” en el testamento, son los sucesores en la titularidad del patrimonio del deudor, por haber sido designados en tal calidad, en el testamento del autor de la herencia.”⁷⁰

Heredero es la persona a quien se atribuye la universalidad del patrimonio o una parte alícuota de la misma, puede ser una persona física o una persona jurídica, puede ser mayor o menor de edad, el concebido no nacido puede ser heredero, si nace vivo y viable, es propiamente el sucesor del “*de cuius*” sustituido en la titularidad de su patrimonio y por esto responde de las cargas de la herencia hasta el monto de lo heredado.

⁶⁹ Torres Estrada, Alejandro. Diccionarios Jurídicos Temáticos (Sucesiones) volumen 3. Ed Oxford. México, D. F. 2003. p. 24.

⁷⁰ Galindo Garfías, Ignacio. Derechos Reales y Sucesiones. Ed. Porrúa. México, D. F. 2002. p. 211.

Si el testador deja un bien o conjunto de bienes especificados se esta a una disposición a título particular y por tanto se trata de un legado, el legatario no sucede en ninguna titularidad simplemente recibe un bien de la herencia.

En el artículo 1284 del Código Civil del Distrito Federal se establece “el heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda.”⁷¹

Por lo tanto es la voluntad del testador la determinante de la calidad de herederos, cuando el testamento es válido legalmente.

La institución de heredero puede existir o no en el testamento otorgado válidamente por el causante, el acto jurídico de última voluntad puede contener la disposición de los bienes y derechos o simplemente la declaración o cumplimiento de ciertos deberes.

Son herederos legítimos, aquellas personas cuando a falta de declaración testamentaria válida, entran a la titularidad y posesión de los bienes y deudas que constituyen el patrimonio del “*de cuius*”, cuando no hay testamento.

Son herederos legítimos o “*ab – intestato*”, el cónyuge o concubino de la persona fallecida así como los descendientes en el orden establecido por la ley.

Con todo esto nos encontramos ya, en situación de establecer cuales son los derechos y obligaciones del heredero:

El heredero sucede al causante en la titularidad de los derechos que aquel poseía.

- Será dueño de las cosas de las cuales era propietario.
- Acreedor de quienes eran deudores del causante.

⁷¹ Agenda Civil del D. F. (Código Civil). Op. cit. p. 142.

- Los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras no se hace la división.
- Propietario y poseedor de pleno derecho en el momento mismo de la apertura de la herencia.
- Adquiere derecho a las accesiones y a los frutos.

Además el heredero tiene ciertos derechos a título propio como son:

- El de aceptar o repudiar la herencia.
- Acogerse al beneficio de inventario.
- La acción de petición de la herencia.
- Reclamar la partición.
- Facultad de ceder los derechos y acciones hereditarias.

Junto con los derechos, el heredero adquiere obligaciones como son:

- ❖ Pago de deudas mortuorias, o sea las procedentes de gastos funerales y de última enfermedad.
- ❖ Deben pagarse los gastos y las cargas de la herencia, con lo cuál pueden tramitarse y aplicarse los bienes y los créditos alimenticios.
- ❖ Pagarse las deudas hereditarias o sea las contraídas por el testador y en consecuencia transmitidas al morir.
- ❖ Pagar los legados a cargo de los herederos porque son deudas impuestas por el testador.

El sucesor va a sustituir al fallecido en la titularidad de su patrimonio y a sub – entrar en esa relación al momento de la muerte de aquel, es necesario sea un ser jurídicamente viviente con personalidad reconocida por el derecho y como tal, exista ya en el momento de esa muerte y sea capaz de ocupar el puesto vacante dejado por el difunto.

C) Derechos y obligaciones del legatario.

El legatario es un sucesor "*mortis causa*" a título particular, no sustituye al "*de cuius*" en la titularidad del patrimonio, sino sólo en cosas particulares.

Asprón Pelayo establece el "legado es la institución testamentaria mediante la cuál el legatario adquiere a título particular el derecho a una prestación de dar o de hacer, sin más modalidades que las expresamente impuestas por el testador, además se tiene una responsabilidad subsidiaria respecto de la responsabilidad de los herederos y con límite hasta donde alcance la cuantía de la prestación legada."⁷²

El Código Civil establece los legatarios se regirán por las mismas normas establecidas a los herederos, la figura del legado no existe en la sucesión in testamentaria.

La institución de legatario se distingue de la institución de heredero porque el legatario, sólo recibe cosas determinadas, servicios o prestaciones concretas e individuales; el heredero, en cambio, recibe siempre un patrimonio o una parte alícuota de él, se incluyen bienes, derechos y obligaciones.

La liberalidad del legatario sólo se verá afectada cuando el testador expresamente le imponga alguna carga, en principio no responde de las cargas de la herencia ni de otros legados con los cuales no esta expresamente gravado.

La responsabilidad de los legatarios es subsidiaria porque si los bienes dejados al heredero no son suficientes para cubrir el pasivo hereditario deberán responder entonces los legatarios con los bienes que les fueron legados.

⁷² Asprón Pelayo, Juan Manuel. Sucesiones. 2ª ed. Ed. Mc. Graw – Hill. México. D. F. 2002. p. 86.

En el Código Civil del Distrito Federal se encuentran comprendidos los distintos tipos de legados, los cuales explicaremos a continuación:

1. Legados Remuneratorios.- Son aquellos que el testador establece como una forma de agradecimiento por un servicio prestado, por el cuál no tenía obligación de pagar.
2. Legados Preferentes.- La ley o el testador indican cuales tienen ese carácter tal es el caso indicado en el artículo 1401 del Código Civil establece “el acreedor cuyo crédito no conste más que por testamento, se tendrá para los efectos legales como legatario preferente.”⁷³
3. Legados Alternativos.- Comprende dos o más cosas, de las cuales por, elección del heredero, alguna de ellas será entregada al legatario. Si es el legatario quien puede escoger se llama de opción.
4. Legado por su Objeto.- Se clasifican a su vez en legados de cosa y legados de servicio.

a) Legado de Cosa. Es el que consiste en transmitir a una persona una cosa. Por ejemplo lego a “X” mi casa, mi automóvil o cien mil pesos. Este tipo de legado puede ser de cosa individualmente determinada, de un género o especie, los cuales tienen diversos tratamientos.

- De cosa del Testador. En este caso el testador lega algo concreto de su patrimonio presente, si la cosa se encuentra entre los bienes de la herencia el legado es válido, aunque si se pierde, o destruye, el legatario no adquiere ningún derecho.

⁷³ Agenda Civil del D. F. (Código Civil) Op. cit. p. 153.

➤ De cosa ajena.- Consiste en la disposición testamentaria dejada por el testador al morir o testar al legatario de una cosa, la cuál no era de su patrimonio.

- Artículo 1432 Código Civil del D. F. “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 valor en dinero.”⁷⁴
- Artículo 1434 del Código Civil del D. F. “Si el testador ignoraba que la cosa era ajena y la creyera propia el legado no tiene validez”⁷⁵
- Artículo 1435 del Código Civil del D. F. “Si el testador adquiere luego de testar lo que no sabía que era ajeno el legado es válido.”⁷⁶
- “Si el propietario de la cosa legada es del heredero o de otro legatario, el legado es válido.”⁷⁷
- Si la cosa es propia en parte y ajena en el resto para el testador, sólo 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.

b) Legado de Servicio.- Cuando lo legado es el hecho de un tercero, por ejemplo la operación de cualquier médico, aquí se cuantifica el precio.

5. Legado de usufructo, uso, habitación o servidumbre.- Este tipo de legados subsistirán mientras viva el legatario, siempre y cuando el testador no disponga dure menos y solo pueden durar 20 años si fueran dejados a alguna

⁷⁴ Ibidem. p. 156.

⁷⁵ Loc. cit.

⁷⁶ Loc. cit.

⁷⁷ Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho de Familia y Sucesiones. Ed. Harla. México, D. F. 2003. p. 325.

corporación la cuál tuviere capacidad de adquirirlos. Si la cosa legada estuviere sujeta a usufructo, uso o habitación, el legatario debe prestarlos hasta cuando legalmente se extingan, sin tener el heredero obligación de ninguna clase.

6. Legado de Prestación o Servicio.- Es la disposición testamentaria la cuál concede el derecho a percibir alguna cosa o servicio como dinero, comida, asistencia médica, etcétera al legatario entregados periódicamente por tiempo determinado y son:

a) Legado de Pensión.- Otorga al legatario el derecho de percibir un pago periódico en dinero en una cantidad determinada por el “*de cuius*” y por un plazo establecido por el testador, el cuál puede ser por toda su vida, regulado en el artículo 1468 del Código Civil del Distrito Federal.

b) Legado de Alimentos.- Este tipo de legado se encuentra regulado en el Código Civil en los artículos 1463,1464, 1465 y dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone dure menos, si no señala el testador la cantidad de alimentos se debe observar lo dispuesto en el Capítulo II, Título VI del Libro Primero y si el testador daba en vida al legatario cierta cantidad de dinero por concepto de alimentos; se debe entender legada esa misma cantidad, si esta no resultare en notable desproporción de la herencia.

c) Legado de Educación.- Es el realizado por el testador con el cuál el legatario tendrá los recursos suficientes para poder realizar estudios o prepararse en algún oficio o profesión por eso se considera cumplido si la educación es concluida o si contrae matrimonio, regulado en los artículos 1466 y 1467 del Código Civil del Distrito Federal.

7. Legado de Crédito y Deuda.- Legado a un tercero un crédito debido al testador, debe considerarse el crédito íntegro, suerte principal más réditos debidos, aunque sean atrasados.

La institución de legatario otorga a este derecho y obligaciones, por lo tanto tiene derecho a:

1. Recibir la cosa legada con todos sus accesorios, mejoras y frutos pero no las nuevas adquisiciones agregadas a una propiedad, para aumentarla si no hay una nueva declaración del testador.
2. Exigir al heredero le otorgue fianza.
3. Exigir la constitución de la hipoteca necesaria por parte de los otros legatarios cuando toda la herencia se distribuye en legados.
4. Exigir a 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.

Y esta obligado el legatario a:

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.

D) Derechos y obligaciones del albacea.

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

Los albaceas son las personas designadas por el testador, por los herederos o por el juez para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al “*de cuius*”, así como para cumplir las obligaciones, procedentes a la administración, liquidación y división de la herencia. Es decir “son los órganos representativos de la comunidad hereditaria para proceder a su administración, liquidación y división y en su caso, los ejecutores de las disposiciones testamentarias.”⁷⁸

El albacea tiene las siguientes obligaciones:

- Presentación del testamento.
- Aseguramiento de los bienes de la herencia.
- Formación de inventarios y avalúos.
- Administración de los bienes y la rendición de cuentas del albaceazgo.
- Pago de deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias.
- Partición y adjudicación de los bienes entre herederos y legatarios.
- La defensa en juicio y fuera de él.
- Representar a la sucesión.
- Entregar al ejecutor especial lo necesario para su encargo.

El albacea tiene derecho:

- A la retribución. El Albacea tiene derecho a recibir una retribución la cuál puede ser señalada por el testador, sino la designa cobrará el dos

⁷⁸ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano T IV. (Sucesiones) 8ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 1997. p. 175.

por ciento sobre el importe líquido y efectivo de la herencia y el cinco por ciento sobre los frutos individuales de los bienes hereditarios.

- Se le abone el importe de los gastos hechos por el cumplimiento de su encargo.
- El de libre ejercicio de su función.

E) Notario.

La palabra Notario proviene del latín nota de “*noscere*” significa conocer, debido a que él escribía en notas los contratos o actos, los cuales le pasaban o le dictaban los interesados, quienes requieran sus servicios.

El Notario es un licenciado en derecho investido de fé pública facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en los cuales se consignen los actos y hechos jurídicos.

Encontramos en el artículo 42 de la Ley del Notariado del Distrito Federal una definición de Notario “es el profesional del derecho investido de fé pública por el Estado y tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fé, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.”⁷⁹

“El Notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fé de ellos. Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, árbitro o asesor internacional, en los términos señalados en las disposiciones legales relativas.”⁸⁰

⁷⁹ Agenda Civil del D. F. (Ley del Notariado para el D. F.) Op. cit. p. 10.

⁸⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. 11ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 2001. p. 161.

F) Testigos.

Es la persona, la cuál no es parte en el proceso y comparece en el mismo para contribuir al esclarecimiento de los hechos, por tener conocimiento de ellos con anterioridad a la iniciación de un juicio, por haberlos presenciado directamente.

Los *testigos* en un testamento son las personas participantes en el otorgamiento del mismo, por exigirlo en la ley o pedirlo el testador o el Notario, pueden ser *testigos de conocimiento*, cuya misión es identificar al testador ó *testigos instrumentales* concurren con el testador al otorgamiento del testamento.

Los testigos instrumentales son elementos esenciales de los testamentos, son integrantes del acto y de la solemnidad, pueden ser testigos, todas las personas menos a quienes la ley se los prohíbe.

Analizando los distintos tipos de testamento existentes, encontramos el número de testigos requeridos para cada uno de ellos:

- Público abierto: regla ninguno, excepción dos.
- Público cerrado: regla tres, excepción sordo – mudo con cinco testigos.
- Ológrafo: ninguno, habla de dos testigos de identidad, no de testigos instrumentales.
- Público simplificado: ninguno.
- Privado: regla cinco, en caso de urgencia tres testigos.
- Militar: dos testigos.
- Marítimo: dos testigos.

II. Supuestos del derecho hereditario.

“El estudio de los supuestos del derecho hereditario tiene por objeto determinar las diversas hipótesis normativas y su realización a través de hechos, actos o estados jurídicos, que producen consecuencias tanto en la sucesión legítima cuanto en la testamentaria.”⁸¹

Podemos considerar que por su orden de importancia los supuestos del derecho hereditario son los siguientes:

1.- *Muerte del autor de la herencia.* Es de fundamental importancia, constituye el supuesto jurídico condicionante de todos los efectos o consecuencias a producirse, la muerte determina la apertura de la herencia y la transmisión de la propiedad y posesión de los bienes a los herederos y legatarios.

La sucesión de una persona se abre siempre y forzosamente con la muerte del autor de la herencia no antes, ni después; la apertura significa que mientras el cuerpo se convierte en cadáver, la suma de las relaciones jurídicas transmisibles imputables a este, se convierten en la herencia de otro, en espera de un suceso.

En el artículo 1649 del Código Civil del D. F. se establece “la sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente.”⁸²

En virtud, de la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como un patrimonio común, mientras no se hace la división,

⁸¹ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil (Bienes, Derechos Reales y Sucesiones) T II. Op. cit. p. 282.

⁸² Agenda Civil del D.F. (Código Civil).Op. cit.p.176.

pueden disponer del derecho a la masa hereditaria, pero no disponer de las cosas de la sucesión.

Con relación a la apertura y adquisición de la herencia es necesario hablar de la *delación o vocación hereditaria*, es el llamamiento por voluntad del testador o de la ley al heredero para convertirlo en tal, y se da al momento de abrirse la herencia; esto es a la muerte del autor de la sucesión.

2.- *Testamento*. Como ya hemos tratado es un acto jurídico personalísimo, revocable y libre, por virtud del cuál una persona capaz dispone de sus bienes, derechos y obligaciones a título universal o particular, instituyendo herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de su muerte. El papel del testamento solo se limita como hemos establecido con anterioridad a la sucesión testamentaria y debe de combinarse con la muerte del autor de la sucesión, iniciándose las consecuencias de derecho de dicho acto.

En este punto solo tratamos el concepto de testamento de forma rápida y concisa por tener un capítulo específico con relación al mismo y ser motivo del presente trabajo de investigación.

3.- *El parentesco, el matrimonio y el concubinato*. Son supuestos especiales de la sucesión legítima, combinados con la muerte del autor de la herencia; operan la transmisión a título universal a favor de determinados parientes consanguíneos, el cónyuge supérstite y la concubina en ciertos casos y además el autor de la sucesión no haber formulado testamento.

La sucesión legítima se presenta cuando el *“de cuius”* no dispone de sus bienes por medio de un testamento, se le denomina legítima por ser la ley (*ex - lege*) la determinante de disponer la forma de liquidar el patrimonio del difunto, también llamada sucesión intestada o *“ab - intestato”*, históricamente está sucesión surgió

antes de la testamentaria. En ella se aplicará la voluntad que la ley presuntamente considera sería la del autor de la herencia, se lleva a cabo donde no hay testamento cuando el testador no haya dispuesto de todos sus bienes o el heredero haya muerto antes o repudie la herencia.

Es aquella donde falta un testamento eficaz y los bienes son distribuidos de acuerdo con las disposiciones de la ley, la sucesión legítima, *ab-intestato* o intestada se abre, cuando el titular de un patrimonio determinado fallece y no hizo testamento o no expuso su última voluntad respecto al destino de sus bienes, o bien sí otorgo testamento aunque es nulo; su personalidad jurídica desaparece y entonces otra persona es llamada por la ley a ocupar su lugar para dar lugar a las relaciones patrimoniales existentes.

El Código Civil vigente del Distrito Federal en el Libro Tercero, Título Cuarto, Capítulo I en su artículo 1599 señala cuando la sucesión legítima se abre:

- I.- “Cuando no hay testamento; o el que se otorgo es nulo o perdió su 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.”⁸³

En la sucesión intestada únicamente tienen derecho a heredar las personas designadas en el artículo 1602 del Código Civil del Distrito Federal y son “los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario y a falta de todos ellos el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal,”⁸⁴

⁸³ Agenda Civil del D. F. (Código Civil) Op. cit. p. 172.

⁸⁴ Loc. cit.

a) *Sucesión de los descendientes.* A la muerte de los padres quienes quedarían como sucesores, serían los hijos, por lo tanto la herencia se divide entre ellos en partes iguales, tienen derecho a heredar primero, con excepción del cónyuge (concubino) quien en algunos casos podrá heredar simultáneamente con los descendientes.

b) *Sucesión del cónyuge o del concubino.* En este tipo de sucesión es necesario recordar la igualdad del concubinario o concubino supérstite con el cónyuge supérstite. Tanto el concubinario como la concubina tienen derecho recíproco de heredarse si vivieron juntos durante dos años en forma constante y permanente, dicho plazo puede ser menor si hubiesen tenido en ese periodo un hijo en común. En caso de existir más de un concubino, existiendo hijos con él o ella, el derecho a heredar se pierde y ninguno de ellos heredará.

El cónyuge o concubino con descendientes puede heredar en la misma proporción como un hijo, es decir la herencia se dividirá en partes iguales entre los hijos y el cónyuge o concubino, cuando éste carezca de bienes; si existe solo cónyuge sin hijos y además hay ascendientes, la herencia se dividiría en dos partes iguales, de las cuales una será para el cónyuge y la otra para los ascendientes, el cónyuge tendrá el total de los bienes a falta de descendientes, hermanos, ascendientes.

c) *Sucesión de los ascendientes.* Cuando concurren ascendientes con descendientes, la herencia es para los descendientes y los ascendientes a una pensión alimenticia como lo establecimos con anterioridad en la parte de atribución de la herencia.

Sí concurren el cónyuge o concubino con ascendientes les corresponde el 50% a cada uno.

A falta de descendientes y de cónyuge o concubino, serán sucesores el padre y la madre, ambos por partes iguales, si sólo concurre el padre o solo la madre, quien concorra recibirá todo el caudal hereditario, si sólo hubiese ascendientes de ulterior grado, la herencia se dividirá en dos líneas una para los paternos y otra para los maternos, siempre y cuando los ascendientes sean en el mismo grado.

d) Sucesión de los colaterales. En caso de haber solo hermanos por ambas líneas, sucederán en partes iguales, si existieran hermanos con medios hermanos, los primeros heredarán en doble porción que los segundos.

En los intestados los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, excepto en los casos de sustitución legal o estirpe; tampoco es aplicable dicha regla en caso de concurrir ascendientes con descendientes, puesto que estos últimos, aún del mismo grado o más lejano, excluyen a los primeros, quienes únicamente tendrán derecho de alimentos, los parientes en línea recta descendente excluyen a los parientes en la misma línea recta aunque de manera ascendente.

Los parientes en el mismo grado heredarán por partes iguales, excepto en el caso de haber entrado a la herencia por estirpe, en ese caso heredarán, la porción correspondiente al sustituido. Esta no es aplicable en caso de la herencia por líneas de los ascendientes de segundo o ulterior grado.

Los parentescos que dan derecho a heredar de manera testamentaria son el consanguíneo y el civil, “el parentesco por afinidad no da derecho a heredar artículo 1603 Código Civil para el Distrito Federal.”⁸⁵

- Parentesco Consanguíneo. Es además del “vínculo entre personas que descienden de un tronco común, el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse

⁸⁵ Loc. cit.

el carácter de progenitor.”⁸⁶ (artículo 293 Código Civil del Distrito Federal). El adoptado, bajo la forma de adopción simple hereda como hijo conforme al artículo 1612 del citado ordenamiento.

- Parentesco por Afinidad. El existente al contraer matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.
- Parentesco Civil. Existe entre adoptante y adoptado.
- Cada generación forma un grado y la serie de grados constituye la línea de parentesco.
- Las líneas de parentesco pueden ser rectas o transversales.
- La línea recta es ascendente o descendente. Ascendente cuando liga a una determinada persona con sus progenitores y descendente cuando liga a un progenitor con quienes proceden de él.
- La línea recta excluye a la colateral.
- En la línea recta los descendientes excluyen a los ascendientes, ejemplo si concurren los hijos con los padres del autor de la herencia los padres no tienen derecho a heredar, la ley les concede solo el derecho de una pensión alimenticia, aunque jamás una parte alícuota del caudal hereditario, el cuál habrá de repartirse únicamente entre los hijos artículos 1611 y 1613 del Código Civil del Distrito Federal.

Los modos de suceder “*ab – intestato*” son:

- *Sucesión por cabeza.* Cuando cada heredero, hereda por si mismo y cuando por ser todos los herederos de un mismo grado, les toca una parte igual a cada uno.
- *Sucesión por stirpe.* Cuando la herencia no se transmite por derecho propio sino por representación y toma el lugar de quien representa, los

⁸⁶ Ibidem. p. 42.

únicos casos de herencia por estirpe están regulados en el Código Civil del Distrito Federal en sus artículos 1609 y 1632.

- *Sucesión por líneas.* Se refiere a la herencia de los ascendientes maternos y paternos, cuando faltan los descendientes, los abuelos o los más remotos antepasados heredan, la herencia se divide en partes iguales entre cada línea paterna y materna.

4.- *Capacidad de goce de los herederos y legatarios.* Es persona capaz el mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales, el heredero o legatario mayores de edad pueden adquirir válidamente los bienes pertenecientes al testador y transmitidos conforme al testamento a partir del momento de la muerte del autor de la herencia, los menores de edad pueden aceptar o repudiar la herencia o legado por medio de un representante legítimo. Pero en relación a la incapacidad el artículo 1314 del Código Civil dispone son incapaces para adquirir por intestado, aquellas personas que por falta de personalidad, no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia.

También son incapaces para heredar los condenados por haber dado muerte o intentado causar daño a la persona de cuya sucesión se trate o a sus padres, hijos, cónyuge o hermanos de ésta, por tanto no podrán heredar por falta de capacidad.

Los extranjeros y las personas morales pueden adquirir bienes por testamento o por intestado, con las limitaciones contempladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La renuncia o remoción de un cargo hereditario produce la incapacidad de heredar por testamento y lo mismo dice respecto de los tutores, curadores o albaceas (artículo 1331 Código Civil del D. F.)

Son incapaces para heredar por razón de delito:

- El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente.
- El coautor del cónyuge adúltero, se trate de la sucesión de este o de la del cónyuge inocente.
- El condenado por un delito de pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus hermanos.
- El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos.
- Los padres que abandonaren a sus hijos, prostituyeren a sus hijas o atenten contra su pudor respecto de los ofendidos.
- Los demás parientes del autor de la herencia teniendo obligación de darles alimentos y no la hubieren cumplido.
- Los parientes del autor de la herencia que hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no cuidaren de recogerlo, o de hacerlo recoger en establecimiento de beneficencia.
- El que usare la violencia, dolo o fraude con una persona para convencerla de hacer o dejar de hacer o revoque su testamento.

5.- *Aceptación de herederos y legatarios.*- La aceptación consiste en una declaración de voluntad del sucesor, de querer ser heredero, el acto jurídico por medio del cuál el heredero y el legatario, o ambos, aceptan los beneficios y las cargas de una sucesión, este acto puede hacerse por el simple hecho de comparecer a la sucesión ante juez o ante Notario el cuál la esté tramitando, sin necesidad de manifestar la aceptación de manera solemne, bastando acredite su calidad o interés jurídico mediante su acta de nacimiento.

La aceptación de la herencia puede hacerse hasta antes de la designación o declaratoria de herederos, es decir en la etapa de vocación de la sucesión, conocida como sección primera, una vez hecha la declaratoria de herederos, solo se puede reconocer a un heredero o legatario mediante un proceso ordinario civil de petición de herencia.

En el Derecho Mexicano toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario. El beneficio de inventario se establece a favor del heredero o legatario, ya que si los bienes del “*de cuius*” no alcanzan para cubrir las deudas por él dejadas, no podrán ser cobradas de los bienes, distintos de los heredados, del beneficiario.

Si el llamado acepta la herencia, se le tiene por heredero con todos los derechos y cargos a partir del momento mismo de la muerte del autor, la aceptación es un cargo de voluntad del heredero y debe ser libre de todo vicio, error o violencia.

Dicha aceptación se puede realizar de forma expresa, oral, escrita o también de forma tácita. La aceptación por parte del heredero y del legatario reúne ciertas características como son:

- Es un acto jurídico unilateral.
- Es pura y simple.
- Es irrevocable. Cuando en un testamento desconocido se altera la calidad o cantidad de la herencia, se puede revocar, pero el que revoca debe devolver lo percibido.
- Es retroactiva, sus efectos se producen desde el momento de la muerte del autor de la sucesión, a partir de entonces se le considera heredero, aunque la aceptación se haya efectuado mucho tiempo después.
- No hay un término legal para aceptar, pero cuando existe persona con interés jurídico, pasados nueve días de la apertura de la sucesión puede

solicitar al juez señale un plazo, el cuál no excederá de un mes, y si no lo hace en ese lapso se entenderá aceptada.

- Puede ser expresa, oral, escrita ó tácita.
- Es indivisible, no puede aceptarse parcialmente, sin embargo, si el heredero es beneficiado con un legado, puede aceptar este y repudiar la herencia.
- Se puede impugnar en caso de error, mala fé, dolo y violencia.
- Es a beneficio de inventario, el heredero se obliga a pagar las deudas de la herencia, incluidos los legados pero solo hasta donde alcance lo recibido y no debe existir confusión con su patrimonio, para no tomar de sus bienes para cubrir las deudas de la herencia.

Con la aceptación de la herencia se evita se vuelva una herencia yacente; convierte al aceptante en heredero y titular de la masa hereditaria, permite la inscripción del mismo en el Registro Público de la Propiedad.

La herencia solo puede ser aceptada por personas capaces, los incapaces lo deben hacer por medio de un representante, padre o tutores, quienes no podrán repudiarla si no es con autorización judicial y previa audiencia del Ministerio Público.

Rafael de Pina Vara establece el civilista español Valverde llama aceptación al “acto sancionador de la transmisión hereditaria, que consolida en la cabeza del sucesor todos los derechos y obligaciones del difunto.”⁸⁷

6.- *No repudiación de la herencia o de los legados* – “Es un supuesto jurídico negativo esencial para que se puedan producir las consecuencias del derecho hereditario.”⁸⁸

⁸⁷ De Pina Vara, Rafael. Elementos de Derecho Civil. (Bienes – Sucesiones) Volumen II. 13ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 1992. p. 277.

⁸⁸ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil (Bienes, Derechos Reales y Sucesiones) T II.Op. cit. p. 283.

7.- *Toma de posesión de los bienes objeto de la herencia o de los legados.*- “No produce consecuencias en nuestro sistema hereditario, para adquirir el dominio o la posesión originaria, pues estos efectos se producen desde el día y hora de la muerte del “*de cuius*”, de tal manera que aun cuando el heredero o legatario no tengan materialmente la posesión de los bienes, se les reputa verdaderos poseedores en derecho.”⁸⁹

8.- *Partición y adjudicación de los bienes hereditarios.*- La partición es el acto jurídico a través del cuál se efectúa la división de la herencia cuando concurren varios herederos y legatarios, dando a cada uno lo correspondiente según lo establecido en el testamento o en la ley.

La adjudicación consiste en los actos de entrega y titulación de los bienes individuales recibidos por cada heredero, o sea la atribución de la propiedad o de los derechos personales de forma individual.

Con la adjudicación termina la sucesión, se extingue el albaceazgo y los adjudicatarios dejan de ser herederos o legatarios, y la porción entregada a cada uno viene a formar parte de su patrimonio constituyéndose así un nuevo patrimonio o masa hereditaria.

Como acto jurídico la partición puede tener las siguientes características:

- ❖ Unilateral, cuando lo hace el mismo testador en su testamento.
- ❖ Plurilateral, la hacen los interesados de común acuerdo.
- ❖ Judicial, la hace el juez que conoce la sucesión.
- ❖ Extrajudicial, la hace el albacea.

⁸⁹ Loc. cit.

- ❖ Necesaria, ningún heredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión ni aun por disposición testamentaria, pero si puede suspenderse la división por convenio entre los sucesores.
- ❖ Se le considera como un acto de administración extraordinario, porque va más allá de la pura conservación y custodia de los bienes.
- ❖ Acto translativo de dominio si opera como el acto de traslación de propiedad de la parte heredada o legada.
- ❖ Acto declarativo, si solo indica los bienes correspondientes a cada heredero o legatario.

De acuerdo con el artículo 1767 del Código Civil del Distrito Federal después de la liquidación de la herencia y aprobada la gestión del albacea, debe procederse a la partición de los bienes. Para conferir a los herederos la porción correspondiente de la propiedad de los mismos.

El efecto de la partición es atribuir individualmente la propiedad y la tenencia como el dominio de los bienes que constituye el patrimonio del “*de cuius*” y fijar la porción correspondiente a cada heredero y legatario.

La partición es como ya dijimos el acto final del albaceazgo, pero sujeto a la aceptación por los herederos, además debe constar en escritura pública y si aparecen otros bienes pertenecientes al autor de la sucesión no comprendidos en el inventario respectivo debe repartirse su valor entre todos los herederos.

El objeto de la partición es la distribución de la propiedad y el dominio de los bienes correspondientes a cada uno de ellos, por tal motivo la partición del acervo hereditario debe ser posterior a la aprobación del inventario y de la cuenta de administración del albacea, la participación es atributiva del dominio o propiedad de los bienes heredados en forma concreta y específica, puesto que ningún heredero puede ser obligado a permanecer en la copropiedad.

Los herederos del heredero, adquieren ese mismo derecho frente al albacea y es importante señalar, los herederos del heredero fallecido antes de la partición, tienen acción para pedir la adjudicación de los bienes que correspondían al heredero que ha fallecido.

III. Consecuencias del derecho hereditario.

Se distinguen las consecuencias en dos grandes grupos; coactivas y no coactivas, las coactivas se refieren a la creación, modificación y extinción de las sanciones jurídicas y su aplicación.

Las no coactivas son aquel tipo de consecuencias que se refieren a la creación transmisión, modificación y extinción de derechos, deberes o situaciones jurídicas concretas.

El estudio de las consecuencias jurídicas tiene como objetivo primordial determinar si nace un derecho subjetivo de heredar, hecho lo cuál se debe analizar cuáles son los derechos y obligaciones que nacen, se transmiten, se modifican o se extinguen con la muerte del autor de la sucesión.

Específicamente el derecho hereditario se ocupa de la transmisión a título universal y particular que se realizaba a propósito de herederos y legatarios, con la reforma y extinción de ciertos derechos y deberes patrimoniales y no patrimoniales.

IV. Objetos del derecho hereditario.

Rojina Villegas divide los objetos del derecho hereditario en objetos directos y objetos indirectos, los objetos directos del derecho hereditario se refieren a los

derechos, obligaciones y sanciones vinculados con la herencia, en cuanto se manifiesta en formas de conducta inter-subjetiva, es decir de conducta jurídicamente regulada.

Los objetos indirectos del derecho hereditario, son aquellos sobre los cuales recae o se relaciona la conducta humana en su interferencia inter-subjetiva, se expresa en facultades, deberes y sanciones.

Estos objetos pueden ser universalidades jurídicas, partes alícuotas de las mismas, universalidades de hecho, bienes corporales e incorporales, servicios y prestaciones las cuales constituyen la materia patrimonial.

Los objetos indirectos dentro de la sucesión testamentaria son problemas relacionados con la herencia como universalidad jurídica, dándose especial importancia al patrimonio hereditario, la copropiedad nacida de la herencia, la separación entre los patrimonios personales de los herederos y el que integra la sucesión. El beneficio de inventario, la transmisión de la propiedad y posesión de los bienes objeto de la herencia o legados, la administración de la misma, inventario y avalúo, la liquidación, la participación y finalmente el objetivo primordial de toda la sucesión, la transmisión del patrimonio familiar.

V. Derecho y obligaciones transmisibles.

Nuestro Código Civil vigente en el artículo 1281 define la herencia como la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, se transmiten por herencia:

a) Todos los derechos reales de que era titular el autor de la sucesión, salvo aquellos nacidos de una desmembración de propiedad el cuál debe cesar a la muerte.

b) Todas las relaciones nacidas del derecho de crédito, en su lado activo y en su lado pasivo, siempre y cuando no se extingan por la disolución de la sociedad conyugal. Los bienes o porciones de los mismos que se aplican al cónyuge supérstite, los adquiere no a título de herencia sino por motivo de liquidación de sociedad conyugal.

En este capítulo hemos visto los sujetos que intervienen en el derecho hereditario, los cuales considero sumamente importantes dado que cada uno tiene una función primordial a realizar en la sucesión (testamentaria – in testamentaria) siendo como una cadena, en la cuál se entrelazan cada uno con funciones preestablecidas del cuál dependerá el buen funcionamiento del otro; sin testador no podemos tener herederos o legatarios y sin patrimonio no tenemos sucesión.

También vimos la importancia de las relaciones de parentesco existentes con el testador, lo cuál nos permite estar en distintos supuestos y saber lo que correspondería a cada uno conforme a derecho, según el tipo de sucesión existente (testamentaria – intestamentaria). Aunque desde mi punto de vista seria mejor siempre contar con una forma segura de transmisión del patrimonio, evitaría problemas económicos, sociales y sobretodo familiares, esto es sin lugar a dudas el “*testamento*”.

CAPÍTULO TERCERO.

ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS CLASES DE TESTAMENTOS EN NUESTRO ACTUAL CÓDIGO CIVIL.

I. Definición de Testamento.

En el presente capítulo se tratará la definición de testamento, sus elementos o características y sus diferentes clasificaciones, todo lo anterior, de conformidad con las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal que actualmente regula los aspectos mencionados.

La palabra testamento proviene según el Diccionario de la Lengua Española del latín “*testamentium*” cuyo significado es “documento donde consta en forma legal la voluntad del testador.”⁹⁰

El Código Civil del Distrito Federal nos da la definición de los testamentos en general en su artículo 1295 la cuál es la siguiente “*testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cuál una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.*”⁹¹

Diversos autores agregan más elementos a la definición anterior, así Ernesto Gutiérrez y González define al testamento como: “El acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre y formal, por medio del cuál una persona física capaz

⁹⁰ Diccionario de la Lengua Española. (Real Academia Española) 19ª ed. Ed. Espasa – Calpe. Madrid, España. 1970. p. 1260.

⁹¹ Agenda Civil del D. F. (Código Civil) Op. cit. p. 143.

dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.”⁹²

Para Asprón Pelayo el testamento es “el acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cuál una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.”⁹³

Como vemos en las definiciones Gutiérrez y González, Asprón Pelayo y Antonio de Ibarrola incluyen la unilateralidad como otra de las características de los testamentos y Antonio de Ibarrola además de la unilateralidad puntualiza que en vez de ser libre, debería de decirse que es autónomo.”⁹⁴

Por su parte, Arce y Cervantes enumera como características del testamento que es un “negocio jurídico, unilateral, personalísimo, de última voluntad, revocable, libre, de disposición de bienes, no receptivo y solemne.”⁹⁵

El testamento para Bonnacase citado por Ibarrola 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.”⁹⁶

Finalmente, de las definiciones anteriores, considero al testamento como un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, autónomo y *solemne* por el cuál una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

⁹² Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho Sucesorio. 4ª ed. Corregida y aumentada. Ed. Porrúa. México, D. F. 2002. p. 137.

⁹³ Asprón Pelayo, Juan Manuel. Sucesiones. Op. cit. p. 23.

⁹⁴ De Ibarrola, Antonio. Cosas y Sucesiones. 5ª reimpresión. Ed. Porrúa. México, D. F. 2001. p. 684.

⁹⁵ Arce y Cervantes, José. De las Sucesiones. Ed. Porrúa. México, D. F. 2003. p. 50 - 54.

⁹⁶ De Ibarrola, Antonio. Cosas y Sucesiones. Op. cit. p.684.

II. Características del testamento.

En el estudio del testamento, trataremos los elementos que debe reunir este, elementos surgidos de las mismas definiciones, las cuales a continuación se mencionan y explican:

A) Es un acto jurídico.

En nuestro derecho distinguimos entre los hechos jurídicos y los actos jurídicos, los primeros son los acontecimientos susceptibles de producir relaciones jurídicas y los segundos son los instrumentos ordinarios a los cuales recurren las personas para regir por si mismos sus intereses dentro de los limites de la ley.

Tiene importancia tratar del testamento como acto jurídico porque conociendo sus elementos esenciales y de validez podemos hacer un estudio de los testamentos y saber si los mismos son validos, nulos ó inexistentes.

Los hechos jurídicos “son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones, se caracterizan por poseer la virtualidad de producir una consecuencia de derecho aunque aun esa consecuencia no haya ocurrido o pueda resultar frustrada.”⁹⁷

El acto jurídico “es un acto voluntario lícito, tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. Los actos jurídicos son positivos ó negativos, según sea necesaria la

⁹⁷ Valetta, María Laura. Diccionario Jurídico. 2ª ed. Ed. Valetta. Buenos Aires, República Argentina. 2001. p. 346 – 347.

realización u omisión de un acto para que un derecho comience o acabe. El objeto de los mismos deberá recaer sobre cosas que estén en el comercio, hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a en general a dichas pautas se consideran nulos como si no tuviesen objeto.”⁹⁸

Borja Soriano nos define al acto jurídico citando a Bonnecase el cuál establece es “una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o al contrario un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derecho.”⁹⁹

Para Magallón Ibarra los “hechos jurídicos son producto de la naturaleza o resultado de la actividad del hombre y el acto jurídico es estrictamente resultado de la conducta del hombre; pero no de cualquier conducta, sino de aquella que intencionalmente ha querido y buscado la realización de las consecuencias jurídicas que se dan. De ahí que reconocemos como tal, la manifestación externa de la voluntad - no interna porque sino se manifiesta no producirá resultados -.”¹⁰⁰

Como características del acto jurídico podemos citar:

- ❖ Un acto es un hecho jurídico humano (ocurre con la acción del hombre).
- ❖ Es un acto voluntario, porque exige discernimiento, intención y libertad, lo cual determina los efectos del acto.

⁹⁸ Ibidem. p. 33.

⁹⁹ Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 16ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 2002. p. 84-85.

¹⁰⁰ Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T I. 2ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 1998. p. 174 – 175.

- ❖ Es un acto lícito debe ser conforme a derecho; la voluntad del sujeto debe ser subordinada a la ley.
- ❖ Posee un fin inmediato, el establecer relaciones jurídicas entre las personas y producir efectos jurídicos respaldados por la ley (crear, modificar, transferir, derechos y obligaciones).

Las diferencias entre el hecho y el acto jurídico son:

- El acto jurídico siempre es voluntario, en tanto que el hecho jurídico puede ser voluntario o involuntario.
- El acto jurídico debe ser lícito, el hecho puede ser lícito o ilícito.
- El acto jurídico tiene como fin establecer una relación jurídica, el hecho jurídico no.

Los elementos del acto jurídico son:

1.- El *sujeto*. El ser humano o la persona jurídica que hace la declaración de voluntad; persona de quien emana el acto jurídico, el cuál desea se produzca un efecto, la persona debe ser capaz de modificar su propio estado de derecho.

2.- El *objeto*. Es el contenido del acto, o sea el nexo entre las partes, es la prestación debida, puede ser objeto propiamente dicho (entidad material o inmaterial) o el contenido.

3.- La *forma*. Es la exteriorización de la voluntad, es el procedimiento por el cuál se manifiesta la voluntad de los sujetos que intervienen en un acto jurídico, el elemento esencial para que el acto jurídico sea considerado como tal, son las solemnidades

destinadas a darle validez al acto, esta declaración de voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita; los actos formales se subdividen en:

- Actos solemnes. Son actos, en que si se omite la formalidad o no se han observado las formas establecidas por la ley, el acto es nulo y por lo tanto no produce efecto alguno, son actos solemnes el matrimonio y el testamento.

- Actos no solemnes. Son actos en que si se omite la formalidad exigida; el acto será valido, pero debe probarse de otra forma su existencia.

Nuestro Código Civil del Distrito Federal se orienta en materia de los actos jurídicos por la teoría francesa y para estos el “acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación ó un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad.”¹⁰¹

La misma teoría francesa antes citada explica los actos jurídicos pueden ser unilaterales o bilaterales. Los primeros son aquellos en donde la manifestación de voluntad hecha para producir los efectos de derecho que su autor desea, no precisa del concurso o ayuda de otra voluntad, pues basta para que ellos se produzcan con su sola y exclusiva voluntad y la ley.

En cambio en los actos jurídicos bilaterales se necesita para que se generen los efectos de derecho, el concurso de dos o más voluntades que persigan intereses opuestos una de la otra, tal y como sucede en el caso de los contratos.

¹⁰¹ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 15ª ed. Ed. Porrúa. México. D, F. 2006. p. 167 – 168.

Pues bien, el testamento es un acto unilateral porque el autor de este acto no precisa de otra voluntad para determinar quién o quienes lo habrán de suceder en su patrimonio pecuniario después de su muerte; basta su sola y única voluntad.

El testamento es un “acto jurídico pues lo realiza una persona a través de la manifestación exterior de su voluntad, expresando su deseo de que después de su muerte sus bienes pecuniarios pasen a poder de tal o cuales personas, o de que se cumplan determinados deberes u obligaciones, y esos efectos se generan en su oportunidad porque el derecho sanciona esa manifestación de voluntad.”¹⁰²

B) Personalísimo.

El testamento debe ser otorgado en forma personal por el testador, no puede existir para su creación alguna clase de representación. La mayoría de los actos jurídicos se pueden ejecutar por medio de un representante, excepcionalmente, algunos son personalísimos, es decir directamente el interesado debe ejecutarlos, el testamento es un acto jurídico unilateral, sólo puede ser confeccionado en sus elementos esenciales por el testador y nunca por otra persona diferente y queda a su personalísimo criterio el determinar quien o quienes se habrán de quedar con sus bienes pecuniarios una vez que el fallezca. El artículo 1296 del Código Civil del Distrito Federal vigente establece “no pueden testar en el mismo acto dos o más personas ya en provecho recíproco, ya a favor de un tercero.”¹⁰³

Hay relativas excepciones a lo personalísimo del testamento, así el artículo 1298 del referido Código dispone “cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por número ilimitado de individuos, tales como los

¹⁰² Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho Sucesorio. Op. cit. p.137.

¹⁰³ Agenda Civil del D.F. (Código Civil). Op. cit. p. 143.

pobres, los huérfanos, los ciegos, etcétera, puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de personas a quienes deban aplicarse...”¹⁰⁴ lo anterior se complementa con lo dispuesto por el artículo 1299 del mismo ordenamiento, el cuál establece el testador puede encomendar a un tercero 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.

El aspecto inicial de la declaración unilateral de voluntad del testador, es ser personalísimo, él es quien decide que sus bienes se dejen a los pobres, ciegos, etcétera, o se dejen a instituciones de beneficencia.

Una excepción al principio de que los testamentos no pueden ser conjuntos, recíprocos o a favor de un tercero, es el testamento público simplificado en el artículo 1549 Bis fracción III se permiten testamentos recíprocos en caso de varios copropietarios.

C) Revocable.

La revocación es un acto jurídico unilateral o bilateral, por medio del cuál se pone fin y se extingue otro acto jurídico anterior, unilateral o bilateral, plenamente válido, por razones de conveniencia y oportunidad catalogadas ya subjetivamente por una sola parte, ya apreciadas en forma objetiva por ambas, según sea el caso.

¹⁰⁴ Loc. cit.

Llevada esta idea a la materia sucesoria se puede decir, la revocación de un testamento es un acto jurídico unilateral del autor del testamento, por medio del cuál se priva de sus efectos al acto jurídico consistente en haber otorgado un testamento válido, por razones de oportunidad catalogadas subjetivamente por su autor.

La ley no determina forma alguna para hacer la revocación de un testamento, se puede hacer de cualquier manera lícita, en el Código Civil del Distrito Federal en sus artículos 1494 al 1496, no establece forma de revocación, ni dice que la única forma sea a través del otorgamiento de un nuevo testamento.

En opinión de algunos Notarios públicos la revocación del testamento sólo se puede hacer a través del otorgamiento de otro testamento, por ejemplo, Juan Manuel Asprón Pelayo argumenta en este sentido, al revocarse un testamento, necesariamente se está disponiendo de los bienes que dejará el testador a su muerte, razón por la cuál, es necesario elaborar un nuevo testamento donde se plasme dicha disposición de bienes.

La existencia de un nuevo testamento perfecto, hecho de cualquier forma revoca los anteriores salvo disposición expresa en contrario, la forma de revocar otro testamento es otorgar uno nuevo, tal como dispone el artículo 1494 del Código Civil del Distrito Federal, pero como señalamos no es la única forma.

La revocación puede ser:

- a) *Tácita*. Cuando otorgado un testamento, se otorga uno nuevo y no se hace referencia a la existencia del anterior, de conformidad con lo prescrito por el artículo 1494 del Código Civil del Distrito Federal el cuál establece el

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

- b) *Expresa*. Cuando se declara fehacientemente que el testamento anterior queda sin valor alguno ya sea en un nuevo testamento, o por alguna manifestación de que revoca el que ya tenía otorgado.
- c) *Real*. Se verifica cuando el testador destruye materialmente el documento en donde consta su testamento, este sistema puede utilizarse en México en relación al llamado testamento ológrafo.

D) Libre.

Un testamento para ser eficaz requiere de un otorgamiento libre por parte del testador, es decir, ausente de fuerzas exteriores tanto físicas como morales, además de ser una voluntad consiente, informada en donde el testador sepa las consecuencias y los efectos del acto a realizar.

No puede el testador obligarse por contrato o por convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o bien a transmitir por testamento sólo parte de sus bienes y reservar otra parte para sus herederos legítimos. Cualquier pacto restringiendo la facultad libre de testar, o implique renuncia de ella, es también inexistente por imposibilidad jurídica, en virtud de una norma existente en derecho positivo impidiendo el acto de renuncia o de restricción a la facultad de testar. Las características anteriormente anotadas, además de estar reconocidas en la definición, se reglamentan en los artículos 1485 y 1489 del Código Civil vigente.

El artículo 1485 establece 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.”¹⁰⁵ Y el artículo 1489 establece “es nulo el testamento en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen.”¹⁰⁶

E) Jurídico unilateral.

Los actos jurídicos se clasifican en unilaterales y bilaterales o plurilaterales de acuerdo con las voluntades concurrentes para la creación de los mismos; se denomina actos unilaterales a los actos jurídicos que para su existencia perfecta requieren exclusivamente de la voluntad de una sola persona como es el testamento el cuál requiere exclusivamente la voluntad del testador para que el acto tenga existencia.

F) De última voluntad.

Es decir “*mortis causa*”, un acto jurídico con efectos diferidos a cierta época posterior a su otorgamiento, puesto que la producción de los efectos esta sujeta a la “*conditio juris*” (condición jurídica) de la muerte. Es propiamente la muerte la que señala el principio de la producción de sus efectos y las disposiciones propiamente testamentarias, no deben producir ninguno antes de este hecho. Este carácter indica también que la voluntad contenida en el testamento es la definitiva del testador mientras no la cambie. Es de última voluntad porque subsiste hasta la muerte, mientras el testador no lo revoque, se presume que la voluntad expresada es lo que hubiera querido el testador en el último momento de su vida.

¹⁰⁵ Ibidem. p.160.

¹⁰⁶ Loc. cit.

G) Realizado por persona capaz.

El artículo 1305 del Código Civil del Distrito Federal establece “pueden testar todas aquellas personas a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho.”¹⁰⁷

El artículo 1306 del citado ordenamiento establece, están incapacitados para testar:

I. “Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres.

II. Los que habitualmente o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.”¹⁰⁸

Existen excepciones a lo establecido en el artículo al que acabamos de referirnos, así, el artículo 1551, se refiere al testamento ológrafo el cuál establece: “...este testamento sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad...” y el artículo 1307 dispone “es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal que al efecto se observen las prescripciones siguientes.” Y ya en los artículos del 1308 al 1312 se marcan una serie de requisitos.

H) Autónomo.

El testador no necesita autorización de nadie para otorgar un testamento, el cuál, debe ser otorgado por la persona cuando se encuentra en plena libertad de expresar su voluntad. Si su voluntad se encuentra viciada, podrá, ya el testador, ya sus herederos legítimos e inclusive testamentarios, en su oportunidad, pedir la nulidad del testamento.

¹⁰⁷ Ibidem. p.142.

¹⁰⁸ Loc. cit.

I) Formal.

El testamento dada su naturaleza es un acto jurídico formal, para su validez se requiere que la voluntad del testador conste por escrito, y se llenen previamente algunos requisitos para ser considerado como válido. Sin embargo, en algunos casos de excepción puede manifestarse de forma verbal. En estos casos, dadas las circunstancias, se pueden dispensar algunas formalidades que revisten al testamento. Si se dan tales circunstancias el testador otorgará sus disposiciones testamentarias en alguno de los llamados testamentos especiales.

El testamento será válido si sigue con cada una de las formalidades establecidas por la ley, al respecto el Código Civil del Distrito Federal establece en el artículo 1491 es “nulo el testamento cuando se otorgue en contravención a las formas prescritas por la ley.”¹⁰⁹

J) Solemne.

En la doctrina se discute acerca de si el testamento es o no un acto solemne, en lo que se refiere a los testamentos, la ley parece considerarlos a veces como solemnes pues literalmente llega a utilizar la palabra “*solemnidades*” pero cuando desglosa el supuesto de los artículos pareciera que realmente lo que quiere decir es que son formales, por ejemplo, el artículo 1520 del Código Civil del Distrito Federal dice que: “Faltando alguna de las referidas solemnidades, QUEDARÁ el testamento SIN EFÉCTO...”, lo cual implica que existió, así mismo su artículo 1519 dice que: “Las formalidades se practicarán acto continuo y el Notario dará fe de haberse llenado todas”, por lo que pareciera que la forma es un requisito para que el acto valga y no

¹⁰⁹ Ibidem. p. 160.

para que exista. Y bueno, ya de manera contundente se encuentra lo prescrito por el artículo 1491 que dice: “El testamento es NULO cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley”, y si se tratara de normas solemnes debería de decir que es INEXISTENTE.”¹¹⁰

Como consecuencia de lo anterior, vemos que el propio legislador usa un lenguaje confuso, pues en algunos casos habla de solemnidades, y en otros habla de formalidades, pero haciendo una interpretación de los artículos 1491 en relación con el artículo 2228 del Código en cuestión, debemos concluir que la falta de las formas prescritas por la ley, en materia de testamentos, trae aparejada la inexistencia del acto.

K) Disposición de bienes y derechos.

Siguiendo el principio de “nadie puede disponer de lo que no es de su propiedad” puede parecer ocioso decir que el testador sólo tiene la posibilidad de disponer en el testamento sólo de los bienes y de derechos de los que es propietario o titular, pero ello no es así, pues aunque ese es el principio general que rige en derecho, también en esta materia hay una excepción plasmada en el artículo 1432 del Código Civil del Distrito Federal donde se contempla el llamado legado de cosa ajena, dicho numeral dispone lo siguiente: “El legado de cosa ajena, si el testador sabía que lo era, es válido y el heredero está obligado a adquirirla para entregarla al legatario o a dar a éste su precio”.

¹¹⁰ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho Sucesorio. Op. cit. p.156.

L) Declaración o cumplimiento de deberes.

El deber jurídico es la necesidad de observar voluntariamente una conducta conforme a lo prescribe una norma de derecho, ya a favor de la colectividad, ya de determinada persona.

El testador, en su testamento, puede asentar dos tipos de conductas diferentes, según se ha visto:

- a) Disponer de sus bienes y derechos pecuniarios, y
- b) Declarar o cumplir deberes para después de su muerte.

Por lo mismo un testamento será testamento, si en él; el testador, sólo hace disposición de bienes y derechos pecuniarios, pero no declara o cumple deberes para después de su muerte. Pero también será testamento, si no hace disposición de bienes y derechos pecuniarios, y en él, sólo declara o cumple deberes para después de su muerte.

III. Elementos de existencia y de validez del testamento.

El testamento es un acto jurídico contenido de elementos, algunos de existencia y otros de validez, conociendo estos podemos saber cuales testamentos son válidos, nulos o inexistentes.

En primer lugar señalamos que un acto jurídico es la manifestación de voluntad que tiene por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Los elementos del acto jurídico se dividen en dos grupos:

a) Elementos de existencia o esenciales. Son elementos de existencia o esenciales aquellos que se requieren como indispensables para que se produzcan los efectos jurídicos; la falta de ellos no permite la constitución del acto, tenemos como elementos de existencia en el testamento los siguientes:

- ❖ *Manifestación de voluntad.* Es el primer elemento da nacimiento al acto, es una declaración unilateral de voluntad por parte del testador, necesita de dos elementos para su formación; el primero de carácter interno o psicológico, por lo cual el testador concibe y delibera sobre la realización del testamento, el segundo es la exteriorización de esa voluntad por lo cual permite, el derecho le de consecuencias jurídicas, esta voluntad debe ser libre y cierta; ha de hallarse libre de error, sin maquinaciones fraudulentas, fuera de violencia ó dolo, amenaza o coacción, la voluntad debe estar acorde con la norma, de no ser así no se producirán las consecuencias jurídicas deseadas.

El ordenamiento civil establece es nulo el testamento cuando el testador no expresa cumplida y claramente su voluntad sino solo por señales o monosílabos. De lo anterior se establece que la voluntad debe ser expresa, ya que la voluntad tácita trae como consecuencia la nulidad del testamento. La voluntad expresa debe hacerse con la intención de producir los efectos jurídicos, si los realiza sin la intención de producirlos estamos frente a un hecho jurídico voluntario y no ante un acto jurídico.

- ❖ *Objeto, motivo o fin del testamento.*- Segundo elemento de existencia, tiene dos significados cuando se relaciona con el acto que son: el objeto directo o inmediato consiste en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones y el objeto indirecto o mediato lo constituye la cosa que el obligado debe dar, o el hecho que debe hacer o no hacer.

“En lo que toca al objeto, motivo o fin del testamento, constituye una excepción al principio de que la causa o motivo debe ser lícito, pues en caso contrario el acto es nulo.”¹¹¹

Para el testamento no surgen causales de nulidad, sino que el motivo o causa sólo se tendrá por no puesto.

En los testamentos, el objeto consiste principalmente en la transmisión de bienes integrantes del patrimonio de la sucesión, es necesario existan en la naturaleza dichos bienes, estén en el comercio, sean determinados ó determinables para que sea posible su transmisión; pero dicho objeto también puede consistir en el cumplimiento de ciertos derechos y obligaciones para después de la muerte de su autor, con carácter extrapatrimonial.

- ❖ *Solemnidad.*- Otro de los elementos de existencia, “entendida como la forma a la que la técnica jurídica y la legislación han llevado a tal categoría; ésta no es mencionada por el Código Civil pues en nuestro Derecho no hay contratos solemnes, pero sí actos jurídicos solemnes, como el matrimonio ó el testamento, en los que la voluntad debe expresarse precisamente en la forma establecida por la ley para que el acto exista.”¹¹²

El testamento es un acto jurídico por el cual se expresa la voluntad del testador, la cuál debe exteriorizarse para poder conocerse, de aquí la necesidad de que tal exteriorización adopte una forma determinada.

¹¹¹ Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez, Derecho de Familia y Sucesiones. Op. cit. p. 278.

¹¹² Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho Civil, Introducción y Personas. Ed. Oxford. México, D. F. 2005. p.65.

La ley ha establecido ciertas formas obligatorias para que la voluntad pueda producir efectos jurídicos, como en el testamento, solo reuniendo estas formalidades exigidas por la ley para cada tipo de testamento éste llega a existir como tal.

La expresión de voluntad debe ser expresa, pero además ser clara, prohibiéndose sea con monosílabos a las preguntas hechas al testador.

A fin de dar seguridad al acto la ley:

1.- Establece la incapacidad de heredar del Notario y de los testigos que intervengan en el testamento.

2.- Prohíbe que determinadas personas sean testigos en los testamentos como los empleados del Notario, los menores de dieciséis años, los ciegos, los sordos.

3.- Establece que la presencia de los herederos o parientes no afecta la solemnidad del acto, sino que produce la nulidad de la institución.

La solemnidad comprende el conjunto de formalidades necesarias e indispensables para la formación del acto jurídico, sin las cuales no existiría en la esfera jurídica.

b) Elementos de validez. Como señalamos para que exista el acto jurídico llamado testamento deben darse sus elementos de existencia o esenciales (manifestación de la voluntad, objeto y solemnidad); estos elementos deben reunir determinados requisitos para que el acto nazca a la vida jurídica y se produzcan los efectos deseados, esto es para que el acto sea válido; ellos son los requisitos de validez y que de no ser así podría ser sancionado con la nulidad ya sea absoluta o relativa.

El Diccionario de la Lengua Española define al requisito “como la circunstancia o condición necesaria para algo.”¹¹³

Los requisitos de validez son aquellos que se necesitan para cumplir y validar el acto jurídico, al referirnos a los elementos de validez del testamento hablamos de que dicho acto al nacer a la vida jurídica deberá ser eficaz y efectivo en todo momento, toda vez que pudiera ser sancionado con la nulidad por no contar con los elementos de validez que lo harán jurídicamente válido, estos elementos son:

- ❖ *Capacidad de quien lo otorga.*- Debe entenderse como la aptitud de una persona para hacer valer directamente sus derechos y cumplir con sus obligaciones, esto es para celebrar actos jurídicos por sí mismos.

En materia de sucesión testamentaria la capacidad para testar es más amplia, así:

- El menor con dieciséis años puede hacer su testamento sin necesidad de pedir autorización a quienes ejerzan la patria potestad o la custodia.
- Los incapaces sujetos a interdicción por locura o demencia pueden otorgar testamento durante un intervalo lúcido.
- Otros sujetos, no tipificados como los incapaces, los analfabetos, los invidentes y los sordomudos o aquellos que desconocen el idioma

¹¹³ Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española) Op. cit. p. 1326.

castellano, no están privados de la capacidad pero deben sujetarse a las formas que se establecen.

La capacidad en materia sucesoria se califica en el momento que el testador elabora su disposición testamentaria.

- ❖ *Ausencia de vicios en la manifestación de voluntad.*- La voluntad del testador no debe estar viciada esto es que debe ser conciente, libre, cierta y realizada conforme a su consentimiento el cuál no debe ser dado por error, arrancado por violencia o dolo, ya que de ser así traería como consecuencia la nulidad relativa del acto jurídico. El artículo 1812 del Código Civil del D. F. dispone: “El consentimiento no es valido si ha sido arrancado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.”¹¹⁴

Los vicios que pueden afectar al testamento son:

- Error es una falsa apreciación de la realidad, ya sea en la naturaleza del negocio o sobre la cualidad, identidad, sustancia o características de la cosa o persona, es una creencia que no concuerda con la realidad, nuestra legislación civil nulifica la disposición testamentaria fundada en el error.

El artículo 1489 del Código Civil del Distrito Federal nos permite ver que “es nulo el testamento en que el testador no exprese claramente su voluntad sino por señales o monosílabos...”¹¹⁵

¹¹⁴ Agenda Civil del D. F. (Código Civil) Op. cit. p. 190.

¹¹⁵ Ibidem. p. 159.

- *Dolo* son las maquinaciones concientes o fraudulentas que hacen caer a una persona en el error, es el artificio empleado por una persona para inducir o mantener a otra en un equivoco usando todos los métodos y medios a su alcance, con el fin de obtener un beneficio indebido, en perjuicio de otra.

El ordenamiento civil en el artículo 1487 establece “es nulo el testamento captado por dolo o fraude.”¹¹⁶

Este vicio de la voluntad provoca en el testamento la nulidad absoluta, el testador no puede convalidarlo, porque como sabemos el testamento surte sus efectos a partir de la muerte de este y por obiedad después de muerto no puede convalidar nada.

- *Violencia* el Diccionario Jurídico Mexicano define el concepto de violencia de acuerdo a lo siguiente, del latín, *violentia* “vicio del consentimiento, consiste en la coacción física o moral que una persona ejerce sobre otra, con el objeto que esta de su consentimiento para la celebración de un contrato, el cual por su libre voluntad no hubiese otorgado.”¹¹⁷

Como vemos existen dos tipos de violencia; la física, es la que consiste en la coacción directa sobre la persona o bienes que impliquen peligro de vida, la libertad, la salud y el patrimonio, se da por fuerza material y la moral que se produce por amenazas.

¹¹⁶ Loc. cit.

¹¹⁷ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas T IV. 2ª ed. Ed. Porrúa – UNAM. México, D. F. 1988. p. 3245.

El Código Civil en materia de sucesiones en el artículo 1485 se refiere solamente a la violencia moral, el cuál establece como ya hemos citado es nulo el testamento que haga el testador bajo influencia de amenazas contra su persona o sus bienes o contra las personas o bienes de su cónyuge o parientes.

Aunque debemos hacer notar que aun sin referirse a la violencia física, no implica que el testamento realizado bajo estas circunstancias sea válido.

- ❖ *Licitud en el objeto para el que fue creado.*- En materia de sucesiones no se establece como elemento de validez la licitud en el objeto, la causa o motivo contrario a derecho no produce nulidad alguna, sino simplemente se tiene por no puesta, como lo señala el ordenamiento civil el cual establece la expresión de una causa contraria a derecho aunque sea verdadera se tendrá por no puesta.

- ❖ *La forma que la ley exige.*- Se denomina forma al conjunto de requisitos o manifestaciones externas determinadas por la ley, con los que debe acompañarse o revestirse la expresión de la voluntad en los actos jurídicos.

El testamento es un acto jurídico formal, debe ser otorgado por escrito y excepcionalmente en forma verbal. Para que el testamento sea válido debe seguir una serie de formalidades establecidas por la ley, al respecto el Código Civil del Distrito Federal en el artículo 1491 establece es nulo el testamento cuando se otorgue en contravención a las formas prescritas por la ley.

A) Concepto de Forma.

La palabra forma provoca confusión por tener diversas acepciones dentro de las doctrinas generales. Algunas veces por forma se entiende el continente del acto jurídico como si fuera un elemento extraño a él, otras se le considera como un elemento inherente al acto, ya sea de existencia o de validez; y otras se le ve como un medio de prueba.

La diversidad de acepciones del término “*forma*” nos obliga a hacer un análisis filosófico de su contenido y alcance. “Según Aristóteles el ser, en tanto que ser material, consta de dos elementos: *materia* y *forma*. La primera es aquello de lo que está hecha una cosa, aquello de que consta ó de que se compone algo. La segunda la *forma*, es una noción que procede del campo de la geometría y significa la figura en sentido corriente de la palabra, el contorno o el perfil. Para Aristóteles *la forma* es lo determinante para que la materia se organice y sea lo que es, es el fundamento de la unidad y del sentido de la cosa, es su esencia, su principio de inteligibilidad de tal manera que no hay materia sin forma.”¹¹⁸

Encontramos que los actos jurídicos y los hechos jurídicos constan de los dos mencionados elementos del ser: materia y forma. “La *materia* es el objeto de la voluntad interna del sujeto; la *forma* su expresión, su manifestación por medio de signos verbales, escritos o por la realización u omisión de cualquier conducta. Esto significa que no hay acto jurídico que no tenga *forma*, pues ésta constituye un elemento de existencia de la voluntad “¹¹⁹

¹¹⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. 11ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 2001. p.65.

¹¹⁹ Loc. cit.

Como definición de *forma* encontramos en el Diccionario Jurídico Abeledo – Perrot son “condiciones, términos y expresiones que se requieren para que un acto jurídico sea válido y perfecto. Signo o conjunto de signos con los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes del negocio.”¹²⁰

Para Manuel Albaladejo citado por Pérez Fernández del Castillo *la forma* “no es elemento más del negocio (como lo son la declaración de voluntad u otros actos) sino que es la vestidura exterior de estos elementos, o los ritos ó solemnidades que se han de observar para darles vida. Por ejemplo las palabras pronunciadas verbal, o escritas, en las escritas no son otro elemento del contrato, sino que son la fisonomía (forma) del elemento declaración de voluntad.”¹²¹

Para Pérez Fernández del Castillo *la forma* puede definirse como “el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico y del contrato. Y los formalismos o formalidades como el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan como debe exteriorizarse la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato.”¹²²

En estas definiciones se establece la distinción entre la forma, como elemento de existencia del contrato y los formalismos o formalidades como elemento de validez

Por *forma* también se denomina al conjunto de requisitos o manifestaciones externas determinados por la ley, con los cuales debe acompañarse o revestirse la expresión de la voluntad en los actos jurídicos.

¹²⁰ Garrone, José Alberto. Diccionario Jurídico Abeledo – Perrot. T II. Ed. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, República Argentina. 2005. p. 165.

¹²¹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Op. cit. p. 66.

¹²² Loc. cit.

La voluntad siempre se manifiesta de alguna forma, puede ser expresa o tácita como lo establece el artículo 1803 del Código Civil del Distrito Federal:

Forma expresa.- Se realiza verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, aceptados generalmente; puede adoptar las siguientes modalidades:

- Verbal ante testigos.
- Verbal ante funcionario público.
- Escrita en documento privado.
- Escrita en documento privado ante testigos.
- Escrita en documento privado ratificada ante funcionario.
- Escrita en documento privado registrado o depositada en un Registro Oficial.
- Escrita en documento público ante Notario Público, juez o funcionario administrativo.
- Escrita en documento público y con testigos.
- Escrita en documento público con testigos y registrada.

Forma Tácita.- Se manifiesta por hechos o actos que de manera indirecta hacen suponer que indubitablemente existe esa voluntad.

Para el caso de las liberalidades testamentarias, el derecho establece que no bastan las formas comunes aceptadas para cualquier otro acto jurídico sino que estatuye una forma específica.

Las formalidades generales para todos los testamentos son:

- ❖ Primer requisito formal. Se refiere a la expresión de la voluntad del testador, ésta debe ser siempre expresa, puede expresarla en forma verbal pero generalmente debe ser escrita.

- ❖ Segundo requisito formal. Consiste en la unidad del acto, es decir el testamento debe ser otorgado sin interrupción, una vez empezado debe concluirse, este requisito se exige para garantía del testador ya que podría influirse sobre su voluntad.

- ❖ Tercer requisito formal. Se exige en los testamentos la comparecencia de un Notario o funcionario con fé pública y en los testamentos especiales al menos, la comparecencia de testigos.

- ❖ Cuarto requisito formal. Es la comprobación de la identidad del testador, los artículos 1504 a 1506 del Código Civil del D. F. exigen esta formalidad.

En relación con su forma, el Código Civil del D. F. divide a los testamentos en ordinarios y en especiales; todos y cada uno de los tipos, clases o formas de los testamentos, deben para ser considerados como tales y surtir los efectos propios del negocio testamentario, llenar las formalidades que respectivamente para cada uno de ellos, establece el Código, so pena de nulidad relativa o absoluta o por inexistencia del mismo.

B) Concepto de Solemnidad.

Del “latín *solemnitastatis*, la solemnidad es el conjunto de requisitos legales para la validez de los otorgamientos testamentarios y de los otros instrumentos que la ley denomina públicos y solemnes.”¹²³

Gutiérrez y González comenta “la solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles en que se plasma la voluntad de los que contratan y que la ley exige para la existencia del acto. El efecto de esta forma, es darle existencia al acto jurídico, y así por el contrario ante su falta, ocasiona que no se produzcan los efectos deseados y su voluntad no alcanza el rango de acto jurídico.”¹²⁴

Ortiz Urquidi establece la “solemnidad al igual que la forma, es una mera formalidad, pero de rango tal que si llega a faltar hace que el negocio no nazca, no exista jurídicamente; mientras que si la faltante es la forma (y en esto precisamente se distinguen la forma y la solemnidad) la sanción ya no será la inexistencia, sino la nulidad: el negocio existirá, herido de invalidez, es cierto, y en razón de lo cuál podrá ser anulado pero existirá.”¹²⁵

El testamento como acto llamado a producir sus efectos después de la muerte de su autor requiere para su cumplimiento, de una serie de seguridades que garanticen la exacta aplicación de la voluntad de quien la manifiesta, ya que no podría existir una ratificación posterior, es por ello que la ley exige la solemnidad en el testamento.

¹²³ Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española) Op. cit. p. 1416.

¹²⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio. El Pecuniario y Moral ó Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio. 4ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F.1993. p. 40.

¹²⁵ Ortiz Urquidi, Raúl. Derecho Civil. (Parte General) 3ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 1986. p. 293.

La solemnidad es aquella conducta en la cual se emplean términos ceremoniosos, y se lleva a cabo ante un funcionario público. Por falta de esta forma especial algunos contratos se verán afectados de nulidad absoluta, viene a ser una manera particular de manifestar la voluntad.

Los fines de la solemnidad son advertir al testador de la seriedad del acto, distinguir un simple proyecto de testamento del verdadero; acreditar la identidad, la capacidad, la libertad del testador y la autenticidad de la voluntad, la fiel expresión de esta última; que sea de modo probatorio; que permanezca conservada sin posibilidad de ser alterada por terceros o extraviada, hasta donde esto sea posible.

Al respecto conviene citar el siguiente criterio del pleno de la Corte.

Instancia: Pleno.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: XXII

Página: 112.

RUBRO: Testamentos.

“En ellos, como en todo acto notarial, debe distinguirse entre los requisitos solemnes y los que son de verdadera forma, y es acto solemne aquel cuya gravedad lo hace del todo serio y respetable, rodeándolo de formalidades impresionantes, por lo cuál no tiene la misma importancia que el Notario escriba o no, las cláusulas de un testamento, que el que, en compañía de los testigos instrumentales y en presencia del testador, en voz alta, y con la representación de sus funciones públicas, dé lectura al testamento, y concluida ésta, el testador manifieste su conformidad; lo primero es un detalle de forma, que si falta, no trae consigo la nulidad; lo segundo es una verdadera solemnidad que no se puede dispensar, y que si se omite hace nulo el testamento. El Consejo de Notarios de la Ciudad de México, después de maduras

discusiones, llego a la conclusión siguiente: “el Notario puede escribir o hacer escribir por otro, el testamento abierto.”¹²⁶

PRECEDENTES.

Tomo XXII, Pág. 112.- Amparo Directo.- Haro Amado de.- 14 de enero de 1928.

Domínguez Martínez afirma respecto a las características de la solemnidad, “La característica de la solemnidad como elemento esencial del negocio jurídico suele fundarse en las afirmaciones siguientes: a) Se trata del elemento esencial formal o de forma del negocio, b) Su participación es únicamente en aquellos negocios que la ley exige; c) Implica una serie de formalidades; deben otorgarse por escrito y normalmente requieren de un otorgamiento ante el funcionario público señalado por la ley en cada caso; d) Dichas formalidades son indispensables para la estructura del negocio considerado legalmente por ello como negocio solemne y e) Suele considerarse por generalidad de la doctrina que la falta de observancia de las formalidades legalmente impuestas, trae como consecuencia que no existe el supuesto negocio carente de ellas.”¹²⁷

A menudo se confunden las formalidades con las solemnidades, por lo cuál consideramos necesario citar las siguientes diferencias:

1º.- Las solemnidades son requisitos de existencia; las formalidades, de validez.

¹²⁶ Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917 – 1993. época 5ª, T XXII. CENEDIC DE DISCOS, SCJN, Fuente Semanario Judicial de la Federación.

¹²⁷ Domínguez Martínez, José Alfredo. Derecho Civil. Parte General (Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez) Ed. Porrúa. México, D. F. 1990. p. 554.

2º.- Las solemnidades consisten en el empleo de determinadas palabras o en que el acto se celebre ante determinadas personas o en ambas cosas a la vez; las formalidades, en dar al acto la forma escrita.

3º.- La falta de solemnidades no puede enmendarse; la de formalidades, sí; basta dar al acto la forma indicada.

4º.- La falta de solemnidades produce la inexistencia; la de formalidades, la anulabilidad.

También consideramos necesario puntualizar, el testamento, nace como un acto solemne, es decir, cuando la forma se exige como un requisito de esencia, no de validez, de tal manera que la infracción a las normas que establecían la forma es sancionada, con la inexistencia del acto; esta concepción de la forma como elemento de existencia llegó hasta nosotros ya que el Código Civil de 1884 llamaba a los testamentos actos solemnes.

La ley sanciona al máximo la omisión de los requisitos formales que exigió, privando por completo de efectos al acto confeccionado en violación a su mandato.

Las formalidades han ido evolucionando en el transcurso del tiempo, desde su origen con formulas sacramentales de tipo religioso, hasta la época actual en la que la formalidad cumple más bien una finalidad de seguridad jurídica con el fin de evitar fraudes y errores.

El texto del Código Civil no es muy explícito al respecto, facilita la confusión ya que permite interpretaciones dísimbolas.

IV. Testamentos ordinarios.

Después de analizar la definición, las características, los elementos de existencia y de validez, enumeraremos los tipos de testamentos existentes en nuestro Código Civil por lo tanto cualquier disposición o declaración hecha para después de la muerte, si no se hace bajo alguna de las formas establecidas por la ley para los testamentos, no será testamento y no producirá efectos jurídicos.

Nuestro Código Civil los divide en ordinarios y en especiales, en el artículo 1499 del Código Civil del Distrito Federal. Los *testamentos ordinarios* son aquellos que en condiciones normales cualquier persona puede manifestar su voluntad de disponer para después de su muerte y son según el artículo 1500 del Código Civil del Distrito Federal.

- Testamento público abierto.
- Testamento público cerrado.
- Testamento público simplificado.
- Testamento ológrafo.

A) Testamento público abierto.

Concepto.- El Código Civil del Distrito Federal nos dice testamento público abierto es el otorgado ante Notario y tres testigos idóneos. (Artículo 1511).

Se realiza ante Notario Público y tres testigos, asentándose en el protocolo notarial. El testador expresa su voluntad al Notario, quien lo transcribe y en voz alta dará lectura de las cláusulas ante el testador y testigos, para que el primero manifieste expresamente su voluntad, y si está conforme, firmarán todos el instrumento,

asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que lo hubiere otorgado, es en un solo acto el cual comienza con la lectura del testamento y termina con la firma del mismo.

Es público porque consta de un instrumento público, es decir, la escritura ante Notario, siendo este un Licenciado en Derecho, investido de fe publica facultado para dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignent actos o hechos jurídicos.

“Es abierto porque la voluntad del testador es conocida por el Notario y en su caso por los testigos que hayan intervenido.”¹²⁸

Esta forma de testar es, la más solemne. Las notas características del testamento público abierto son: la presencia del Notario ante el cuál se otorga, la concurrencia de los testigos y la unidad del acto.

El Código Civil del Distrito Federal, en su artículo 1519 al disponer que las formalidades del testamento público abierto se practicarán en un solo acto, se está aludiendo a la unidad del acto, requisito de *solemnidad* exigido como garantía de que durante su otorgamiento no se intercalen asuntos ajenos que puedan quitarle seriedad y poner en entredicho la espontaneidad y libertad del testador.

Formalidades.- El testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al Notario y a los testigos; el Notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán todos el instrumento. Las formalidades se practicarán acto continuo y el Notario dará fe de haberse llenado todas. Si falta alguna de las formalidades señaladas, será nulo el testamento según el artículo 1520, y además el Notario incurrirá en responsabilidad por daños y perjuicios y en la pena de pérdida del oficio.

¹²⁸ Asprón Pelayo, Juan Manuel. Sucesiones. Op. cit. p. 52.

Entre las diversas figuras testamentarias, el testamento público abierto es el más ocupado por los testadores por las ventajas que ofrece, es el único cuya realización permite toda la asesoría jurídica que se requiera, además es perfecto desde el momento de su otorgamiento ante Notario público, por lo cuál tiene una gran superioridad sobre los demás, convirtiéndose en el testamento por excelencia, de ahí su lugar preferente, también cabe señalar que si dicho testamento no se otorga con las formalidades establecidas por la ley dicho acto carecerá de efecto jurídico alguno.

B) Testamento público cerrado.

Concepto.- Testamento público cerrado es aquel escrito por el propio testador o por otra persona a su ruego, en papel común, debe ser presentado ante un Notario público, el cual recoge la declaración del testador de que su última voluntad se encuentra en el pliego escrito en el sobre que exhibe, haciéndose constar esta declaración por acta notarial en el sobre de referencia.

Formalidades.- El testamento público cerrado puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego y en papel común. El testador debe rubricar todas las hojas y firmas al calce del testamento; pero si no supiere o no pudiere hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona a su ruego. En este caso la persona que haya rubricado y firmado por el testador concurrirá con él a la presentación del pliego cerrado, y en este acto el testador declarará que aquella persona rubricó y firmó en su nombre, siendo está quien firmará en la cubierta con los testigos y el Notario.

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

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

El Notario dará fe del otorgamiento, con expresión de las formalidades a que se ha hecho referencia; esta constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento, llevará los timbres correspondientes y ser firmada por el testador, los testigos y el Notario, quien, además, pondrá su sello.

Cuando alguno de los testigos no supiere firmar se llamará a otra persona para que lo haga en su nombre y en su presencia, de modo que siempre haya tres firmas: cuando al hacer la presentación del testamento no pudiere firmar el testador, lo hará otra persona en su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos.

El Código Civil dispone, sólo en los casos de suma urgencia podrá firmar uno de los testigos, ya sea por el que no sepa hacerlo, ya por el testador. El Notario hará constar en tales casos expresamente esta circunstancia.

Para que el testamento público cerrado surta sus efectos debe ser declarado formal testamento, este testamento no es perfecto por si mismo, lo es hasta que se reconoce como tal judicialmente.

“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.”¹²⁹ (Artículo 1548 Código Civil del Distrito Federal)

¹²⁹ Agenda Civil del D.F. (Código Civil) Op. cit. p. 164.

La falta de alguna formalidad de las señaladas, trae consigo la nulidad del testamento, la pena de pérdida del oficio y responsabilidad por daños y perjuicios para el Notario (artículo 1534).

C) Testamento público simplificado.

El 6 de enero de 1994 se publicó una reforma que incluyó en el Código Civil del Distrito Federal el artículo 1549 Bis, el cual regula el testamento público simplificado cuya intención era según se señaló en la exposición de motivos “que los programas de regularización de tenencia de la tierra, por falta de juicio sucesorio, no dieran lugar a una nueva situación de irregularidad”, por lo que se buscó “el establecimiento de una figura jurídica que facilitara el otorgamiento de últimas voluntades de los autores de la sucesión con relación a las viviendas que adquirían, así como el establecimiento de un procedimiento sucesorio expedito para la titulación de dichos inmuebles a favor de los legatarios que instituya el propietario”.

Para su otorgamiento se siguen todas las normas propias del testamento relativas a la capacidad para testar, las normas sobre legados, los principios sobre sucesiones, la nulidad del testamento y su revocación, obviamente se trata de un acto personalísimo en el que se debe expresar cumplida y claramente la voluntad ante el Notario público.

Concepto.- Testamento público simplificado es el otorgado ante Notario respecto de un instrumento que vaya a destinarse a la vivienda por el adquirente de la misma escritura en que se consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven acabo las autoridades del Distrito Federal.

Se otorga ante Notario, sin la necesidad de testigos, sin embargo su objeto es limitado, sólo puede referirse a ciertos bienes, el ordenamiento civil que lo regula es el 1549 BIS del Código Civil del Distrito Federal, del análisis del mismo encontramos

que el testamento público simplificado está limitado a la institución de un legado respecto a un bien inmueble materia de regularización o un bien destinado o que vaya a destinarse a vivienda cuyo valor, al momento del otorgamiento del testamento:

- a) No exceda del equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal elevado al año al momento de la adquisición, si la regularización del inmueble lo llevan a cabo las dependencias y entidades de la administración pública no importa su monto (artículo 1549 Bis fracción I).
- b) El testador instituirá uno o más legatarios con el derecho de acrecer salvo designación de sustitutos (artículo 1549 BIS fracción II), esto significa que el testador designó tres legatarios sin designarle sustitutos, automáticamente al faltar alguno de ellos, los restantes serán legatarios, debido a que la porción que le correspondía al que faltó, acrece la porción de los demás legatarios.
- c) 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 (artículo 1549 Bis fracción III).
- d) Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios si los hubiere (artículo 1549 Bis fracción IV).
- e) Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble (artículo 1549 Bis fracción V).

Encontrándose además dos puntos que derogan lo dispuesto en la regla general contenida en el artículo 1296 del Código Civil del Distrito Federal el cuál establece.

No pueden testar dos o más personas, ya en provecho recíproco ya en favor de un tercero.

D) Testamento ológrafo.

Se introdujo en nuestra legislación con el Código Civil de 1928, en los Códigos Civiles anteriores no estaba previsto.

Definición.- Recibe la denominación de ológrafo, el testamento escrito de puño y letra del testador y otorgado con sujeción a las formalidades escritas por el legislador para las disposiciones de última voluntad de esta clase. Los testamentos ológrafos no producirán efecto si no están depositados en el Archivo General de Notarias (artículo 1550 del Código Civil).

La característica esencial que diferencia al testamento ológrafo del abierto y del cerrado es la autoconfesión por el testador, sin intervención de persona alguna extraña.

Formalidades.-El testamento ológrafo o autógrafo debe ser escrito, todo él, de puño y letra del testador. Este testamento sólo puede ser otorgado por las personas mayores de edad, y para que sea válido, además del requisito de la autografía total, deberá estar firmado por el testador con expresión del día, mes y año en que se otorgue.

Diversos autores objetan este testamento pues puede prestarse a falsedad y al fraude por su falsificación.

El Código Civil establece la obligación de que este testamento sea otorgado por duplicado y cada ejemplar debe tener impresa la huella digital, pero inexplicablemente nunca da opción a nadie, para que se pueda verificar que

realmente los dos tantos tengan el mismo contenido, ni al momento del depósito, ni cuando se declara formal testamento.

Así, por su facilidad de suplantación, la ley exige como requisito adicional se deposite en el Archivo General de Notarías personalmente por el testador quien tendrá que ir acompañado de dos testigos de identidad, o en caso, de imposibilidad para hacer personalmente la entrega, el encargado del archivo deberá concurrir al lugar donde se encuentre para recibir el tanto que se depositará y el cuál deberá llevar una leyenda del tenor literal siguiente: “dentro de este sobre se contiene mi testamento”, y se expresará la fecha y lugar de depósito. Para su retiro se puede nombrar un apoderado con poder especial otorgado ante Notario público para ello.

Otra de las particularidades de este testamento es que debe ser otorgado por mayores de 18 años, como excepción a la regla de “son capaces para testar los mayores de 16 años”, lo anterior porque el legislador supone que si lo redacta de su puño y letra el testador debe por lo menos tener la capacidad de disponer de sus bienes que generalmente se adquiere al cumplir la mayoría de edad, pero aún así nos encontramos ante la problemática de que no todos los mayores de edad son peritos en derecho y por lo que es probable que necesiten asesoría de otra persona que sí lo sea.

Finalmente, para que surta sus efectos debe ser declarado formal testamento de conformidad con lo establecido en los artículos 1563 del Código Civil y del 881 al 883 del Código de Procedimientos Civiles ambos del Distrito Federal.

Será nulo el testamento ológrafo cuando se encuentre roto o abierto el sobre que lo contiene, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas, ya sea del original o del duplicado (artículo 1563). Con sólo romper el sobre que contiene el duplicado, la ley deduce que el testador ha revocado el testamento y lo ha dejado sin efecto.

V. Testamentos especiales.

Los testamentos especiales son aquellos que se permiten en caso de excepción, de apremio, en los que no es posible hacer un testamento ordinario, son de este tipo de testamentos:

- Testamento privado.
- Testamento militar.
- Testamento marítimo.
- Testamento hecho en país extranjero

A) Testamento privado.

El “testamento privado es el que se otorga cuando, por enfermedad grave inesperada y falta de Notario Público, el testador no puede realizar testamento ológrafo”¹³⁰

Concepto.- El testamento privado se caracteriza por ser la fórmula legal de las disposiciones de última voluntad reconocida para casos verdaderamente urgentes.

Este testamento esta autorizado:

- Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave la cual no le permita concurrir al Notario a realizar su testamento.
- Cuando no haya Notario en la población o juez que actúe por receptoría.
- Cuando, aunque haya Notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurren al otorgamiento del testamento.
- Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra (artículo 1565 del Código Civil del D. F.).

¹³⁰ Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho de Familia y Sucesiones. Op. cit. p. 339.

Formalidades.- Este testamento debe otorgarse cuando no sea posible realizar testamento ológrafo, ante 5 testigos delante de quienes el testador debe declarar su voluntad, debe constar por escrito, debiéndolo escribir el propio testador, excepto en el caso de que no sepa o no pueda hacerlo, caso en que lo escribirá uno de los testigos y sólo en el caso de que ninguno sepa escribir, será verbal. En caso de suma urgencia bastarán 3 testigos y podrá ser verbal.

Los efectos de este testamento están sujetos a la condición resolutoria del fallecimiento del testador por la enfermedad, o por el peligro en que se encontraba al momento de su otorgamiento o, en ambos casos, dentro del mes siguiente a desaparecida la causa que facultó su otorgamiento.

Requiere ser declarado formal testamento a solicitud de parte interesada, de conformidad con los artículos 1572 al 1578 del Código Civil y 884 del Código de Procedimientos Civiles ambos del Distrito Federal.

B) Testamento militar.

El Código Civil regula de su artículo 1579 al 1582 el testamento militar, entendiendo por militares a los miembros del ejército, fuerza aérea y armada; ahora, no basta ser militar para otorgar este tipo de testamento, se necesita que se hagan en el momento de entrar en acción de guerra o estando herido sobre el campo de batalla.

Concepto.- El testamento militar es aquel que, con carácter especial, en las circunstancias previstas por el Código Civil, pueden otorgar los militares o asimilados y los prisioneros de guerra.

Formalidades.- Puede ser escrito o verbal, ante dos testigos, si es escrito en pliego cerrado y firmado de puño y letra del testador, aunque no esté escrito por él, también

se encuentra sujeto a la condición resolutoria de que el testador fallezca con motivo de las causas que lo facultaron para otorgarlo y requiere ser declarado formal de conformidad a lo establecido en los artículos 1582 del Código Civil y 888 y 889 del Código de Procedimientos Civiles ambos del Distrito Federal.

El testamento militar, otorgado por escrito, deberá entregarse al jefe de la corporación, el jefe de la corporación lo remitirá a la Secretaría de la Defensa, y ésta lo turnará a la autoridad judicial competente (artículo 1581).

Si el testamento fuere oral, los testigos lo harán del conocimiento del jefe de la corporación, quien dará parte a la Secretaria de la Defensa, y ésta a la autoridad judicial competente (artículo 1581).

Sólo surtirá efectos si el testador fallece en la acción de guerra que motivó su otorgamiento, o de la herida que recibió, o dentro del mes en que hayan desaparecido las circunstancias que lo motivaron (artículos 1571 y 1582 del Código Civil).

C) Testamento marítimo.

Lo hacen las personas que se encuentran en alta mar, toma su nombre de la circunstancia de que el testador se encuentra a bordo de un barco mercante o de la Marina Nacional, lo escribirá el testador por duplicado, ante dos testigos y el capitán de la embarcación, éste deberá dejar constancia de la existencia del testamento en el Diario de la Navegación y entregar un ejemplar a la autoridad mexicana correspondiente en la primera oportunidad que tenga, a la llegada a un puerto, si la escala es en país extranjero, uno de los ejemplares se entregara al representante diplomático o cónsul mexicano, y al llegar a puerto mexicano, se entregara el otro ejemplar o ambos a las autoridades mismas que deberán hacerlo llegar al ministro de relaciones exteriores para que los interesados, conocida la muerte del testador

procedan a tramitar su apertura ante la autoridad judicial competente. Este testamento solo será válido si el testador fallece en el mar, o dentro de un mes contado desde su desembarque en algún lugar donde, conforme a la ley mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición.

Formalidades.- Siempre deberá otorgarse por escrito y por duplicado, en presencia de dos testigos y del Capitán del Navío; observándose respecto a la fecha, firma y lectura, las reglas del testamento público abierto, pero siempre estará firmado por el Capitán y dos testigos (artículo 1584).

D) Testamento hecho en país extranjero.

Testamento especial que puede sujetarse a las formalidades de la ley extranjera cuando tenga su ejecución en la República Mexicana, o bien, puede otorgarse ante los agentes diplomáticos o consulares mexicanos, quienes observan las formalidades de la ley mexicana. A este efecto, los agentes diplomáticos y consulares tienen funciones notariales y pueden recibir testamentos ológrafos.

El testamento que sea otorgado o entregado en las condiciones mencionadas debe hacerse llegar al país por conducto de las autoridades superiores esto es la Secretaria de Relaciones Exteriores quien debe mandar copia del testamento abierto o los sobres que se les entreguen, dicha Secretaria los hará llegar al juez competente y proceder a su depósito en el Archivo General de Notarias, si el testamento fuere ológrafo, el papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante los agentes diplomáticos o consulares llevará el sello de la legación o consulado respectivo.

Formalidades.- La única externa que exigida por la ley, es que lleve el sello de la legación o consulado respectivo (artículo 1598).

Una de las características principales de este tipo de clasificación de testamentos ordinarios y especiales, es que los testamentos ordinarios tienen una duración indefinida, mientras los especiales solamente una duración de treinta días a partir de que cesa la emergencia en que se encontraban.

Los testamentos son números "*clausus*" o cerrados, ello significa que no hay más testamentos que los señalados por el Código Civil del Distrito Federal y que cualquier disposición o declaración hecha para después de la muerte, si no se hace bajo alguna de las formas que la ley establece para los testamentos no es testamento y en consecuencia no producirá efectos jurídicos, excepto que una ley especial diga lo contrario.

El sistema del Código Civil del Distrito Federal es de libre testamentación, es aquél en que toda persona tiene derecho a disponer libremente de todos sus bienes, con la única limitación de garantizar los alimentos a quienes se encuentran obligados a recibirlos, en caso de que no haya testamento.

VI. Inexistencia y nulidad de los testamentos.

El Código Civil del Distrito Federal apoyado en la teoría de Bonnecase, establece las normas sobre la inexistencia y nulidad del acto jurídico en nuestro derecho.

Estas disposiciones son aplicadas al testamento como cualquier acto jurídico por ello cuando este carece de elementos esenciales o de validez, el acto puede ser inexistente o tener diversos grados de nulidad absoluta o relativa.

En los casos de inexistencia y nulidad el testamento carece de valor desde el día en que fue hecho y sea cuál fuere la fecha de la muerte del testador, no producirá efecto alguno.

Inexistencia.- Para Bonnacase “un acto jurídico es inexistente cuando le falta uno o varios elementos orgánicos, o quizá más exactamente específicos... En la base de este acto se encuentra, en efecto: 1º.-una manifestación de voluntad (artículo 1794 frc.I); 2º.- un objeto (artículo 1794 fracc.II); 3º.- según los casos un elemento formalista (artículo 1832). Que uno de estos elementos falte, el acto será inexistente (artículos 224 y 1833), puesto que está desprovisto de un elemento orgánico o específico.”¹³¹

El testamento es inexistente cuando falte la voluntad, el objeto o la solemnidad, así:

1. Habrá falta de voluntad cuando, en el acto se sustituya al testador asiéndose pasar por el un tercero.
2. Habrá falta de objeto cuando, no contenga disposición para disponer bienes y derechos o declaraciones, sin designación de herederos o legatarios. En este caso no tendrá objeto el aparente testamento y por lo tanto será inexistente.
3. Habrá falta de solemnidad, cuando se haga sin las formalidades de ley, ya que como acto solemne el testamento debe llenar las formalidades expresas.

Al hablar de inexistencia, el Código Civil señala en su artículo 2224 que “el acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de el, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por cualquier interesado.”¹³²

Nulidad.- La nulidad puede ser absoluta o relativa, es *absoluta* cuando no es confirmable ni prescriptible y puede ser invocada por todo interesado; es *relativa* cuando falta alguna de esas características, es confirmable, prescriptible o sólo puede ser invocada por determinadas personas.

¹³¹ Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. 17ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 2002. p. 374.

¹³² Agenda Civil del D. F. (Código Civil) Op. cit. p. 229.

La nulidad no siempre afecta a todo el testamento, sino que puede afectar a una cláusula, a la institución de heredero o legatario, o a alguna modalidad de las impuestas.

Hay nulidad que afecta a la totalidad del testamento cuando:

- Existe violencia; cuando el testamento se hace bajo influencia de amenazas contra la persona del testador o sus bienes.
- Cuando el testamento es captado por dolo o fraude.
- Cuando el testador no exprese en forma clara su voluntad sino por señales o monosílabos.
- Cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley.

Hay nulidad parcial del testamento cuando se anula la institución de heredero o legatario pero se dejan subsistir las demás disposiciones en los casos siguientes.

- Cuando la institución de heredero o legatario esta establecida en memorias o comunicados secretos.
- Error en el motivo o causa de designación, si se expreso en el testamento.
- Que se le imponga al instituido una condición física o legalmente imposible que cumplir.
- Haber hecho la institución bajo la condición de que el beneficiario haga su testamento a favor del testador o de otra persona.
- Cuando la cosa legada no es susceptible de identificación o es ajena.

Hay nulidad parcial del testamento por nulidad a condiciones inaceptables, la ley emplea la expresión “se tiene por no puesta”, por lo que la institución de heredero y legatario, valen como sino se les hubiera sujetado a esa condición.

En este capítulo se realiza un análisis de las distintas clases de testamentos en nuestro actual Código Civil, así como de las distintas definiciones de testamento las cuales me llevaron a considerar pretender dar la siguiente definición del mismo.

Testamento.- Es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre, autónomo y *solemne*, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de la muerte.

Del análisis de las distintas clases de testamento en cuanto a forma y solemnidad he visto que normalmente se confunden ambos términos, considero que la naturaleza jurídica de cada uno los hace complementarios, más no iguales, por lo que en muchas ocasiones esto ha originado confusiones tanto para juristas como para dogmáticos aún más nuestro Código Civil vigente ayuda en gran parte a esta confusión estableciendo en algunos artículos la característica de formalidad y en otros de solemnidad motivo por el cual considero necesario modificar el artículo 1295 en el cual se incluya la característica de solemnidad, con la cual se evitaría confusiones.

CAPÍTULO CUARTO.

NATURALEZA JURÍDICA DEL TESTAMENTO.

I. Comparación entre testamento y contrato.

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo el *testamento* es una forma de transmisión del patrimonio a título universal o a título particular, en cambio, el *contrato* es el acuerdo que origina una transmisión exclusivamente a título particular, encontramos que el supuesto jurídico es diferente en el *testamento* y el *contrato*; en el *testamento* lo constituye la muerte del testador; en el *contrato* el supuesto jurídico es el acuerdo de voluntades de las partes contratantes.

El *testamento* y el *contrato* son fuente de derechos reales y personales, el *contrato* es la forma clásica de transmisión, los derechos reales que pueden transmitirse por legado son la propiedad, las servidumbres, el derecho de autor y los de garantía, el legado de crédito transmite un crédito al legatario. En el contrato nunca hay transmisión total de un patrimonio a título universal.

El *testamento* es la única forma de transmisión universal mediante un acto jurídico; es por parte del “de cuius” o testador en el que se extingue la capacidad de goce de la persona y su patrimonio pasa a formar parte de patrimonio de otra, se transmite tanto la propiedad como la posesión, siempre y cuando el autor de la herencia sea el poseedor de esos bienes, con excepción del legado de cosa ajena, los herederos adquirirán tanto la propiedad como la posesión, concretándose así la manifestación de voluntad del testador, la cual se hizo con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando esa voluntad este apegada a derecho

La manifestación de voluntad debe hacerse en forma clara y expresa, en tanto que en el contrato, puede ser la manifestación de voluntad expresa o tácita.

El contrato es el acuerdo de voluntades de las partes contratantes para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, es la voluntad de dos partes, en el testamento es solo la voluntad de una, la del testador, el que va a determinar cuales son los bienes dejados y a quien, no hay acuerdo de voluntades, es la voluntad de él la que impera, sobre la de los otros.

II. Testamento como negocio jurídico.

El testamento es un negocio jurídico unilateral y “*mortis causa*”, citado por Arce y Cervantes, define Castro B. el negocio jurídico “como la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos.”¹³³

El testamento queda plenamente incluido en esta categoría de negocio jurídico porque el acto de testar (acto unilateral de voluntad) es ejecutado libremente por el testador con el fin, previsto y sancionado por el derecho, de que la voluntad que ahí exprese va a tener precisamente, los efectos jurídicos que busca y quiere el testador.

“El testamento es, entonces, la expresión ad – extra de la última voluntad del testador en el momento de hacerlo y ha de revelar el “*animus testandi in actu*” o sea la intención de disponer y de ordenar sus asuntos, por sí mismo, en la forma en lo que lo está haciendo en ese momento.”¹³⁴

¹³³ Arce y Cervantes, José. De las Sucesiones. Op. cit. p. 48.

¹³⁴ Ibidem. p. 49.

Es negocio jurídico desde que se otorga, porque desde ese momento tiene en sí todos los elementos constitutivos necesarios para su existencia. La muerte de su autor, no lo perfecciona sino solamente determina el comienzo de la producción de sus efectos.

Por su naturaleza, es definitivo, aunque el testador tenga el derecho de revocarlo; el testador lo hace con la intención de que esa voluntad expresada se cumpla; la muerte del autor actúa sólo como un presupuesto de producción de efectos, no agrega nada al acto de voluntad, la muerte pertenece a los elementos que son extraños al acto de voluntad, para los demás antes de la muerte del autor, este acto jurídico (testamento) es irrelevante en cuanto negocio jurídico, para ellos, sólo adquirirá relevancia a la muerte de su autor y, por eso, la *solemnidad jurídica*, como vehículo idóneo, custodia la declaración testamentaria y la lleva al exterior cuando ocurre la muerte del testador.

Como negocio jurídico es un acto de última voluntad, es decir "*mortis causa*", lo cuál significa, que es un acto jurídico con efectos diferidos a cierta época con una cronología posterior a su otorgamiento, puesto que la producción de efectos está sujeta precisamente a la condición jurídica de la muerte del otorgante de dicho testamento.

Se dice de última voluntad porque subsiste hasta la muerte, mientras no se revoque, se presume que la voluntad expresada por el testador es lo que él hubiera querido en el último momento de su vida, la voluntad testamentaria no caduca ni prescribe por el transcurso del tiempo.

III. Testamento como acto humano.

El testamento es el más importante entre los actos jurídicos del derecho privado, en el se dispone de todo el patrimonio o de una parte de él, así como por la

trascendencia de los actos extrapatrimoniales que puede contener, y porque, a diferencia de los demás actos jurídicos, produce siempre sus efectos cuando el autor ha fallecido, el acto de testar no sólo es un acto del hombre. “Es un acto humano en el sentido que en la psicología y en la moral se da a esta expresión. Envuelve elementos que no son solamente jurídicos, sino también aquellos otros que influyen en el testador en el ámbito moral, religioso, sentimental, económico, de incertidumbre y de ignorancia.”¹³⁵

Citado por Arce y Cervantes; con razón dice Alcalá Zamora, “para después de la existencia no se necesitan derechos, pero se tienen deberes.”¹³⁶

Ordinariamente el testador se encuentra ante una situación compleja: porque se halla ante la incógnita del día y circunstancias de su muerte; de la situación que tendrán sus propios bienes en ese momento y de la que tendrán las personas a quienes quisiera beneficiar y ante la perspectiva de que sus disposiciones van a surtir efecto, cuando el mismo no puede ya intervenir para cambiarlas o ajustarlas. Actúa basado en el panorama que puede prever en el momento de testar, aunque con la reserva de modificar o de revocar su voluntad, si se alteran los datos previstos o si su juicio sufriera mutación.

“Cada testamento - expresaba el cardenal Villot al congreso de juristas católicos – es un caso concreto dentro del orden jurídico general, pero que – muy a menudo en mayor grado que cualquier otro negocio – atañe a la conciencia. Cada uno de ellos está rodeado de múltiples circunstancias contingentes particulares que en cierto modo, lo hacen irreplicable.”¹³⁷

¹³⁵ Loc. cit.

¹³⁶ Ibidem. p. 50.

¹³⁷ Loc. cit.

IV. Testamento como fuente de obligación.

El testamento es, la declaración de una sola persona, es decir una declaración unilateral de voluntad, en este punto analizaremos si el acto dispositivo de bienes llamado testamento, participa en la naturaleza de la declaración unilateral como fuente de obligaciones. La declaración unilateral de la voluntad se encuentra regulada en el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 1860 al 1881.

Como antecedente jurídico de las promesas unilaterales tenemos las hechas en Roma a la ciudad (*policitatio*) o a la divinidad (*el vetum*), se consideró que el oferente estaba obligado a cumplir únicamente por su declaración de voluntad. De la legislación alemana se tomo el modelo de reglamentación de declaración de una sola persona como creadora de obligaciones.

Nuestro Código Civil del Distrito Federal 2007 reglamenta como formas nominadas de declaración unilateral de voluntad a la:

- Promesa de recompensa.
- Oferta pública.
- Estipulación a favor de tercero
- Expedición de documentos civiles a la orden o al portador.

Admitiendo que se den las formas innominadas de declaración unilateral de la voluntad con tal de que no se contrarié normas del orden público, las buenas costumbres o derechos de terceros.

La promesa de recompensa es definida en el artículo 1861 de nuestro código civil vigente como “el que por anuncios u ofrecimientos hechos al público, se comprometa

a alguna prestación a favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido.”¹³⁸

El artículo 1862 del Código Civil “el que en los términos del artículo anterior, ejecutare el servicio pedido o llenare la condición señalada, podrá exigir el pago o la recompensa ofrecida.”¹³⁹

La oferta pública es definida como el hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento, durante el término que él mismo señale o sea más conveniente de acuerdo con las circunstancias y costumbres del lugar.

Estipulación a favor de tercero, es la declaración unilateral de voluntad del promitente hecha a propósito de un contrato, por la cual se obliga a favor de un extraño al mismo a cumplir una prestación o una abstención, intervienen tres personas en la misma; el *promitente*, quien emite su voluntad en el sentido de obligarse a favor de un tercero, *el estipulante*, quien tiene el interés jurídico en que el promitente se obligue a favor de ese tercero y *el tercero* el cuál acepta o repudia la estipulación y quien interviene en fecha posterior a la celebración del contrato.

Esta figura solo puede darse en los contratos, con la característica de que las partes no estipulan entre sí o para sí, sino con respecto a un tercero, en el momento mismo de celebrarse la estipulación (promesa a favor de un tercero), el tercero tiene derecho revocable, sujeto a repudiación, de la misma naturaleza jurídica que el derecho que tiene el heredero en el momento mismo de la muerte del testador, autor de la herencia o “*de cuius*”, antes de aceptar o repudiar la misma.

¹³⁸ Agenda Civil del Distrito Federal (Código Civil). Op. Cit p. 195.

¹³⁹ Loc. cit.

Rojina Villegas establece “el testamento como fuente de obligaciones está al margen de una transmisión a título universal o particular, ya que al ser éste el efecto principal del testamento, su estudio en materia de derechos personales se limita al tipo de obligaciones, es decir, al efecto constitutivo del testamento.”¹⁴⁰ Limitándose entonces a estudiar los derechos personales u obligaciones que pueden crearse por testamento.

En materia de derecho sucesorio, estudiamos al legado como un medio de transmisión de derechos a título particular, se ve al legatario como un simple adquirente de bienes o derechos determinados, el legado implica una transmisión; muchas veces, se dan también efectos de constitución de derechos personales que no estaban contemplados en él, pero que por la naturaleza y tipo del mismo, se implican para la buena conservación de lo legado, además de no incurrir en responsabilidad por pérdida o menoscabo.

Podemos hablar de distintos tipos de legados, como el legado de cosa ajena, válido cuando el testador sabe que la misma no le pertenece, ordenando al heredero responsable del legado, (como ya hemos visto en otro punto de la presente investigación) se adquiera la cosa ajena y se entregue al beneficiario, no hay propiamente una transmisión de un derecho del “*de cuius*” al legatario, porque se trata de una cosa ajena. Le otorga al legatario un derecho que no existía en su patrimonio, pero sí hay un efecto constitutivo, creando obligaciones a cargo del responsable del legado, pero este sí tiene la obligación de comprar la cosa ajena, tipificándose aquí una obligación espacialísima en el derecho, consistente en celebrar un contrato de compraventa o sea una obligación de hacer.

Pero el legatario tiene derecho a que se le entregue, teniendo esta obligación su fuente en el testamento, por consiguiente se convierte el responsable del legado en acreedor antes de la adquisición en tanto que no haya sido adquirida la cosa; el

¹⁴⁰ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil TIII. Op. cit. p.232.

testamento produjo entonces el efecto de crear un derecho de crédito en el legatario, si la cosa no es enajenada por su dueño, el legatario sigue siendo acreedor del equivalente, no operándose la transformación de un derecho de crédito en un derecho de propiedad.

Se puede deducir que el legado si es fuente de obligaciones, sin embargo, la doctrina no ha considerado que el testamento tenga la función de crear derechos personales, en la gran mayoría de los tratados de derecho civil en materia de obligaciones, al hacer una clasificación de las fuentes que originan derechos personales u obligaciones excluyen al testamento.

Se citan a las fuentes clásicas como son el contrato, el hecho ilícito, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de la voluntad y la responsabilidad objetiva.

Cuando se afirma que el testamento es fuente de obligaciones, es porque se cumplió con los elementos esenciales y con los elementos de validez del acto jurídico, es decir que el testador ("*de cuius*", muerto ó aquel de cuya sucesión se trata) tuvo *capacidad* para hacer su testamento, no hubo *dolo, error o violencia* en la *manifestación de voluntad* del autor de la sucesión en el momento de otorgamiento del testamento, que el acto jurídico estuvo revestido de las *solemnidades* que establece la ley, por lo cuál dicho acto es lícito.

V. Testamento como norma individualizada.

En este punto, trataremos de establecer la razón por la cuál el testamento es considerado por la doctrina como norma individualizada, la palabra norma suele usarse en dos sentidos, un sentido amplio y un sentido restringido.

En sentido amplio, se dice que norma es una regla de comportamiento, en sentido restringido, es aquella que impone deberes o confiere derechos, este significado es el que nos importa, ya que por tener carácter obligatorio además de ser atributivas de facultades, son las facultades que interesan a nuestra ciencia jurídica, ellas reciben por excelencia el nombre de normas, nos referimos a esta palabra como aquella que confiere facultades y derechos con carácter obligatorio, a esto se le denomina bilateralidad del derecho, lo que implica que impone deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones.

Las normas individualizadas son aquéllas que se aplican a uno o varios miembros, individualmente determinados, un ejemplo de norma individualizada además del testamento es la sentencia.

Como ejemplo podemos citar la sentencia condenatoria a Oscar Rojas a 20 años de cárcel por la comisión del delito de violación, solamente se aplica al acusado, mientras que la norma genérica se refiere a todos los comprendidos dentro del concepto jurídico de “violación”, la sentencia judicial solo se aplica a un miembro individualmente determinado, de la misma clase. Oscar Rojas es comprendido dentro de la clase violador, porque su conducta fue acogida por una norma que define al delito de “violación”, como aquel que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo; al haber realizado la anterior conducta, Oscar Rojas automáticamente es acogido por el supuesto normativo comprendido en el tipo penal violación, haciéndose acreedor a las sanciones correspondientes por tal delito, como resultado de tal juicio fue condenado a 20 años de cárcel, es aquí cuando la norma deja de ser general para convertirse en norma individualizada.

Las normas individualizadas se refieren a situaciones jurídicas concretas, se dividen en privadas y públicas, las privadas derivan de la voluntad de los particulares, en cuanto estos aplican ciertas normas genéricas; son normas individualizadas privadas, los contratos y los testamentos; son normas individualizadas públicas las

que se refieren a la actividad de las autoridades, pertenecen a estas las resoluciones administrativas y judiciales, así como los tratados internacionales.

El *testamento* como norma individualizada, es un acto de aplicación a un caso concreto, entonces, la aplicación de la norma general la encontramos en el Código Civil del Distrito Federal. Cuando nosotros en lo individual, decidimos acerca del destino de nuestros bienes, estamos ante un caso particular concreto, una norma general, lo cuál significa que legislamos en cuanto al destino de nuestro patrimonio, para después de nuestra muerte, Los herederos y legatarios instituidos en un testamento son los destinatarios de cumplir con las condiciones que se disponen en el mismo. Serán normas individualizadas creadas por el autor de la sucesión, para que las cumplan unos sujetos individualmente determinados que poseen un atributo común, ser puestos por el autor de la sucesión en su testamento, que pertenecen a una clase; sus *herederos*, que las cumplirán conforme a una norma general

VI. Teoría sobre la persona jurídica (Teoría de la ficción).

Atendiendo a la etimología del vocablo persona proviene de “*personare*”, resonar o sonar. El origen de la palabra radica, en las representaciones teatrales de Grecia y Roma en las cuales los actores usaban unas laminillas para engrosar la voz, pero con el tiempo estas mascarar llegaron a servir para caracterizar a los actores, es decir, para que estos pudieran representar personajes.

Encontramos en el diccionario de filosofía de Ferrater Mora que el término de persona según Boecio proviene del vocablo griego “*hipóstasis*” y establece que “la persona es una substancia que existe por derecho propio, “*sui iuris*” y es

perfectamente comunicable. Por su propia definición sería, pues, una substancia que no puede ser otra distinta de ella, y cuyo ser es, por consiguiente suyo”.¹⁴¹

Por substancia debemos entender “lo que está debajo de”, el hecho de “*sub - stare*”, la substancia es una forma de subsistencia, es decir algo que permanece invariable y es soporte de accidente (esto si cambiante) y Boecio señala se trata de una substancia individualizada, porque si el hombre esta formado de “materia”, ésta demanda espacio, cantidad y forma, por lo que el principio de individualización cada hombre es diferente de los demás.

De acuerdo con Manuel Villoro Toranzo “el concepto jurídico de persona esta en función de la posición filosófica que se acepte de la noción de Derecho. Esto ya basta de por sí para dar cuenta de la diversidad de algunos conceptos que se han propuesto para explicar lo que es la “persona jurídica”. Pero nuestro tema se confunde debido a que no puede tratarse satisfactoriamente si no se encuentra respuesta a otras dos cuestiones 1) el hecho de que por “*persona*” no se entiende únicamente los entes racionales individuales, sino también asociaciones o entes colectivos, y en algunos casos hasta masas de bienes (fundaciones o patrimonios), 2) la discusión de lo que debe entenderse por “derecho subjetivo”. Podríamos añadir también que nuestro tema queda oscurecido no pocas veces por la confusión entre persona y personalidad.”¹⁴²

Nos da un *concepto natural de la persona*, siendo este “persona es el ser animal dotado de razón, conciencia y libertad, esencialmente distintos de los otros animales y de las cosas. Tal es el dato real conocido por el Derecho.”¹⁴³ Y como *concepto jurídico de persona* “el ser animal dotado de razón, conciencia y libertad, y en cuanto tal poseedor de una dignidad excepcional entre los demás seres (animal y cosas)

¹⁴¹ Ferrater Mora, José. Diccionario de Filosofía. T II. 4ª ed. Ed. Sudamericana. Buenos Aires. República Argentina. 1975. p. 403.

¹⁴² Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Op. cit. p. 399.

¹⁴³ Ibidem. p. 424.

que le hace capaz de un papel excepcional en el orden jurídico y le hace naturalmente apto a poseer personalidad jurídica. Tal es el dato real conocido y valorado por la ciencia jurídica.”¹⁴⁴

La *teoría de la ficción* pretende explicar la naturaleza de la personalidad colectiva partiendo del supuesto de que la única persona real es el hombre, por ser la única susceptible de querer, de tener voluntad, origen y fundamento de los derechos subjetivos, por tanto, careciendo los entes sociales de voluntad, era necesario que el Derecho supusiera, por medio de una ficción, esa voluntad colectiva, pudiendo tener derechos y obligaciones distintas de los miembros que las constituyen. Para esta teoría, las personas morales o colectivas no son algo real, sino tan sólo una ficción legal, pues los seres humanos son los únicos susceptibles de tener una voluntad y consecuentemente ser capaces de derechos subjetivos y obligaciones.

El expositor más notable de esta teoría fue Savigny quien dice que “todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente al ser racional y por esto, la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre, pudiéndose formular la identidad primitiva de ambas ideas en estos términos: todo individuo y solo el individuo tiene capacidad de derecho. Pero el Derecho Positivo puede crear artificialmente una personalidad jurídica, esos seres creados artificialmente son ficticios, pues no existen naturalmente de la misma manera que la persona física, sino sólo para fines jurídicos.”¹⁴⁵

Aplicando la teoría de la ficción al caso de la herencia y siguiendo el punto de vista de Rojina Villegas, debemos apuntar que la sucesión o herencia no puede ser considerada como persona jurídica a la luz de la teoría de la ficción 1º.- Porque no tiene capacidad jurídica. 2º.- Porque la ley no declara expresamente si considera a la sucesión como una persona moral.

¹⁴⁴ Loc. cit.

¹⁴⁵ Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho Civil, Introducción y Personas. Op. cit. p. 137.

VII. Teoría del patrimonio adscrito a un fin (Teoría de Kelsen).

El creador de la teoría pura del derecho, ha dado un concepto de persona estrictamente jurídico. Este se relaciona íntimamente con el concepto de derecho subjetivo, elaborado por el mismo autor, que lo identifica con la norma. Toda vez que para la teoría pura del derecho subjetivo, el derecho subjetivo no es más que un aspecto del Derecho Objetivo y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando establece una sanción.

La persona sólo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto de normas, "la persona denominada física designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo individuo, la persona es el soporte de los deberes, de las responsabilidades y de los hechos subjetivos que resultan de esas normas o exactamente el punto común al cuál deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por esas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial, compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo." ¹⁴⁶

En síntesis, para Kelsen el concepto de persona es una noción elaborada por la ciencia del Derecho, carece de existencia real o natural, y sólo son reales las conductas humanas y la personalidad es el punto de imputación de un conjunto de normas que pueden referirse ya a un solo individuo, ya a un conjunto de individuos o bien a la totalidad de los conjuntos de órdenes jurídicos parciales, que es lo que se conoce con el nombre de Estado o Nación.

¹⁴⁶ Ibidem. p. 139.

VIII. Problema de la naturaleza jurídica del testamento como acto formal y como acto solemne.

Desentrañar la naturaleza jurídica de cualquier institución, plantea primero y ante todo la necesidad de descubrir tanto el origen de la figura que se estudia como su ubicación dentro del campo jurídico, lo cuál se pretendió realizar a lo largo de la presente investigación.

La palabra *naturaleza* deriva del término latino *natura*, tiene su equivalente griego *Phycis*; en el idioma griego, también en el latino y lenguas neolatinas, como asimismo en los idiomas germánicos, aquel vocablo registra una amplitud significativa excepcional. Naturaleza significa a veces, en la filosofía “todo lo que es innato, instintivo, espontáneo.”

“Referido al mundo jurídico, esto significa establecer la equivalencia entre la naturaleza del derecho y su esencia. Dicho de otro modo, la naturaleza del derecho es el conjunto de propiedades que permiten definir, entre los objetos, un sector que presenta características comunes (la juridicidad), y al cuál llamamos “lo jurídico”. Como la de cualquier clase de objetos, la naturaleza del derecho se expresa mentalmente en un concepto, y éste se desarrolla mediante la definición correspondiente. De manera que la pregunta por la naturaleza del derecho recibe respuesta en el tema llamado concepto y definición del derecho.”¹⁴⁷

Por lo tanto la naturaleza jurídica del testamento sería según el artículo 1295 del Código Civil del Distrito Federal “*testamento* es un acto personalísimo, revocable y libre, por lo cuál una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.”¹⁴⁸

¹⁴⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba. T XX. Op. cit. p. 74.

¹⁴⁸ Agenda Civil del D. F. (Código Civil) Op. cit. p. 143.

Teniendo la sucesión testamentaria como causa la declaración solemne y formalista de la voluntad del testador, es propio de esta el requisito de la capacidad del testador para disponer de los bienes que constituyen su patrimonio, por lo cuál consideramos dos cuestiones en relación con su naturaleza jurídica por un lado la declaración de voluntad (última voluntad) junto con la capacidad del testador y por otra las características de forma y solemnidad.

El testamento es un acto, pues la validez y eficacia del mismo no depende de la aceptación de la herencia por el llamado, el testamento es un acto personalísimo, es de forma unilateral, producto exclusivo de la voluntad del testador, es la ley de la sucesión, sin que la voluntad del heredero afecte a su validez o eficacia, ya que el testamento será valido aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar, el testamento es un simple proyecto pues la voluntad que en el se manifiesta solo adquiere sentido en el momento del fallecimiento del testador.

La capacidad del testador es un requisito indispensable para disponer de los bienes y las obligaciones por él contraídas para atribuirlos a sus herederos y legatarios, capaces de asumir la propiedad, uso o goce del conjunto de bienes que constituyen la herencia y de adquirir las obligaciones patrimoniales del testador.

El testamento es una declaración de voluntad del testador, sobre el destino y titularidad de los derechos y obligaciones adquiridas en vida por él, que se transfieren por virtud de ese acto de voluntad, a los herederos y legatarios en la forma y términos establecidos por el propio testador.

Como acto de voluntad (última) exige que dicha declaración se haga de forma solemne e indubitable de lo que se deduce que el testamento es un acto de voluntad libre además de solemne.

La forma es el conjunto de signos por los cuales se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico, en el caso del testamento serian los signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la declaración o manifestación de la voluntad del testador de disponer de sus bienes y derechos y declarar quien o quienes deben cumplir con ciertas disposiciones después de su muerte.

Las formalidades son el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes que señalan como debe exteriorizarse la voluntad para que el acto jurídico sea valido; en el testamento las formalidades generales como ya señalamos en otro punto son que la expresión de la voluntad del testador debe ser siempre expresa, generalmente escrita, se exige la comparecencia ante Notario funcionario con fé publica y en los testamentos especiales la comparecencia de los testigos; se exige la “unidad del acto” es decir que sea otorgado sin interrupción y la comprobación de la identidad del testador.

Acto solemne es aquel cuya gravedad lo hace del todo serio y respetable, rodeándolo de formalidades impresionantes.

Güitrón Fuentevilla establece que “No existe en el Código Civil mexicano del Distrito Federal, ningún testamento formal. Todos son solemnes.”¹⁴⁹

Establece que las siete clases de testamentos que regula el Código Civil son actos jurídicos, todos exigen que la forma de manifestación de la voluntad sea de manera solemne para que haya testamento.

“La gravedad, para quien no otorga testamento en forma solemne es la nulidad absoluta del mismo, porque el testamento se abre al morir el testador, si fuera formal el requisito, podría hablarse de un testamento nulo relativo; pero como se trata de un

¹⁴⁹ Güitrón Fuentevilla, Julián. ¿Qué puede usted hacer con sus bienes antes de morir? Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, S. C. México, D. F. 1993. p. 308.

elemento esencial, no produce consecuencias de derecho y los bienes se reparten en sucesión legítima, no de acuerdo a la voluntad que expreso, sino de acuerdo al parentesco, según el entroncamiento que tengan sus parientes en la línea recta ascendente y descendente, en la línea colateral igual y desigual, incluidos aquellos que estén hasta el cuarto grado.”¹⁵⁰

IX. Nuestra postura.

En primer término, consideramos que es cierto que el patrimonio constituye un elemento importante en las sucesiones (testamentaria – ab – intestato) pero también es cierto que no existe personalidad en la “sucesión de”, los bienes no constituyen la masa hereditaria, sino una masa afectada a un fin, que es la distribución entre los herederos, legatarios o el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia.

En lo que toca al concepto de forma y solemnidad su planteamiento se funda en los artículos que van del 1499 al 1598.

Desde el punto de vista de nuestra legislación, la naturaleza jurídica del testamento, la constituye el acto formal y no el acto solemne, sí bien es cierto que el testamento tiene implícita la forma, no deja de ser cierto, que si no se reúnen todos los requisitos esenciales que se manifiestan en cada uno de los distintos tipos de testamentos, no habrá testamento por falta de solemnidad y en consecuencia se repartirán los bienes por sucesión legítima, porque ya no existirá el testador, quien podría haber modificado dicho acto.

Conclusión: Del análisis de la naturaleza jurídica del testamento establecemos que:

1.- El testamento no cuenta con el mismo espíritu con el que fue creado.

¹⁵⁰ Ibidem. p. 309.

2.- Dentro del marco legal que nuestra legislación concede a los testamentos, consideramos que no son requisitos de forma sino de solemnidad.

3.- Consideramos que el artículo 1295 del Código Civil del Distrito Federal debe de establecer la característica de solemnidad quedando de la siguiente manera.

Artículo 1295. Testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre y *solemne*, por lo cual una persona capaz dispone de sus bienes para después de su muerte.

La finalidad que se persigue con la característica de *solemnidad*, es dar una mayor certeza jurídica a los actos realizados por los particulares con relación al otorgamiento de disposiciones testamentarias y como tal sea respetada la voluntad manifestada por el autor de un testamento, logrando con ello evitar que sea nulo, se evite la tramitación de juicios inútiles, como sería llevar a cabo un juicio sucesorio testamentario y el testamento no cumpliera con los requisitos se volvería nulo absoluto y no produciría consecuencias de derecho, teniéndose que repartir en sucesión legítima, mediante otro juicio sucesorio ahora intestamentario, si bien es cierto la mayoría de las veces no existe un testamento, también es cierto que en algunas ocasiones el testamento no cumple con los requisitos, sino por el contrario cuando estos se tramiten se efectúen con la plena seguridad de que efectivamente el testamento contiene la última voluntad y todas las solemnidades que necesita, evitándose pérdida de tiempo, economía y sobre todo problemas familiares.

En este capítulo vemos la gran necesidad que existe en la sociedad de que se tipifique de manera correcta en la legislación sobre el testamento sin permitir que se lleguen a dar confusiones que hoy en día se originan con nuestro actual Código Civil porque en el mismo en los distintos tipos de testamento que regula a veces se habla de formalidades a veces de solemnidades por lo cual considero indispensable incrementar la característica de solemnidad al testamento, no permitiendo las

confusiones, para que los miembros de la sociedad lleguen a celebrar un testamento no solo de manera más fácil, sino la más correcta y que a la hora de su interpretación y ejecución sea lo más cercano a la voluntad del testador.

CONCLUSIONES.

1.- El Derecho Romano sin duda tuvo una muy importante aportación en la conceptualización del testamento, la cual deriva de las voces *testatio* y *mentis* que significa el testimonio de la mente. El testamento romano puede definirse como el negocio jurídico “*mortis causa*” de derecho civil, unilateral, personalísimo, solemne y revocable que contiene uno o varios herederos, y en el que pueden ordenarse además otras disposiciones como legados, desheredaciones, nombramiento de tutores, para que tengan ejecución después de la muerte del testador.

2.- El testamento es una institución muy antigua y genuinamente romana regulada por el *ius civile* que le dio el carácter de solemne.

3.- El heredero en el testamento romano es la razón de ser del testamento, era el continuador de la personalidad del difunto con sus odios, ideales, simpatías y de su religión doméstica, también sucedía en casi todos los derechos y deberes del difunto para tener más seguridad de que el heredero aceptaba desinteresadamente, el “*de cuius*” mostraba tendencia a privar al heredero de las ventajas materiales que podría producirle la aceptación de la herencia para repartir gran parte de los bienes entre los legatarios.

4.- Podemos decir que hay una sucesión cuando uno o varios derechos son transmisibles de una persona a otra u otras extinguiéndose dicho derecho para la primera desde el momento mismo que se realiza la transmisión.

5.- En la ley de las XII Tablas primer cuerpo normativo escrito se estableció un derecho sucesorio en que se reconocían los dos procesos que existen en nuestro sistema, el de *sucesión testamentaria* y *sucesión ab – intestato ó legitima*.

6.- Justiniano inmortalizó a Roma con el Corpus Iuris Civilis o Código Justiniano, esta legislación se mantuvo como derecho positivo, en las Institutas que forman parte del mismo encontramos las formas más antiguas de testar, el *testamento calatis comitis* y el *testamento in procinctum* entre otros.

7.- Dada la importancia y trascendencia del patrimonio en el Derecho Romano se trató de tutelar los derechos de propiedad haciéndolos perdurar después de la muerte del testador creándose diversas formas testamentarias.

8.- En el Digesto encontramos que testamento es la justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga para después de su muerte; la edad para hacer testamento en los varones era 14 años, en las mujeres de 20 años.

9.- El testamento inoficioso se crea a favor de los descendientes desheredados los cuales podían reclamar la herencia en contra de los herederos instituidos, invalidando el testamento que los omitió o desheredó.

10.- Se establecieron cuatro órdenes hereditarios basados en el vínculo cognaticio, los descendientes, los ascendientes, los hermanastros del padre o madre y sus hijos y otros colaterales.

11.- El Derecho Español tuvo una gran influencia en relación a los testamentos y las sucesiones ya que México estuvo sujeto a sus ordenamientos legales por razones históricas y culturales.

12.- Dentro de la legislación civil española el testamento adquiere importancia al ser un medio seguro para disponer del patrimonio para después de la muerte.

13.- En el Libro de los Jueces o Fuero Juzgo encontramos las dos formas de sucesión, la sucesión testada o voluntaria y la legítima o intestada, el llamamiento del heredero, los testigos y la cuota o parte de libre disposición y la mejora.

14.- Con el nombre de las Siete Partidas se conoce el monumento jurídico del rey de Castilla Alfonso X el Sabio, se encuentra en la sexta partida al testamento que es una de las cosas del mundo en que más deben los hombres tener cordura cuando lo hacen, y esto por dos razones, la primera porque en ellas muestran cual es su postrimera voluntad y la segunda porque después que los han hecho si mueren, no pueden modificarlo, también encontramos las distintas formas testamentarias existentes.

15.- La Nueva y Novísima Recopilación enriquecieron la vida jurídica de España con sus aportaciones en materia de sucesiones, dándole otra forma al testamento nuncupativo, el cual se otorgaba ante siete testigos, aunque no fuesen vecinos del lugar y sin necesidad de escribano.

16.- En México la primer codificación reguladora del régimen sucesorio fue el Código Civil de 1870 regulaba la sucesión testada y la sucesión intestada en el segundo título, se encuentra al testamento como el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes clasificándolos en públicos, privados y especiales. En 1884 se crea otro Código Civil, siendo este una reproducción del anterior.

17.- El Código Civil de 1928 nos habla en materia de sucesiones de la herencia, en la cual se transmiten bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, el derecho a heredar de la concubina en caso de vida marital o de procreación de hijos, se adoptan los dos tipos de sucesión que existen hoy en día, sucesión testamentaria y sucesión intestamentaria.

18.- Sucesión es la transmisión de un patrimonio por causa de muerte (herencia o masa hereditaria) a título universal, el sucesor – heredero es quien reemplaza al titular de aquel, ejecuta derechos, cumple obligaciones, se convierte en dueño de los bienes del difunto.

19.- El testamento es el acto jurídico más importante de Derecho Privado, es el instrumento por el cual se dan transmisiones a título particular, fuente de derechos reales y personales, su supuesto jurídico es la muerte del autor de la sucesión, la cual determina el comienzo de la misma.

20.- El testamento es la manifestación unilateral de la voluntad con la intención de producir consecuencias de derecho sancionadas por una norma, acto personalísimo revocable con el objeto de transmitir bienes, derechos y obligaciones o declarar y cumplir deberes que no se extinguen con la muerte.

21.- El testador lo constituye la figura del causante, transmitente, autor de la herencia, es de suma importancia, a partir de la extinción de su personalidad podemos dar inicio al sistema sucesorio.

22.- El heredero le da continuidad al patrimonio de “de cuius”, al ser una identidad jurídica diferente, sin haber lugar a continuar la personalidad del mismo, toda vez que es por mas evidente que no existe representación o continuación de lo que se ha extinguido por su propia naturaleza.

23.- Toda persona puede heredar, salvo aquellas a quienes la ley se los prohíbe por ciertas causas, como son la falta de personalidad, delito, presunción de influencia contraria a la libertad de los testadores.

24.- En cuanto a la capacidad para testar, se considera que toda persona tiene capacidad para otorgar testamento, con sus excepciones, las cuales son los menores

que no han cumplido 16 años, los que habitualmente o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio.

25.- El legatario es un sucesor "*mortis causa*" a título particular, sólo recibe cosas determinadas, servicios o prestaciones concretas individuales.

26.- Se define a la *forma* como el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico y del contrato. Es el conjunto de requisitos o manifestaciones externas determinadas por la ley, con las cuales debe acompañarse o revestirse la expresión de la voluntad de los actos jurídicos.

27.- Por formalismos o formalidades debemos entender el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan como debe exteriorizarse la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato.

28.- Encontramos que las formalidades generales para todos los testamentos son, la *expresión de la voluntad* la cual debe ser expresa y escrita; *la unidad del acto* es decir el testamento debe ser otorgado sin interrupción; *la comparecencia* ante Notario o funcionario con fé pública, o en caso de testamentos especiales ante testigos y la *comprobación de la identidad del testador*.

29.- Nuestro derecho civil establece en relación a la *forma*, dos formas de testamentos, los ordinarios y los especiales, son ordinarios aquellos que se otorgan en circunstancias normales los cuales pueden ser hechos por cualquier persona capaz, entre estos encontramos al público abierto, público cerrado, ológrafo y simplificado, son especiales los que se otorgan en condiciones de necesidad y urgencia, siendo estos el privado, militar, marítimo y el hecho en país extranjero.

30.- La *solemnidad* es el conjunto de requisitos legales para la validez de los otorgamientos testamentarios y de los otros instrumentos que la ley denomina públicos y solemnes, es aquella conducta en la cuál se emplean términos ceremoniosos y se lleva a cabo ante funcionario con fé pública.

31.- Los fines de la solemnidad en el testamento son advertir al testador de la seriedad del acto, distinguir un simple proyecto de testamento del verdadero, acreditando la identidad, la autenticidad de la libertad del testador, la autenticidad de la manifestación de la voluntad y la fiel expresión de la misma voluntad, que sea de modo probatorio, conservada sin posibilidad de alteración o extraviada.

32.- La inexistencia del testamento se da cuando este carece de la voluntad, cuando el objeto es física y jurídicamente imposible y cuando carece de solemnidad ya que este acto requiere de seguridades que garanticen el cumplimiento de la voluntad del testador.

33.- La nulidad del testamento se da cuando se contravienen alguna de las disposiciones legales que rigen en materia de sucesiones, dentro de las cuales se encuentran la falta de capacidad del otorgante, vicios en el consentimiento, ilicitud en el objeto o falta de norma.

34.- La revocación se da cuando el testador por voluntad propia, otorga una nueva disposición testamentaria que deja sin efecto a la anterior, la caducidad opera cuando el heredero o legatario muere antes que el testador o cuando este es incapaz y es inoficioso cuando el testador excluye a quienes tienen derecho a recibir alimentos.

35.- El testamento no es considerado en la doctrina, ni en la ley como fuente de derechos personales o de crédito, comúnmente llamado obligaciones, sin embargo, es en la institución del legado donde claramente se denota ese carácter.

36.- La figura en estudio es así mismo norma individualizada de tipo privado al aplicarse a uno o varios miembros individualmente determinados, el supuesto normativo se convierte en atributo común de varios seres, lo cual se convierte en norma general.

37.- Naturaleza deriva del término latino natura y su equivalente griego Phycis, en filosofía significa todo lo que es innato, instintivo, espontáneo, la naturaleza del derecho se expresa mentalmente en un concepto y este se desarrolla mediante la definición correspondiente.

38.- La naturaleza jurídica del testamento es, según el artículo 1295 del Código Civil del Distrito Federal “es un acto personalísimo, revocable y libre por el cual una persona física capaz dispone de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su muerte.”

39.- Considero que el artículo 1295 del Código Civil del D. F. debe incluir la característica de solemnidad quedando de la siguiente manera:

Artículo 1295. Testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre y solemne por el cual una persona física capaz dispone de sus bienes para después de su muerte.

Modificando además cada uno de los artículos en los cuales se establezca la característica de formalismos por el de solemnidades.

40.- Considero que todos los testamentos deben ser solemnes, conforme a la distinción que se hace entre forma y solemnidad, desde un punto de vista etimológico como jurídico entre forma y solemnidad; dada además la gravedad que implica para quien no otorga testamento en forma solemne que el mismo se convierta en nulo o

inexistente, determinando así que la naturaleza jurídica del testamento es la de un acto solemne.

41.- En la República Mexicana es necesario proteger eficientemente los derechos de los herederos y el fiel cumplimiento de la última disposición de voluntad de autor de la sucesión o “*de cuius*” o testador en una sucesión post mortem.

BIBLIOGRAFÍA.

- A. D'ORS. *“El Digesto de Justiniano”* (versión castellana). Ed. Aranzadi. Pamplona, España. 1968.
- ALFONSO X EL SABIO. *“Las Siete Partidas”*. Ed. Castalia. Madrid, España. 1992.
- ARCE Y CERVANTES, José. *“De las Sucesiones”*. Ed. Porrúa. México, D. F. 2003.
- ARGÜELLO, Luís Rodolfo. *“Manual de Derecho Romano”* (Historia e Instituciones) Ed. Astrea. Buenos Aires, República Argentina. 1998.
- ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel. *“Sucesiones”*. 2ª ed. Ed. Mc-Graw Hill. México, D. F. 2002.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía BUENROSTRO BÁEZ. *“Derecho de Familia y Sucesiones”*. Ed. Harla. México, D. F. 2003.
- _____, *“Derecho Civil, Introducción y Personas”*. Ed. Oxford. México, D. F. 2005.
- BORJA SORIANO, Manuel. *“Teoría General de las Obligaciones”*. 16ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 2002.
- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y Beatriz BRAVO VALDÉS. *“Segundo Curso de Derecho Romano”*. Ed. Pax. México, D. F. 1976.
- DE LORENZO, Rodolfo Jorge y Jorge Eduardo DE LORENZO. *“Roma. Derecho e Historia”*. Ed. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, República Argentina. 2000.
- DE IBARROLA, Antonio. *“Cosas y Sucesiones.”* 5ª reimpresión. Ed. Porrúa. México, D. F. 2001.
- DE PINA VARA, Rafael. *“Elementos de Derecho Civil”*. (Bienes – Sucesiones) Volumen II. 13ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 1992.
- DI PIETRO, Alfredo y Ángel Enrique LA PIEZA ELLI. *“Manual de Derecho Romano”*. 4ª. ed. Ed. Depalma. Buenos Aires, República Argentina. 1992.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo. *“Derecho Civil”*. Parte General (Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez) Ed. Porrúa. México, D. F. 1990.

- FLORIS MARGADANT S, Guillermo. *“El Derecho Privado Romano”* Ed. Esfinge. México, D. F. 1983.
- “FUERO JUZGO ó LIBRO DE LOS JUECES” (cotejado por la Real Academia Española) Ed. Ibarra. Impresor de Cámara de S.M. Madrid, España. 1815.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *“Derechos Reales y Sucesiones”*. Ed. Porrúa. México, D. F. 2002.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso. *“Corpus Iuris Civilis”* (Cuerpo del Derecho Civil Romano) TI a TVI. Ed. Jaime Molinas. Consejo de Ciento. Barcelona, España. 1889.
- GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *¿Qué puede hacer usted con sus bienes antes de morir?* Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México, D. F. 1993.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *“Derecho de las Obligaciones”*. 15ª ed. Ed. Porrúa. México, D.F. 2006.
- _____, *“El Patrimonio”*. (El Pecuniario y el Moral. Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio). 4ª ed. Ed. Porrúa, México, D. F. 1993.
- _____, *“Derecho Sucesorio”*. 4ª ed. corregida y aumentada. Ed. Porrúa. México, D. F. 2002.
- IGLESIAS, Juan - REDONDO. *“Derecho Romano Historia e Instituciones”*. 11ª ed. Ed. Ariel. Barcelona, España. 1993.
- JUSIDMAN DE BIALOSTOSKY, Sara. *“Panorama del Derecho Romano”*. 2ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 2005.
- KUNKEL WOLFGANG. *“Historia del Derecho Romano”*. Ed. Ariel. Barcelona, España. 1970.
- LEMUS GARCÍA, Raúl. *“Derecho Romano”* (Compendio) 5ª Ed. Limsa. México, D. F. 1979.
- _____, *“Sinopsis Histórica del Derecho Romano”*. Ed. Limsa, México, D. F. 1962.
- LOUZAN DE SOLIMANO, Nelly Dora. *“Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano”*, Ed. Lumiere. Buenos Aires, República Argentina. 2001.

- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *“Instituciones de Derecho Civil”*. TI. 2ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 1998.
- MORENO DE ANDA, Juan Antonio. *“Desarrollo Histórico de las Formas Testamentarias”*. Tesis UNAM, Facultad de Derecho, México, D. F. 1979.
- MORINEAU IDUARTE, Marta y Román IGLESIAS GONZÁLEZ. *“Derecho Romano”*. 4ª ed. Ed. Oxford. México, D. F. 2003.
- MURGUÍA SERANO, Alma Lorena. *“Derecho Romano II”*. Ed. Iure. México, D. F. 2003.
- NESPRAL, Bernardo. *“El Derecho Romano en el Siglo XXI”*. Ediciones Jurídicas Cuyo. Buenos Aires, República Argentina. 2003.
- ODERIGO, Mario. *“Sinopsis de Derecho Romano”*. 6ª ed. Ed. Depalma, Buenos Aires, República Argentina. 1982.
- ORTIZ URQUIDI, Raúl. *“Derecho Civil”* (Parte General). 3ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 1986.
- ORTOLÁN, M. *“Instituciones de Justiniano”*. Ed. Heliasta SRL. Buenos Aires, República Argentina. 1976.
- PEÑA GUZMÁN, Luís Alberto y Luís Rodolfo ARGÜELLO. *“Derecho Romano”*. Ed. Tea. Buenos Aires, República Argentina. 1962.
- PÉREZ FÉRNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *“Derecho Notarial”*, 11ª ed. Ed. Porrúa, México, D. F. 2001.
- PICHARDO ESTRADA, Félix. *“Derecho Romano”*. (Introducción e Historia) Ed. UNAM – Universidad Militar Latinoamericana. México, D. F. 2000.
- PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina. *“Manual de Historia del Derecho Romano”*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, República Argentina. 1981.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *“Derecho Civil Mexicano”* (Sucesiones) TIV. 8ª ed. Ed. Porrúa México, D. F. 1997.
- _____, *“Compendio de Derecho Civil”* (Bienes, Derechos Reales y Sucesiones) TII. 26ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 1995.
- _____, *“Compendio de Derecho Civil”* TIII. Ed. Porrúa. México, D. F. 1997.

- SÁINZ GÓMEZ, José María. *“Derecho Romano I”*.Ed. Limusa. México, D. F. 1998.
- VILLORO TORANZO, Miguel. *“Introducción al Estudio del Derecho”*. 17ª ed. Ed. Porrúa. México, D. F. 2002.

DICCIONARIOS.

- CABANELLAS, Guillermo. *“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”*, 21ª ed. Ed. Heliasta SRL. Buenos Aires, República Argentina. 1989.
- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. TIV. 2ª. ed. Ed. Porrúa – UNAM. México, D. F. 1988.
- Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española) 19ª.ed. Ed. Espasa – Calpe. Madrid, España. 1970.
- Diccionario Enciclopédico *MASTER.*, Ed. Norma. Colombia, Bogota. 1997.
- Enciclopedia Jurídica *OMEBA*. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, República Argentina. 1990.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa, México, D. F. 2002.
- Enciclopedia Universal Ilustrada. Ed. Espasa - Calpe, S.A. Madrid, España. 1988.
- FÉRRATER MORA, José. *“Diccionario de Filosofía”*.TII.4ª ed. Ed. Sudamericana. Buenos Aires. República Argentina. 1975.
- GARRONE, José Alberto. *“Diccionario Jurídico Abeledo – Perrot”*.T II. Ed. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. República Argentina. 2005.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ, Faustino y Armario. *“Diccionario de Derecho Romano”*. Madrid. Reus, S.A., 1995.
- Nueva Enciclopedia Jurídica. Ed. Seix. Francisco. Barcelona, España. 1981.
- TORRES ESTRADA, Alejandro. *Diccionarios Jurídicos Temáticos (Sucesiones)* Vol. 3. Ed. Oxford. México. D. F. 2003.
- VALETTA, María Laura. *Diccionario Jurídico*. 2ª.ed Ed. Valleta. Buenos Aires, República Argentina. 2001.

FUENTES NORMATIVAS.

- Agenda Civil Del Distrito Federal. (Código Civil) Ed. ISEF. México, D. F. 2007.
- Agenda Civil Del Distrito Federal. (Ley del Notariado) Ed. ISEF. México, D. F. 2007.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884. Ed. Imprenta de Francisco Díaz de León. México, D. F. 1884.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia común y para toda la República en Materia Federal. Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México, D. F. 1928.
- Legislación Mexicana Colección Completa de las Disposiciones Legislativas (Código Civil de 1870) T XI. Ed. Imprenta de Comercio, De Dublan y Chávez. A cargo de M. Lara (hijo) México, D. F. 1879.
- Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917 – 1993. época 5ª T XXII. CENEDIC. DE DISCOS, SCJN, Fuente Semanario Judicial de la Federación.