



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

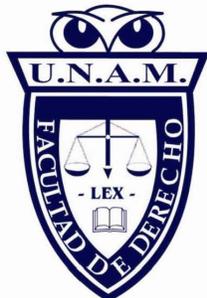
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS TESTAMENTOS
ORDINARIOS REGULADOS EN EL CÓDIGO
CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO**

**P R E S E N T A:
LILIANA PÉREZ VERA**



ASESORA: LIC. MARIA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ

CIUDAD UNIVERSITARIA

2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios Padre y a Jesús Hijo por bendecirme con el milagro de la vida, y continuarlo hasta este momento lleno Paz y Misericordia.

A la Virgen de Guadalupe, por envolverme en su regazo siempre con su Manto Sagrado, dándome la oportunidad de culminar con esta meta, a quien dedico con profundo amor.

Con profundo amor y agradecimiento a mis padres por su amor y apoyo incondicional en cada logro de mi vida.

A mi hermano, doy gracias a Dios por tenerlo en mi corazón y a mi lado.

A la Familia Pérez Ramírez por el amor
y apoyo que me siempre me han
brindado.

A la Familia Vera Castillo por el gran
amor que siempre me demostraron.

A la Lic. Ma. del Carmen Montoya
Pérez por su tiempo y dedicación en la
dirección de esta Tesis.

A la Universidad Nacional Autónoma de
México por la oportunidad que me dio
de forjarme en sus aulas.

Análisis crítico de los testamentos ordinarios regulados en el Código Civil para el Distrito Federal

Índice

| | |
|-------------------|---|
| Introducción..... | 1 |
|-------------------|---|

Capítulo I.- Conceptos generales.

| | |
|---|----|
| I.1.- Concepto de testamento..... | 3 |
| I.1.1.- Naturaleza jurídica del testamento..... | 4 |
| I.1.2.- Características del testamento..... | 9 |
| I.1.3.- Capacidad para testar..... | 19 |
| I.2.- El heredero..... | 20 |
| I.3.- El legatario..... | 28 |
| I.3.1.- Naturaleza jurídica del legatario..... | 34 |
| I.3.2.- Clasificación de los legados..... | 35 |
| I.4.- Sustitución de herederos y legatarios..... | 54 |
| I.5.- Cargos que el testador otorga por testamento..... | 62 |
| I.5.1.- Tutela testamentaria..... | 62 |
| I.5.2.- Curatela testamentaria..... | 67 |
| I.5.3.- Cargos comunes a las sucesiones testamentarias y legítimas..... | 68 |
| I.6.- El albaceazgo..... | 69 |
| I.7.- El interventor..... | 79 |
| I.7.1.- Provisional o procesal..... | 80 |
| I.8.- Nulidad, revocación y caducidad del testamento..... | 81 |
| I.9.- Inoficiosidad del testamento..... | 99 |

Capítulo II.- Los testamentos ordinarios.

| | |
|--|-----|
| II.1.- Testamento público abierto..... | 107 |
| II.1.1.- Concepto del testamento público abierto..... | 109 |
| II.1.2.- Formalidades..... | 109 |
| II.2.- Testamento público cerrado..... | 122 |
| II.2.1.- Concepto del testamento público cerrado..... | 123 |
| II.2.2.- Requisitos..... | 123 |
| II.2.3.- Depósito del testamento público cerrado..... | 127 |
| II.2.4.- Procedimiento para declararlo formalmente valido..... | 128 |
| II.3.- Testamento público simplificado..... | 130 |
| II.3.1.- Concepto del testamento público simplificado..... | 133 |
| II.3.2.- Formalidades..... | 133 |

| | |
|--|-----|
| II.3.3.- Titulación notarial..... | 134 |
| II.4.- Testamento ológrafo..... | 136 |
| II.4.1.- Concepto del testamento ológrafo..... | 137 |
| II.4.2.- Requisitos..... | 138 |
| II.4.3.- Depósito del testamento ológrafo..... | 139 |
| II.4.4.- Procedimiento para declararlo formalmente valido..... | 140 |

Capitulo III.- Análisis crítico de los testamentos ordinarios.

| | |
|--|-----|
| III.1.- Análisis crítico del testamento público abierto..... | 142 |
| III.2.- Problemática del testamento público cerrado..... | 145 |
| III.3.- Conflictos que presenta el testamento público simplificado..... | 147 |
| III.4.- Análisis del testamento ológrafo..... | 151 |
| III.5.- Propuesta de reforma en materia de los testamentos ordinarios regulados en el código civil para el distrito federal..... | 155 |

| | |
|-------------------|-----|
| Conclusiones..... | 159 |
|-------------------|-----|

| | |
|-------------------|-----|
| Bibliografía..... | 161 |
|-------------------|-----|

INTRODUCCIÓN

El testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, solemne, revocable y libre, en virtud del cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte ya sea a título universal o a título particular.

El testamento es el acto por medio del cual el testador puede disponer de su patrimonio y es de interés público que dichas transmisiones mortis causa se den con seguridad jurídica, el legislador reguló diferentes formas de testar para que desde su punto de vista fuera mayor el número de personas que hicieran testamento y así evitar la apertura de la sucesión legítima, por lo que es preciso que se dejen disposiciones muy claras al respecto, para que cuando el autor del testamento esté ausente de este mundo, se respete su última voluntad.

Cuando existe testamento como acto jurídico mortis causa por excelencia, no se puede contraponer el testamento a la Ley porque ésta es la que faculta a una persona a su realización mediante el cumplimiento de ciertos requisitos y solemnidades. Es decir, de la Ley surge la eficacia jurídica del testamento, por lo cual, la sola voluntad del testador no tiene efecto jurídico si no se encuentra en los requisitos de forma y fondo que establece la Ley.

Los testamentos en cuanto a su forma se clasifican en ordinarios y especiales. Los testamentos ordinarios se dividen en cuatro tipos: público abierto, público cerrado, público simplificado y ológrafo.

El presente trabajo tiene por objeto estudiar las figuras jurídicas de los testamentos ordinarios regulados en el Código Civil para el Distrito Federal partiendo de la base del estudio de los conceptos generales, los requisitos de forma y fondo de cada testamento ordinario, para llegar al análisis jurídico de cada uno, señalando sus problemáticas.

En ese orden de ideas, en el capítulo primero nos referimos a aspectos generales en donde se estudia al testamento, sus características, capacidad para testar, se analiza la institución de heredero y legatario, cargas que el testador otorga por testamento, la institución del albacea e interventor, nulidad, revocación y caducidad de las disposiciones testamentarias.

En el capítulo segundo se estudio a los testamentos ordinarios, es decir, al público abierto, público cerrado, público simplificado y ológrafo. En el capítulo tercero se realiza un análisis crítico de dichos testamentos.

CAPÍTULO I. CONCEPTOS GENERALES.

I.1 CONCEPTO DE TESTAMENTO.

La palabra testamento dice Arce y Cervantes "...proviene del latín *testamentum*, y éste de *testis*, testigo y de *testor*, atestiguar. Algunos la hacen derivar de *testatio et mens*, testimonio de la mente o de la última voluntad..."¹

El Código Civil para el Distrito Federal define al testamento en su artículo 1295 de la siguiente forma:

ARTÍCULO 1295. - Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre por el cual una persona capaz, dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

"...Es el acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte..."²

Ernesto Gutiérrez y González define al testamento como "...el acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre y formal, por medio del cual una persona física capaz, dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte..."³

Por lo que podemos definirlo como el acto jurídico, unilateral, personalísimo, solemne, revocable y libre, en virtud del cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte ya sea a título universal o particular.

¹ARCE Y CERVANTES, José. De las sucesiones. Séptima edición. Edit. Porrúa, México, 2003. p. 22

²ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel. Sucesiones. Segunda edición. Edit. Mac Graw Hill, México, 2002. p. 43

³GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Sucesorio. Quinta edición. Edit. Porrúa. México, 2003. p. 173

I.1.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL TESTAMENTO.

El testamento es un acto jurídico. A propósito de esto, analizaremos lo referente al acto jurídico para entender la naturaleza del testamento.

Nuestra legislación civil sigue la doctrina francesa o bipartita del acto jurídico, la cual clasifica el hecho jurídico en hecho jurídico en sentido estricto y en acto jurídico.

El hecho jurídico en sentido estricto, es todo aquel acontecimiento natural o del hombre generador de consecuencias de derecho, no obstante que cuando proviene de un ser humano, no existe la intención de crear esas consecuencias.

El hecho jurídico en sentido amplio es todo acontecimiento de la naturaleza o del hombre productor de consecuencias jurídicas. Es irrelevante para estos hechos la fuente generadora de los acontecimientos que provocan las consecuencias reguladas en los ordenamientos jurídicos, y que terminan incrustándose en algún o algunos individuos.

Bonnecase define al hecho jurídico en sentido amplio "...sirve entonces para designar un acontecimiento engendrado por la actividad humana, o puramente material, tomado en consideración por el Derecho, para hacer derivar de él, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o por el contrario, un efecto jurídico limitado..."⁴

Domínguez Martínez le da la siguiente definición al hecho jurídico en sentido amplio "...todo acontecimiento cuyo origen puede ser la voluntad del hombre o de la naturaleza, que producen las consecuencias de derecho..." "...o

⁴ DOMÍNGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Parte General. Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. Novena edición. Edit. Porrúa. México, 2003. p. 499

sea la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones. Dentro del concepto cabe todo tipo de acontecimientos generador de efectos jurídicos, cualquiera que fuere su origen...”⁵

Para Rojina Villegas el hecho jurídico en sentido amplio es “...comprendiendo todos aquellos acontecimientos naturales o del hombre que originan consecuencias de derecho...”⁶

El hecho jurídico en sentido estricto se define como todo acontecimiento natural o del hombre que produce consecuencias de derecho; sin embargo, al llevar a cabo la realización de un hecho jurídico, la voluntad humana no lo hace buscando las consecuencias jurídicas sino solamente la realización de dicho acto. Además dichas consecuencias se dan por disposición de la ley, independientemente de la voluntad del hombre.

El hecho jurídico en el cual interviene el hombre (no la naturaleza), sin esperar las consecuencias jurídicas, la doctrina francesa los subdivide en hechos jurídicos voluntarios y hechos jurídicos involuntarios.

Ahora, hace falta preguntarse cuál es la diferencia entre el hecho jurídico en sentido amplio y el hecho jurídico en sentido estricto:

Al respecto mencionan Leonel Pereznieto Castro y Abel Ledesma Mondragón “...la diferencia entre hecho jurídico en sentido amplio y hecho jurídico en sentido estricto es que los primeros se entienden todos los acontecimientos naturales o del hombre que provocan una modificación en la realidad jurídica. Por los segundos, o sea los hechos jurídicos en sentido estricto, consideramos todos los acontecimientos de la naturaleza o del hombre que no sólo modifican la

⁵ Idem.

⁶ Ibidem, p. 500

realidad jurídica, sino que provocan consecuencias de derecho, pero en los cuales la voluntad no es producir dichas consecuencias...”⁷

En lo referente al acto jurídico, siguiendo con la teoría francesa los sujetos que manifiestan o exteriorizan su voluntad, desean y esperan las consecuencias de derecho contenidas en el ordenamiento jurídico. Los actos jurídicos sólo pueden derivar de la voluntad humana. Nunca por algún acontecimiento de la naturaleza.

Realizan los actos necesarios, ya consagrados por la ley en la hipótesis normativa, que afecta su esfera jurídica mediante la creación de transmisión y extinción de derechos y obligaciones los cuales son el motivo determinante de la voluntad de los sujetos para colocarse en dicho supuesto, por lo que estos manifiestan su voluntad y desean y esperan tales consecuencias.

Rojina Villegas define el acto jurídico como “...uno de los conceptos fundamentales del derecho, pues realiza los principales supuestos jurídicos. Se le define como una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico...”⁸

Para Capitant el acto jurídico se resume como “...manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar, o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad...”⁹

Debido a las definiciones apuntadas con anterioridad el testamento, según la teoría francesa, se encuentra dentro de la clasificación de acto jurídico. Su

⁷ PEREZNIETO CASTRO, Leonel y LEDESMA MONDRAGÓN, Abel. Introducción al estudio del derecho. Segunda edición. Edit. Harla. México 1992. p. 144

⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, op.cit., nota 4, p. 503

⁹ Idem.

otorgante al exteriorizar su voluntad, desea que las consecuencias que para el testamento se encuentran reguladas, surtan los efectos deseados por éste al momento de fallecer. Es cierto que esas consecuencias están sujetas a un término (el del fallecimiento), sin embargo no por esta circunstancia la ley lo excluye de ser un acto jurídico perfecto desde su otorgamiento.

Josserand y Gabba¹⁰ lo clasifican como acto jurídico imperfecto porque al momento de su otorgamiento no produce efectos jurídicos inmediatos, sino que es la muerte del testador la que los produce. No obstante lo anterior consideramos que el testamento, como todo acto jurídico, es válido por si mismo, aunque no produzca *ipso facto* todos sus efectos. Un acto jurídico debe por un lado reunir los elementos esenciales para su existencia y por el otro no debe encontrarse privado de efecto por la Ley; es decir, debe reunir los elementos de validez.

El testamento es un acto jurídico *mortis causa*, es decir, que sólo a la muerte de quien lo otorga, produce el efecto de transmitir a título universal o a título particular la herencia o determinados bienes del testador.

De todo lo anterior se deduce lo siguiente: el testamento es un acto jurídico perfecto cuyos efectos principales se dan a la muerte del testador.

Un ejemplo de acto jurídico es el contrato, acto jurídico por excelencia definido en el artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual tiene la característica de ser bilateral, no siendo esta última característica indispensable para otorgar el carácter de acto jurídico, el testamento, siendo un acto unilateral también lo es, otro ejemplo de acto jurídico unilateral es el reconocimiento de un hijo.

¹⁰ DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa. México, 1992, p. 292

El testamento considerado como “contrato”, es evidentemente un concepto erróneo, ya que los artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal establecen lo siguiente:

“Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”. “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

Por lo tanto, el contrato es un acuerdo de voluntades y el testamento es una manifestación unilateral de voluntad, es decir, el testador manifiesta su voluntad, al nombrar herederos, legatarios, albaceas, así como cumplir obligaciones, reconoce hijos, etc.

La mayoría de los autores confirman la tesis de “acto jurídico”, antes descrita. Sin embargo, Arce y Cervantes le otorga al testamento la característica de “negocio jurídico”, unilateral y *mortis causa*, como propio de su naturaleza. Lo cual no es del todo cierto, ya que la idea del negocio jurídico es propia de la teoría alemana.¹¹

La teoría alemana o teoría tripartita se basa principalmente en 3 figuras, el hecho jurídico en sentido estricto, el acto jurídico en sentido amplio y el negocio jurídico.

De Castro, define al negocio jurídico como “...la declaración de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base solo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos...”¹²

En consecuencia, mediante el negocio jurídico, el Estado permite a las partes que lo celebran crear sus propias disposiciones y supuestos, aunque no estén reguladas por el derecho positivo, pero reconocido por el mismo para tener

¹¹ ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota1, p.50

¹² DE CASTRO, citado en ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota1, p.51

como meta la consecución de sus ambiciones, con la limitación única de que sea lícito, que no contraríe el interés público ni las buenas costumbres.

Luego entonces, a la luz de las disposiciones vigentes y conforme a lo antes expuesto el Código Civil para el Distrito Federal sigue la doctrina francesa y creemos lo siguiente, el testamento es un acto jurídico, con fundamento en el artículo 1295 del Código Civil para el Distrito Federal, y porque todas las consecuencias y formas relativas al otorgamiento, su inicio de efectos jurídicos, la tramitación de la sucesión que terminara con la adjudicación a título de herencia a favor de los herederos o legatarios esta plenamente regulada en la ley.

I.1.2. CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO.

- Acto jurídico.
- Unilateral.
- Personalísimo.
- Revocable.
- Libre.
- Solemne.
- Otorgado por persona capaz.

Acto jurídico.

El acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad hecha con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y sancionado por la ley deseado por su autor. El testamento es un acto jurídico porque la persona manifiesta su deseo de producir efectos de derecho, que se traducen en este caso, en transferir la propiedad, el usufructo, etc. de sus bienes y

derechos a determinadas personas y cumplir deberes para después de su muerte, y el derecho sanciona esa manifestación de voluntad.¹³

Acto jurídico unilateral.

Los actos jurídicos pueden ser unilaterales o bilaterales dependiendo para su eficacia de una sola voluntad o de la concurrencia de varias de estas; el testamento es un acto jurídico unilateral porque sólo requiere de la voluntad del testador para producir efectos jurídicos deseados.

Acto personalísimo.

El testamento es un acto “personalísimo”. Dos sentidos tiene esta característica. La primera de ellas, no puede el testador otorgar su testamento por medio de apoderado o de un tercero; debe concurrir personalmente a manifestar su voluntad a fin de que no pueda ser alterada y como correctamente se legisla, garantizarse la seguridad jurídica de lo dispuesto por él sin la más mínima posibilidad de modificación o de corrección alguna.

La segunda es que en un mismo testamento no pueden testar dos o más personas, debe testar una persona por testamento. Al tratar la ley civil los supuestos por los cuales puede un testamento ser nulo, podríamos encuadrar, si se dieran los supuestos antes señalados, como contrarios a la libertad del testador o a la integridad del testamento. Nos dice el artículo 1296 del Código Civil para el Distrito Federal:

ARTÍCULO 1296.- No pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya a favor de un tercero.

Pensamos que el artículo al mencionar la palabra “acto” se refiere al acto de testar y no a la celebración de cualquier acto jurídico. Cabe la posibilidad de que

¹³ BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Edit. Porrúa. México, 1980. p.14

más de una persona otorgue su testamento en un mismo lugar y al mismo tiempo, pero debe otorgarse un testamento por persona y garantizando la manifestación plena de cada testador. La excepción de las anteriores afirmaciones se da en el testamento público simplificado.

Revocable.

El testamento es un acto revocable. Esto quiere decir que el testador puede en cualquier momento modificar las disposiciones otorgadas anteriormente, por el hecho de que hayan cambiado las circunstancias o en general porque la voluntad del testador se haya modificado.

Compartimos la opinión de Asprón Pelayo "...El testamento es revocable, lo cual puede hacerse en cualquier momento hasta antes de la muerte, y puede revocarse de manera total o parcial, y la regla es la revocación total..."¹⁴

Pueden existir revocaciones parciales o totales, siendo esta última la regla general. Sin embargo, existen disposiciones testamentarias que no son susceptibles de ser revocadas por el testador. Una de ellas es el reconocimiento de un hijo. El artículo 369 fracción IV del Código Civil para el Distrito Federal admite la posibilidad de reconocer a un hijo mediante testamento. Dicho reconocimiento no es revocable, aunque se modifiquen la totalidad de las disposiciones testamentarias y aun cuando se diga expresamente que se revoca el reconocimiento, este subsistirá y esto evidentemente por razones de orden público. Así lo dispone el siguiente artículo del código sustantivo:

ARTÍCULO 367.- El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento.

¹⁴ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 45

Otro caso, que pensamos no puede ser sujeto de revocación es el perdón que otorga el testador a efecto de rehabilitar al “indigno”, y de esta manera darle la posibilidad de heredar de él.

La manera de revocar un testamento es otorgando uno posterior, no importando que tipo de testamento sea el último y cual el revocado, siempre prevalecerá el último otorgado, o en el caso de la revocación real destruyéndolo para que nunca se sepa de su contenido o conociéndose no pueda tener valor.

Como mencionamos, pueden existir revocaciones totales o parciales, debe el testador mencionar expresamente que disposiciones deben quedar vigentes del anterior, y si no lo menciona se deduce que lo ha revocado por completo, excepto lo que la ley considera irrevocable, esto último aunque disponga que se revoca, no produciría efecto legal alguno.

Finalmente, con respecto a la revocación diremos que no puede el testador renunciar al derecho de revocar, es un derecho por tanto irrenunciable en todo momento, así lo dispone el artículo 1493 del Código Civil para el Distrito Federal.

“...La revocación del testamento es la facultad que tiene el testador para evitar que produzca efectos el mismo; es la facultad que tiene el testador para hacer que, por su propia y exclusiva voluntad, el testamento válidamente otorgado no produzca efectos...”¹⁵

Libre.

El testamento igualmente es un acto libre, lo que quiere decir que el testador debe manifestar su voluntad sin vicios que menoscaben esa voluntad, que invalide las disposiciones en el testamento incluidas. Así tenemos que el

¹⁵ Ibidem, p. 118

testamento otorgado bajo error, dolo o fraude es nulo, igualmente el otorgado bajo la influencia de amenazas o violencia, así lo ordena el código de la materia en los artículos 1485 y 1487. Así mismo, declara el artículo 1301 del Código Civil para el Distrito Federal nulas las disposiciones que el testador haya otorgado, si se basan en una causa que haya expresado y que resulte errónea, si fue esta motivo determinante de la voluntad. Pero podemos hablar de “nulidad” en testamentos o se trata de “inexistencia”, esto lo comprobaremos posteriormente.

En definitiva, el valor tutelado en estos artículos, es la libertad del otorgante para ejecutar el acto, es sinónimo de valor para el testamento, en caso contrario de nulidad del mismo, por lo cual debe ser preservada en todo momento al momento de testar.

Otorgado por persona capaz.

Una característica más se refiere a la capacidad del testador. Este debe estar plenamente consciente del acto que se esta realizando, debe como lo dispone el artículo 1489 del Código Civil para el Distrito Federal, otorgar las disposiciones testamentarias de un modo cumplido y claro, lo que presupone información del alcance del acto que celebra.

Pero veamos lo que dispone el artículo 1305 del Código Civil para el Distrito Federal a propósito de lo anterior:

ARTÍCULO 1305. - Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de este derecho.

Por lo tanto, la capacidad es la regla general, solo la ley puede declarar incapaces a quienes se encuentren en los supuestos normativos previstos por ella, y traerá como consecuencia el no poder otorgar testamento debido a que el testador no alcanza a percibir las consecuencias jurídicas de su proceder a causa de su incapacidad.

Como en todo acto jurídico, para el otorgamiento de testamento se requiere una capacidad general y otra especial.

La capacidad de ejercicio se obtiene al cumplir la mayoría de edad, pero en materia testamentaria hay una excepción a esta regla general de obligaciones; pues con excepción del testamento ológrafo un menor de 16 años puede otorgar testamento con fundamento en el artículo 1306 fracción I. Del Código Civil para el Distrito Federal.

La fracción II de este mismo artículo 1306 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente: ...“Los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio”..., presupuesto pensamos que no requiere de mayor explicación, con excepción hecha del testamento de un demente en intervalo de lucidez, del cual nos ocuparemos adelante.

La incapacidad puede ser de dos tipos, legal y natural, encontrándose dentro de la primera las personas que no han cumplido la mayoría de edad, regla que en caso de testamentos se ve modificada de lo que generalmente se ha regulado para otros actos, y la segunda se refiere a los mayores de edad que por enfermedad reversible o irreversible o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por si mismos, o por cualquier otro medio que los supla. Así lo dispone el artículo 450 en sus fracciones I y II de la ley sustantiva civil.

Las personas que se encuentren en los anteriores supuestos, tienen una incapacidad general para disponer por testamento, y para otorgar cualquier acto jurídico. Es importante aclarar que lo antes señalado deroga lo dispuesto en materia de capacidad, solamente en el supuesto del testamento del demente otorgado en intervalos de lucidez, pues puede tratarse de personas declaradas por

un juez en estado de interdicción, quienes podrán testar en los intervalos señalados y cumpliendo las formalidades que para el caso dispone la ley.

Hay capacidades especiales para otorgar testamentos, y estas se refieren a la forma de los distintos tipos de testamentos, algunos ejemplos de estos son las personas que no puedan declarar su voluntad de una manera cumplida y clara quienes no podrán otorgar el testamento público abierto ni cualquier otro, los que no saben o no pueden leer no podrán otorgar el testamento público cerrado, el demente en intervalos de lucidez no podrá otorgar otro que no sea el público abierto, el menor de edad no puede otorgar el testamento ológrafo. Y en general no podrán otorgar testamentos especiales las personas que no se encuentren en las circunstancias que al efecto se refiere la ley, necesarias para poder otorgarlos, así lo ordenan los artículos 1489, 1512, 1530, 1307, 1551 y 1501 del Código Civil para el Distrito Federal.

Es importante mencionar en que tiempo deben actualizarse las incapacidades que impiden a una persona poder testar, al respecto dice el siguiente artículo:

ARTÍCULO 1312. - Para juzgar de la capacidad del testador se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento.

Por lo tanto, sí después de otorgado el testamento, sobreviene al testador alguna incapacidad legal señaladas en el artículo 450 en su fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, ya no influye esta en su invalidez de otorgado.

Solemne.

Todo acto jurídico debe de cubrir una serie de formalismos, dependiendo el acto de que se trate y con las disposiciones vigentes al momento de celebrarse.

Los actos jurídicos se pueden clasificar de la siguiente manera:

- a) Actos consensuales.
- b) Actos formales.
- c) Actos solemnes.

Actos consensuales. El consensualismo, es la regla general adoptada por el legislador, lo podemos apreciar en los siguientes artículos del Código Civil para el Distrito Federal y que a la letra dicen:

ARTÍCULO 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.

ARTÍCULO 1832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

No implica que el acto jurídico no requiera de los elementos objetivos al mundo exterior, sino los formalismos se simplifican, bastando únicamente las palabras, manifestación directa o hechos que autoricen a presumir válidamente la intención de los formadores del acto, manifestación directa, para cumplir cabalmente el requisito expuesto, el mismo. (art. 1803 del Código Civil para el Distrito Federal).

No debe confundirse la voluntad, elemento de existencia del acto, con la manera de hacer constar la misma.

Actos formales. Cuando el legislador refiere a la manifestación de la voluntad deba constar de manera fehaciente, a través de un documento, nos encontramos frente a un acto jurídico de naturaleza formal. Cuando estamos frente a un acto de estas características el mismo no será plenamente válido

mientras no se otorgue de manera escrita y con las características que para dicho acto impuso el legislador de la época.

El cumplimiento de la forma escrita variará de acuerdo con el acto de que se trate, así, en algunos casos se cumple ésta con un documento privado, el cual puede ser de diversa índole, dependiendo la importancia que el legislador da a ese acto.

Tratándose de este tipo de actos, la falta de forma que la ley prescribe, da derecho a cualquiera de las partes a exigir, en acto posterior, su convalidación, siempre y cuando su voluntad conste de manera cierta, ello de conformidad al derecho derivado del artículo 1833 del Código Civil para el Distrito Federal.

Actos solemnes. Se presenta en aquellas manifestaciones de la voluntad donde el legislador consideró que el fin del formalismo no sólo es probar plenamente la existencia del acto, sino dadas las particularidades del mismo, dichas formalidades son consecuencia concomitantes al acto y, en ausencia de ellas, el acto está viciado de ineficacia, y esta no puede ser convalidada de manera alguna por sus autores.

La solemnidad se manifiesta como el conjunto de requisitos exteriores que debe revestir el acto jurídico desde su nacimiento para poder surtir plenos efectos jurídicos, mismos que no pueden ser suplidos por otros distintos o posteriores a los expresamente señalados para ese acto.

La solemnidad no es un elemento de existencia del acto jurídico, sino es un formalismo del mismo, con la particularidad que se debe solventar precisamente en el momento de su formación y nunca en acto posterior, a diferencia de los actos formales, la falta de cumplimiento de dicho requisito de validez es sustentable cubriendo la forma prescrita por la ley.

En el otorgamiento de los testamentos ordinarios la ley obliga a que precisamente en dicho momento éstos se efectúen, no dando posibilidad en ningún momento a suplirse para acto posterior y, obviamente, tratándose de un acto jurídico unilateral, no hace la acción regulada en el artículo 1833 del Código Civil para el Distrito Federal.

Debemos entender que cuando el legislador se refiere en el testamento a formalidades o a forma. Lo está haciendo en el sentido genérico y que la especie necesaria es la solemnidad.

Podemos afirmar lo siguiente: el testamento es un acto solemne, en virtud de que si no se otorga con todas las solemnidades que la ley le confiere, éste no puede ser convalidado confiriéndole la solemnidad del cual esta revestido, simplemente ese acto no existirá y será necesario otorgar un nuevo testamento; Lo anterior para proteger la libertad del testador en el acto de testar, su identidad y capacidad, así como evitar sea alterado el testamento.

Para Arce y Cervantes "...se entiende por solemnidad, aquella forma de los actos jurídicos que se exige no "ad probationem" que simplemente son una "forma de valer", sino que se requiere "ad solemnitatem", para que el acto tenga existencia como tal o sea "forma de ser"..."¹⁶

Contadas son las disposiciones que le dan al testamento la calidad de solemne, únicamente lo deja entrever en sus disposiciones, lo siguiente lo confirmamos con la transcripción de los siguientes artículos del Código Civil para el Distrito Federal.

ARTÍCULO 1491. - El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley.

¹⁶ ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota 1, p. 31

ARTÍCULO 1519. -. Las formalidades expresadas en este capítulo se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento y el notario dará fe de haberse llenado aquéllas.

ARTÍCULO 1520. - Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el Notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además, en la pérdida de oficio.

ARTÍCULO 1534. - El testamento cerrado que carezca de alguna de las formalidades sobredichas quedará sin efecto, el Notario será responsable en los términos del artículo 1520.

ARTÍCULO 2228. - La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.

De manera arbitraria el Código Civil para el Distrito Federal utiliza los términos "forma" o "formalidades" y "solemnidad".

I.1.3. CAPACIDAD PARA TESTAR

Por regla general en materia de sucesiones pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho.

Por lo tanto son incapaces para testar:

- a) Las personas menores de 16 años,
- b) Las personas que habitualmente o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio, excepto que se trate de una persona en un intervalo de lucidez.

Se entiende por cabal juicio, el completo juicio o juicio completo, ya que el juicio puede perderse de manera accidental (bajo sugestión hipnótica, en estado de ebriedad o por uso de estupefacientes) o de manera permanente.

En relación con la capacidad del testador el artículo 1312 del Código Civil para el Distrito Federal señala "...para juzgar la capacidad del testador se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento."

El Código Civil para el Distrito Federal refiere especialmente, para señalar la importancia del estado mental específico en que se halle el testador al momento de otorgar ese acto jurídico.

I.2. EL HEREDERO

Heredero es la persona que adquiere a título universal la totalidad de la herencia o una parte alícuota de esta.

De esta manera el testador al momento de otorgar su testamento puede realizar la institución a favor de la persona o personas e inclusive de personas morales que él decida y en los porcentajes que igualmente les aplique, no puede dejar lo anterior al arbitrio de un tercero, porque en este caso ya no se trataría de la voluntad del testador sino de otro. Esta es la regla general, sin embargo el artículo 1298 del Código Civil para el Distrito Federal permite al testador dejar al arbitrio de un tercero a quienes debe instituir como herederos y la forma de repartir, en los casos de los porcentajes que el testador herede a instituciones con fines altruistas, o determinadas clases sociales desprotegidas.

Es propiamente el heredero el continuador en el patrimonio del "*de cujus*", adquiere toda la herencia o un porcentaje de ella, tratándose de dos o más herederos, excepto lo que se haya distribuido en legados.

Debe el testador cumplir con las disposiciones civiles para que su institución no esté viciada y pueda prevalecer al momento de realizar el trámite sucesorio por los herederos.

Estas reglas son:

a) Debe el testador hacer la institución nombrando al heredero por su nombre y apellidos. Si existen varias personas con los mismos nombres deberá el testador aportar un dato adicional que permita reconocer a favor de quien la hizo.

b) Si no se instituyó al heredero nominalmente o aún cometiendo errores en el nombre o apellidos, la institución prevalecerá si se sabe de algún modo de quien se trata.

c) Si no se puede de ninguna manera, individualizar la institución, ésta no surtirá efectos, porque no son válidas las designaciones realizadas a favor de personas inciertas o indeterminadas.

El heredero, al ser como ya lo habíamos mencionado, quien se queda a cargo del patrimonio del testador, convertido el patrimonio por el hecho de su muerte en herencia, no sólo hereda los bienes y derechos, también las obligaciones que no se extinguen con su muerte, y queda obligado a cumplirlas, hasta el monto de lo que hereda, lo que la teoría ha denominado "beneficio de inventario".

Dispone el artículo 1284 de la ley civil:

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

Debe entenderse al heredero, no como un beneficiario de uno o varios bienes de un patrimonio relicto, sino como un sucesor en el patrimonio del difunto, quien como heredero debe comportarse como lo haría el *de cujus*, para sucederle en sus derechos y obligaciones.

Galindo Garfias dice "... Existe pues como causa generadora de la calidad del heredero la voluntad del testador, la declaración de voluntad del testador

determinada en el testamento..."¹⁷. Esta es la génesis de la institución de heredero, la voluntad del testador manifestada en su testamento.

Es probablemente la institución de heredero la parte más importante en un testamento, sin embargo puede no contenerla y el testamento será perfectamente válido, inclusive si encontrándose dentro del contenido del mismo y no válida la institución por haberse realizado en contravención a los dispositivos legales, el demás contenido del testamento prevalecerá, tramitándose lo que no pueda repartirse mediante la institución afectada por medio de la sucesión legítima.

La institución de heredero por regla general es incondicional, sin embargo puede no serlo así, da la ley la posibilidad al testador, protegiendo la libertad que este tiene, a imponerle al heredero instituido condiciones y cargas para poder recibir la herencia, e inclusive, la dispuesta por virtud de alguna causa, la cual tiene repercusiones en un supuesto que adelante haremos referencia.

En cuanto al heredero sujeto a término o plazo, lo prohíbe expresamente el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1380, término que se tendrá por no puesto. Lo anterior se traduce en que el testador no puede establecer cláusula alguna en su testamento que disponga desde cuando debe tenerse por heredero a la persona o personas instituidas, o peor aún, cuando debe de cesar su institución, lo anterior resulta obvio pues lo nombra heredero o simplemente no lo nombra, este precepto se basa en el principio romano *semel heres semper heres*, (una vez heredero, siempre heredero).

Así podremos observar, en cuanto a las condiciones, cargas y en lo referente al objeto determinante de la voluntad que a la institución de heredero, podrán imponerse por parte del testador y ser totalmente válidas, sin embargo

¹⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derechos Reales y Sucesiones. Segunda edición. Edit. Porrúa. México, 2004, p. 211

existen reguladas algunas, las cuales están prohibidas por la legislación y que ésta las sancionan con su ignorancia o con la nulidad de la institución.

En lo referente a las condiciones, estas se definen como el acontecimiento futuro de realización contingente del cual depende el inicio de efectos del acto al cual están impuestas o su resolución, a las primeras se les llama condiciones suspensivas y las segundas resolutorias. Respecto a estas condiciones, en materia de testamentos, no se requiere de un acontecimiento futuro, basta que el testador desconozca si el acontecimiento ya se verificó, así lo autorizan los artículos 1353, 1354 y 1489 del Código Civil para el Distrito Federal.

Las condiciones reguladas a detalle en el cuarto libro del ordenamiento civil, son supletorias de las condiciones testamentarias, debido a que comparten la misma naturaleza, así lo autoriza el artículo 1345 del Código Civil para el Distrito Federal, innecesario, ya que el artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal expresa la regla general para aplicar las disposiciones que regulan a las condiciones impuestas a otros actos incluyendo desde luego al testamento.

El motivo de las condiciones es hacer prevalecer la libertad del testador tiene al disponer de su patrimonio, las razones de imponerlas a los herederos es para que estos sólo puedan tener esta calidad o dejen de tenerla, por razones propias del testador.

Existen condiciones que anulan la institución de heredero o legatario consagradas en el Código Civil para el Distrito Federal como lo son las condiciones físicas o legalmente imposibles de cumplir al tiempo de otorgar el testamento, según el artículo 1347 del Código Civil para el Distrito Federal, las cuales por el avance tecnológico pueden llegar a ser posibles, siendo entonces válida dicha institución.

Totalmente absurda la anterior disposición, pues el testamento es un acto perfecto desde el momento de su otorgamiento, pero debido a su naturaleza, sus efectos difieren de la muerte del otorgante y solo hasta ese momento se sabrá que era imposible la condición, antes el heredero jamás se podrá ostentar con esa calidad.

No se es heredero a la fecha de otorgamiento del testador, se es heredero a la muerte del testador. Entonces si la condición imposible a la muerte es posible a la aceptación ¿es válida?.

A propósito de las condiciones, la ley aclara la voluntad del testador, si este impuso a su heredero una condición imposible, jamás será heredero, y esto es porque quería que nunca lo fuera.

Anula la institución de heredero igualmente la llamada condición captatoria o disposiciones fideicomisarias, según los artículos 1349 y 1473 del Código sustantivo; estos se refieren a la condición que el testador impone al heredero de otorgar a su vez en su testamento alguna disposición a favor del propio testador o de un tercero; así como las fideicomisarias, que son: las prohibiciones de enajenar, que llaman a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte del heredero o el encargo de prestar a más de una persona sucesivamente cierta renta o pensión.

Las instituciones sujetas a condiciones negativas de no dar o de no hacer, no anulan la institución, únicamente se tienen por no puestas, y se entiende hecha la institución como pura y simple, como se desprende del numeral 1355 del Código Civil para el Distrito Federal, corren con igual suerte las condiciones de no impugnar el testamento so pena de perder la calidad de heredero o legatario, y la de tomar o dejar de tomar estado.

Mencionábamos que no puede sujetarse a plazo la institución de heredero (si la de legatario), pero si está permitido por el artículo 1350 del Código ya citado, suspender la ejecución del testamento hasta cierto día, sin embargo, los derechos de herederos y legatarios a la masa hereditaria no son susceptibles de retardo, estos los tienen desde la muerte del autor de la sucesión. Se traduce esta suspensión únicamente a la entrega de los bienes, y aunque no es claro el Código Civil para el Distrito Federal, en nuestra opinión, igualmente sería permisible la enajenación de la porción hereditaria que le corresponda a cada heredero como lo autoriza el artículo 1289 del Código Civil para el Distrito Federal, antes de cumplirse el plazo para la ejecución del testamento, respetando desde luego el derecho del tanto del cual gozan los coherederos, corriendo el cesionario de estos derechos hereditarios, la misma suerte del heredero cedente, en lo relativo a la posesión de los bienes que forman el patrimonio común.

Las condiciones simplemente potestativas, se pueden definir como aquellas que no solamente dependen de la voluntad del heredero o legatario para poder cumplirlas, sino de la voluntad de un tercero. Si estos hicieron lo posible por cumplir con la condición y no pudo llevarse esta a cabo por la voluntad de ese tercero, se tendrán por cumplidas con fundamento en el artículo 1356 del Código Civil para el Distrito Federal. Existen además las condiciones puramente potestativas que dependen únicamente de la voluntad del heredero o legatario, y que se tendrán por cumplidas al ofrecer estos actualizar los medios para hacerlo, aunque el tercero a favor del cual se dispuso la condición rehúse aceptar la cosa o el hecho ofrecido.

Si han cumplido con la prestación impuesta en el testamento, antes de redactarse el mismo se tendrán por cumplidas. Pero si se puede reiterar ésta y el testador hubiera tenido conocimiento de ésta primera prestación, deberán volverse a ejecutar.

Pasemos al contenido de la institución sub-causa, se da en virtud de un hecho anterior al otorgamiento de su testamento. Debe el testador manifestar expresamente esa causa o motivo determinante de su voluntad para otorgar la institución, si no se expresa ésta, es probable que nadie se entere y por lo tanto no produce efectos jurídicos.

Asprón Pelayo nos dice que hay tres tipos de causas:

“...a) Eficiente.- es la que origina el derecho y la obligación. Por ejemplo, la causa eficiente por la que compro un terreno es él querer comprarlo, es mi voluntad de adquirirlo.

b) Final.- es el fin abstracto del acto, independientemente de la finalidad personal que se proponga el autor. Por ejemplo, en los testamentos la causa final es el establecer una liberalidad, en los contratos bilaterales, la causa final es la obligación de la contraparte.

c) Impulsiva.- es el motivo concreto que determina la voluntad del autor...”¹⁸

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal no cabe duda que es causalista, debido a que si el motivo determinante del autor de la sucesión es erróneo, es decir, si instituye heredero o nombra legatario únicamente por alguna causa que resulte falsa, la institución o nombramiento se anula. En materia de obligaciones podemos observarlo en los artículos 1795 fracción III, 1813 y 2225 del Código Civil para el Distrito Federal. En materia sucesoria la observarnos en el artículo 1301 del Código Civil para el Distrito Federal que establece:

ARTÍCULO 1301. - Las disposiciones hechas a título universal o particular no tienen ningún efecto cuando se funden en una causa expresa, que resulte errónea, si ha sido la única que determinó la voluntad del testador.

¹⁸ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 75

Como ejemplo de lo anterior podemos pensar que el testador dispone así: "Instituyo heredero a Juan por ser mi hijo", si resultase que Juan no es hijo del testador, anulará la institución, "ser su hijo" es el motivo determinante de la voluntad del testador para instituirlo como heredero, y al ser errónea esta apreciación, no se tendrá por heredero.

El artículo 1304 del Código Civil para el Distrito Federal, regula de esta manera la condición ilícita:

ARTÍCULO 1304. - La expresión de una causa contraria a derecho, se tendrá por no escrita.

Si la causa es ilícita se tendrá por no escrita, por ejemplo, nombro como heredero a Pedro porque mató a Rodrigo; En este sentido Pedro heredará y la causa se tendrá por no escrita, pero surge un problema jurídico al conjugarse motivos erróneos e ilícitos. Asprón Pelayo señala lo siguiente:

"...Sin embargo, aquí tenemos un conflicto, ¿Qué solución debemos dar si la causa única es expresa y errónea, pero ilícita? En el ejemplo pensemos que la única causa por la que se nombró como heredero a Pedro es porque mato a Rodrigo, pero resulta que no es cierto. Si se resuelve conforme al artículo 1301 del Código Civil para el Distrito Federal, Pedro no heredará, porque se anula la institución, pero si se hace de conformidad con el artículo 1304 del Código Civil para el Distrito Federal, Pedro debe heredar, porque la causa se tiene por no escrita y, por tanto, la causa no sería expresa..."¹⁹

En cuanto al modo o carga se diferencia con las condiciones según dice Arce y Cervantes "en los herederos condicionales no tiene esta calidad hasta que se cumpla la condición, si no se cumple se tendrá como si nunca hubiesen sido instituidos, en el modo o carga ya son heredero o legatarios, sin importar la ejecución del modo o carga, sin embargo están obligados a cumplirlos. No

¹⁹ Ibidem, p. 76

suspenden ni resuelven la institución como las condiciones, pero de su realización depende seguir disfrutando la calidad de heredero o legatario. La condición suspende pero no obliga, el modo obliga pero no suspende...”²⁰

Es distinta la voluntad del testador en las condiciones y en las cargas. En las primeras el testador quiere que la persona instituida o nombrada sea heredero o legatario o deje de serlo si el acontecimiento en el cual se basa la condición se actualiza, el cual ignora si sucederá, en el modo o carga su concepción es distinta, su voluntad es nombrar heredero o legatario, pero desea que este realice algo, o de algo en favor de otra persona. Lo interesante es saber ¿por qué no se lo dio el propio testador a la persona beneficiada con la carga, ¿no hubiera sido más fácil nombrar a la persona beneficiada heredero o legatario?. Una de las posibilidades es el interés del beneficiado con el modo o carga no entre al trámite sucesorio, para ahorrar posibles controversias con herederos y legatarios.

El artículo 1361 del Código Civil para el Distrito Federal equipara a la carga con las condiciones resolutorias, y en caso de no llevarse a cabo ésta, se tendrá por resuelta la institución o nombramiento en su caso.

I.3. EL LEGATARIO.

La figura del legatario únicamente puede surgir en la sucesión testamentaria. Es un beneficiario a título particular, no sucede al difunto en sus relaciones jurídicas como en el caso de los herederos y en principio y por regla general no es responsable de cumplir con sus obligaciones que no se extinguieron en la muerte de su causante, aunque el artículo 1285 del Código Civil para el Distrito Federal le impone una responsabilidad subsidiaria para con los herederos, así reza este artículo:

²⁰ ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota 1, p. 38

ARTÍCULO 1285. - El legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos.

Como podemos observar el legado puede ser puro o condicional, como en el caso de la institución de heredero.

El legatario no se entiende como un continuador patrimonial del *de cuius*, no lo sule como en el caso de los herederos en sus relaciones jurídicas existentes aún después de sobrevenir la muerte, recibe el legatario, en pago de su legado, un bien específicamente determinado o determinable, el cual compone una parte de la masa hereditaria.

Si pretendemos encuadrar al legatario en la teoría que menciona que hay sustitución con respecto al *de cuius*, debemos decir que éste lo hace sobre particularidades, contrario al papel que cumple el heredero en la sucesión, al ser este último un verdadero suplente del difunto en toda la herencia, y quien recibe a título universal el patrimonio relicto, con excepción de lo que el testador haya distribuido precisamente en legados.

No obstante la radical diferencia entre herederos y legatarios, nada impide que una sola persona pueda ostentarse con ambos caracteres, puede ser al mismo tiempo heredero y legatario de una misma persona. Si esto ocurriese podrá la persona agraciada de esta manera aceptar uno y repudiar otro, sin tomar en cuenta si uno es oneroso y otro gratuito. Pero si se beneficia con dos o más legados a una misma persona y uno fuere oneroso y el otro gratuito, no podrá aceptar el gratuito y repudiar el oneroso, si son onerosos o gratuitos se pueden aceptar o repudiar los que se deseen, por último si hay onerosos y gratuitos no se pueden aceptar los gratuitos sin aceptar los onerosos.

Asprón Pelayo define al legado como "... la institución testamentaria mediante la cual 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...”²¹

Habla Asprón Pelayo, que la prestación debe consistir en un dar o un hacer, pero ¿no puede existir el legado de no hacer? Pongamos como ejemplo una deuda en la cual el testador sea acreedor y legue a su deudor la remisión de la misma, como consecuencia el deudor no hará pago alguno a la sucesión, positivamente es imposible, porque el artículo 1392 del Código Civil para el Distrito Federal establece que el legado puede consistir en la prestación de una cosa o de algún hecho o servicio, y en el ejemplo anterior lo que se entendería objeto del legado sería la cantidad debida al testador.

El carácter particular del legatario, en cuanto a la disposiciones de los bienes que integran la masa hereditaria, es confirmada por el artículo 1382 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece que el heredero instituido en cosa cierta y determinada se tendrá por legatario. Por lo que el testador, no le da el carácter de heredero o legatario por solo mencionarlos de esta manera, la manera en que lo beneficio por virtud del testamento, dará la pauta para saber si lo quiso hacer a título particular o a título universal, y de esta manera colocarse en el supuesto de heredero o legatario que diferencia la ley.

El Código Civil español define a los legados como “actos de disposición *mortis causa* a título singular, aunque puede adoptar multitud de formas y maneras...”²²

En lo que el Código Civil para el Distrito Federal, no disponga como regla especial, a los legados se les aplicaran las disposiciones referentes a los herederos, lo anterior en cuanto a la capacidad, quienes pueden heredar y lo que

²¹ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 86

²² ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota 1, p. 91

puede ser materia de legados, así lo ordena el artículo 1391 del Código Civil para el Distrito Federal.

El legado es una transmisión a título particular de uno o de varios bienes específicamente determinados de la masa hereditaria a favor de uno o más individuos, adquirentes por causa de muerte a título particular, llamados legatarios; estos sólo tienen, por regla general, la responsabilidad subsidiaria en el pago de las deudas de la herencia, salvo que toda la herencia se haya distribuido en legados. Así lo dispone el artículo 1286 del Código Civil para el Distrito Federal:

ARTÍCULO 1286. - Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios serán considerados como herederos.

Dice De Ibarrola a propósito de los legados, que se trata de una disposición testamentaria por la cual el testador manda una cosa o porción de bienes, a título singular, a una persona o personas determinadas, "El legado puede consistir en la prestación de una cosa o en la de algún hecho o servicio" (art.1, 392 del Código Civil para el Distrito Federal).

"...Notemos de nuevo que el heredero, tiene la representación jurídico patrimonial del autor de la herencia, y el legatario normalmente no la tiene..."²³

Por la diversidad de sus formas, es difícil dar una definición que abarque todas las maneras de las cuales se puede revestir. En principio, consiste en una liberalidad que hace el testador, pero este carácter no es esencial porque puede estar gravado con una carga que lo haga económicamente nulo. Tampoco es siempre una transmisión de bienes propios del testador al legatario, porque puede consistir en la entrega de una cosa ajena.

²³ DE IBARROLA, Antonio. Cosas y Sucesiones. Decimocuarta edición. Edit. Porrúa. México, 2004. p. 832

Ruggiero lo define como una disposición atributiva de un derecho particular a cargo de la herencia con ánimo de beneficiar, aunque el legado puede estar a cargo de un legatario (1,394 del Código Civil para el Distrito Federal).

Para Arce y Cervantes "El legado puede hacerse asignando un bien determinado para el legatario (el antiguo legado "per vindicationem) o gravar a un heredero o legatario con una prestación ("per damnationem") (art. 1394 del Código Civil para el Distrito Federal).

En principio, el legado es indivisible. No se puede aceptar una parte y repudiar otra (art. 1397 del Código Civil para el Distrito Federal). Sin embargo, dice el código que si el legatario muere antes de aceptarlo y deja varios herederos, uno de estos puede aceptar y otro repudiar su parte en el legado (art. 1398 del Código Civil para el Distrito Federal). Esta indivisibilidad no existe entre los legados entre si, ni entre la herencia y legado, pues el beneficiario puede aceptar o repudiar la herencia o el legado o viceversa (art. 1400 del Código Civil para el Distrito Federal) o aceptar un legado y repudiar otro, pero no podrá aceptar el gratuito y repudiar el oneroso...²⁴

El artículo 1398 del Código Civil para el Distrito Federal va en contra de cualquier lógica jurídica, este permite que si el legatario murió sin aceptar o repudiar el legado, sus herederos podrán aceptarlo o repudiarlo, pero siendo varios herederos del legatario, podrán aceptar unos y repudiar otros.

Lo que no se le permite al legatario nombrado, si se permite a sus herederos. Tan absurdo es como si dijéramos que el legatario que murió sin aceptar o repudiar tuviera dos voluntades, la de aceptar y la de repudiar, recordemos que los herederos son los continuadores del patrimonio del difunto, por lo cual, en este caso los herederos del legatario que no acepto el legado,

²⁴ ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota 1, pp. 92-93

deberán o aceptar o repudiar de común acuerdo, siempre en vista de lo que el legatario hubiera decidido si hubiera podido manifestarse.

Los artículos 1408 y 1409 del Código Civil para el Distrito Federal otorgan al legatario el derecho de retención de la cosa si ya estaba en su poder al momento de la defunción del autor, si no es así, debe esta estar en poder del albacea y entregarla antes de adjudicarle bienes a los herederos en pago de su herencia, si el legado consiste en un bien, este debe ser entregado al legatario en las condiciones en que se hallaba al momento de la defunción, así como sus accesorios generados desde la muerte del autor, así lo ordena el artículo 1395 del Código Civil para el Distrito Federal.

Los gastos de la entrega de la cosa y las contribuciones serán a cargo del legatario, salvo que el testador haya establecido una carga a algún heredero u otro legatario de este tipo, obligándolo al pago de lo anterior, según los artículos 1396 y 1410 del Código Civil para el Distrito Federal.

Según se desprende de los artículos 1763,1406 y 1407 del Código Civil para el Distrito Federal, los legatarios podrán solicitar que se les garantice la entrega de su legado, lo que pueden hacerlo los herederos, o el heredero con carga obligado al pago del legado, o el legatario con idéntica carga, con las formas permitidas por la ley, pero sólo a los herederos se les podrá exigir fianza e hipoteca necesaria a los colegatarios.

En resumen podemos mencionar que el legatario, en virtud de una disposición testamentaria a título particular, adquiere un bien determinado o determinable, sin responder en principio de las deudas de la herencia, al ser un adquirente a título particular y no universal, como en el caso de los herederos.

El legado implica una liberalidad, es decir, una transmisión a título gratuito, porque aunque existen legados onerosos, la carga no puede ser superior al

legado, al aplicarse a los legatarios el beneficio de inventario de que gozan los herederos, siempre habrá transmisión gratuita de algo, que a la postre será traducido como un aumento en el patrimonio del legatario.

Los legados solo pueden establecerse en un testamento, imposible que se den en la sucesión intestada, en virtud de depender enteramente de la voluntad del autor de la sucesión, la ley solo tiene la posibilidad de declarar herederos, jamás legatarios, esto por principio de equidad.

Puede consistir el legado en un bien determinado o determinable reducido a una cosa, un derecho o la prestación de un servicio.

Siempre en virtud del legado hay un aumento en el patrimonio del legatario, en primer término por el beneficio de inventario ya comentado y en segundo porque aunque lo legado sean cosas que tengan un valor más que económico sentimental, como cartas, recuerdos, etc., que desde luego al recibirlos por legado no disminuyen el patrimonio del favorecido. Igualmente en el legado de deuda, consistente en redimir la deuda de la cual el testador era acreedor y el legatario su deudor, no entra ningún bien al patrimonio del legatario, pero no hay un menoscabo.

I.3.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL LEGATARIO.

La naturaleza jurídica del legatario, es una naturaleza propia, que tiene origen en la sucesión testamentaria y que se distingue en esencia en la adquisición de bienes o derechos específicamente determinados por el *de cujus*, a título particular y la responsabilidad que tiene para el pago de las deudas de la herencia es subsidiaria a la del heredero; no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador.

I.3.2. CLASIFICACIÓN DE LOS LEGADOS.

Los legados son tan amplios en sus diversas clasificaciones, que es muy difícil poder encuadrarlos, sin embargo optamos por basarnos en la clasificación que realiza Asprón Pelayo²⁵, por considerar que es la más amplia en cuanto a su detalle, y la cual clasifica como sigue:

“... por su forma:

a) Legados puros y simples.- Son los que no están sujetos a modalidad alguna.

b) Legados condicionales.- Son los que están sujetos a condición, ya sea suspensiva o resolutoria.

c) Legados sujetos a plazo.- Los legatarios si pueden estar sujetos a éste, no así los herederos, y puede ser suspensivo o resolutorio.

d) Legados sub-cusa.- Se refiere a los legados en los que se expresa la causa, motivo determinante de la voluntad, que dio origen a beneficiar a alguien con el legado.

e) Legados sub-modo.- Se expresa por parte del testador, el fin para el cual se otorgaron, los cuales únicamente pueden ser los legados de alimentos y de educación.

f) Legados alternativos.- Son aquellos en los que se lega una de varias prestaciones, la elección en estos casos, de la cosa legada corresponde al heredero, si el testador no otorgó ese beneficio expresamente al legatario.

²⁵ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, pp. 90-103

g) Legados onerosos y legados gratuitos.- Son onerosos los legados en que el testador impuso al legatario alguna carga o gravamen, los cuales resultan indispensables cumplirse para poder pagarle el legado, los gratuitos están exentos de cualquier de estos.

h) Legados remuneratorios.- Los otorga el testador por motivo de agradecimiento a servicios prestados por el legatario, y respecto del cual no tenía obligación de pagar.

Clasificación por quien debe prestar el legado, estos son:

a) Legado propiamente dicho.- Es aquel que esta a cargo de los herederos, el cual se substraerá de la masa hereditaria.

b) Sub-legado.- El que es a cargo de otro legatario.

Clasificación por el orden de pago:

En principio todos los legados deben pagarse al mismo tiempo, pero en el caso de que los bienes de la herencia no alcancen a cubrir la totalidad de los legados, el artículo 1414 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone el orden preferente en que deben ser pagados, siendo éste:

1. - Los remuneratorios.
2. - Los que el testador indique que se paguen antes que los demás.
3. - Los que el testador haya dicho simplemente que son preferentes, así como los que la ley declare preferentes.
4. - Los legados de cosa cierta y determinada, propia del testador.
5. - Los legados de alimentos y/o de educación.

Asprón Pelayo²⁶ modifica los numerales uno y dos, dándoles a los legados remuneratorios el segundo lugar y a los que el testador indique que se paguen antes que los demás, el primero, lugar equivocado según el artículo 1414 del Código Civil para el Distrito Federal, lo que hacemos notar porque no es común lo anterior, debido a la brillantez con la que escribe su libro "Sucesiones", error desde luego de transcripción y no por supuesto de criterio.

Clasificación por su materia u objeto:

Los que a su vez se clasifican los legados de dar y legados de hacer. Los legados de dar admiten una subclasificación en legados de bienes corpóreos, o sea cosas y legado de bienes incorpóreos, entiéndase derechos.

Los legados de bienes corpóreos, se dividen en tres grupos:

1. - Legado de bienes corpóreos específicos:

- Con objeto propio del testador.
- Con cosa ajena al testador.
 - Totalmente ajena.
 - Parcialmente ajena.
 - Que sea del heredero, del legatario o de un tercero.
- Gravada.
- Alternativa.
- Universal.

2. - Legados de bienes corpóreos genéricos:

- Género.
 - Existente en la herencia.
 - No existe en la herencia.

²⁶ Ibidem, p.90

- Cantidad.

3. - Legados de pensión periódica:

- Con finalidad.
 - De alimentos.
 - De educación.
- Sin finalidad.

Los legados de bienes incorpóreos se dividen en dos:

1.- De derechos reales.

2 - De derechos personales

- De liberación.
 - Especifico
 - ❖ De deuda principal.
 - ❖ De garantías.
 - Genérico.
- De crédito.
- De deuda.

Establecida ya la anterior clasificación hecha por Asprón Pelayo, definiremos cada uno de ellos a detalle, no solo definiéndolos sino realizando los comentarios que creemos nos aclararan en mayor medida la presente exposición.

Legados de bienes corpóreos específicos.

Al legar una cosa con todo lo que comprenda, no se entenderán legados los créditos activos, pero si el testador lo autorizó de manera expresa en el testamento se tendrán igualmente por legados.

El Código Civil para el Distrito Federal menciona, sin ninguna razón que lo justifique, que no se entenderán legados los documentos justificativos de la propiedad. No puede entenderse esta disposición totalmente incongruente e irrisoria, al no entregarse los documentos que justifiquen la propiedad de bienes muebles podrían traer consigo problemas al legatario para acreditar su propiedad, no así en bienes inmuebles, que únicamente le ocasionaría problemas y gastos innecesarios al legatario en el momento de otorgar la escritura de adjudicación, sin embargo el artículo 1402 del Código Civil para el Distrito Federal, así lo ordena. Además es imposible pensar, lo que en realidad no esperamos, que el legislador creyó que con la simple entrega de un título de propiedad se transmitía la propiedad de un bien inmueble, nada más absurdo como eso.

El legado de menaje de casa incluirá todos los bienes muebles que se encuentren en el interior de la casa, según el artículo 1403 del Código Civil para el Distrito Federal, relacionado con el artículo 761 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone se debe entender por bienes de una casa o menaje.

Legados de bienes corpóreos específicos propios del testador.

En estos casos el bien se transmite al legatario desde el momento de la muerte del autor de la herencia, esto debido a que se tiene perfectamente determinado que bien es materia del legado, y además se encuentra dentro de la masa hereditaria, por lo que lo aplicable a frutos, riesgos y propiedad es aplicable al legatario desde el momento de la muerte del autor de la herencia. Así lo disponen los artículos 1429, 1430 y 1416 del Código Civil para el Distrito Federal.

En este tipo de legados el nombramiento quedará sin efecto, si el bien legado sale de alguna forma del patrimonio del testador, ya sea por haber perecido, por enajenación o por evicción. Si perece después de la muerte del testador, igualmente quedará sin efecto el nombramiento marca la ley, en realidad no es que quede sin efecto el legado, queda sin materia, si lo ocurrido no es imputable al heredero o legatario obligado al pago del legado, lo anterior se fundamenta en los artículos 1412, 1413 y 1427 del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 1415 del Código Civil para el Distrito Federal nos remite a un caso especial, en que el bien no se encontraba en el patrimonio del testador y que es susceptible de ser recuperado por la sucesión en virtud de la acción de reivindicación, en este caso al legatario le corresponde la titularidad de esta acción y como en toda regla sucesoria, en caso de proceder, la transmisión de propiedad se retrotrae al momento de la muerte del *de cuius*.

Quedara sin efectos el legado, si la cosa cambia de forma y denominación por actos ejecutados por el propio testador, de conformidad con el artículo 1393 del Código Civil para el Distrito Federal.

En este tipo de legados, si este consiste en una cantidad cierta y determinada de algo, y resulta que existen los bienes, pero no en la cantidad que dispuso el testador, el legado valdrá con la cantidad que se encontrará en el caudal hereditario, según los artículos 1428 y 1462 del Código Civil para el Distrito Federal.

Legados de bienes corpóreos específicos ajenos al testador.

Es interesante este legado, porque toda lógica lo reduciría a una cuestión imposible. Sin embargo el Código Civil para el Distrito Federal admite en su articulado el legado de cosa ajena. Puede el testador disponer como ejemplo:

"Lego a María la casa de Esmeralda que se ubica en..." sin embargo está sujeto a ciertas reglas muy particulares debido a la magnitud de sus alcances.

En un primer momento hay que distinguir, si el testador sabía que ese bien legado era ajeno, porque si no sabía que era ajeno, y él tenía una apreciación contraria a la realidad y no se encontraba dentro de su patrimonio al momento del fallecimiento, es inválida la disposición. En otras palabras, para que el legado de cosa ajena sea válido, el testador debía saber al momento de su fallecimiento que era precisamente ajeno, obsérvese lo que dispone el artículos 1432 y 1434 del Código Civil para el Distrito Federal. La carga de la prueba, de que el testador sabía que era ajeno el bien legado, es a cargo de legatario, lo que resulta lógico al ser este el beneficiado.

El artículo 1432 del Código Civil para el Distrito Federal dicta que el heredero o legatario, disminuidos en lo que les pudiera corresponder del patrimonio relicto, siendo su naturaleza una carga, encargados de entregar al legatario de cosa ajena, el bien objeto del legado, cumplen adquiriendo el bien y entregándoselo al legatario o, si no es esto posible, se entenderá legado el precio del bien, quienes igualmente deberán entregárselo al beneficiario.

El momento, como ya lo habíamos apuntado, que debe tornarse en cuenta para determinar si el testador sabía que era ajeno o no, es a su muerte, y no al momento el otorgamiento del testamento como podría pensarse.

Asprón Pelayo menciona que el legado de cosa ajena es un ejemplo de las obligaciones facultativas, en las cuales el obligado extingue la obligación cumpliendo una de dos o más posibilidades de cumplirla, lo anterior a propósito de lo dispuesto en el artículo 1432 ya mencionado

En definitiva no estamos de acuerdo con tal apreciación, el obligado al pago de cosa ajena debe adquirir o por lo menos intentar adquirir el bien objeto del

legado, antes de entregar su precio en su fallida adquisición, lo anterior basados en que la voluntad del testador era legarle ese bien a quien nombro legatario y no su precio, que la ley autorice a entregar el precio si no se pudo adquirir el bien para el pago del legado, no quiere decir que el obligado a pagarlo pueda escoger entre su adquisición o la opción más cómoda, pagar su precio.

Tratándose de estos legados, diremos por último que si la cosa perece después de la muerte del autor de la sucesión, sin culpa del obligado, la pérdida la sufrirá el legatario, debido a que a la muerte del testador, en bienes corpóreos específicos, la propiedad se transmite al legatario precisamente al actualizarse la muerte, y de conformidad con la teoría de los riesgos, "la cosa perece para su dueño".

Legado de bienes corpóreos específicos totalmente ajenos al testador.

En caso de que la cosa legada por el testador, sea propia de alguno de sus herederos o legatarios, estos al aceptar la herencia o el legado, están obligados a entregar la cosa propiedad de ellos al legatario beneficiado o su precio. Por regla general el pago de los legados son a cargo de la masa hereditaria, sino gravó el testador a algún o algunos herederos en específico o a alguno algunos legatarios, pero en este caso el pago de estos legados no serán a cargo de la sucesión, sino a cargo del heredero o legatario propietarios de los bienes, de los cuales el testador dispuso, lo que se traduce en una carga para ellos. Para que tenga observancia este legado, el artículo 1440 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que el testador no solo debía saber que no formaba parte de su patrimonio lo legado, sino que era propiedad del heredero o legatario obligados al pago.

Parecería absurdo que el bien objeto del legado fuera propiedad del mismo legatario, sin embargo la ley distingue, si este bien era propiedad del mismo legatario al momento del otorgamiento del testamento, el legado no producirá

efectos de conformidad con el artículo 1436 del Código Civil para el Distrito Federal, si la cosa legada al momento del otorgamiento del testamento, era ajena del legatario, pero por algún acto posterior la adquiere, se entiende legado el precio de la misma, con cargo a la masa hereditaria, su fundamento se encuentra en el artículo 1438 del Código Civil para el Distrito Federal.

El razonamiento es que en el primer caso la voluntad del testador ya estaba cumplida en el momento del otorgamiento del testamento, en el segundo caso al momento de otorgar el testamento existía la posibilidad de cumplir la voluntad del testador, al no formar parte del patrimonio del legatario el bien legado, por tanto si éste la adquiere en acto posterior al otorgamiento de voluntad del testador, se entiende que lo que quiso legar el testador desde un principio fue su valor en numerario.

Legado de bienes corpóreos específicos parcialmente ajenos al testador.

Regulado en el artículo 1431 del Código Civil para el Distrito Federal, este se refiere a que el legado se reducirá únicamente a los derechos que le correspondían al testador al momento de su muerte, si éste sabía que era parcialmente ajena. El caso de ser gravado algún heredero o legatario con el pago de ese legado, de algo de lo cual eran igualmente parcialmente dueños, surtirá los mismos efectos que lo anterior y en las mismas circunstancias al aceptar la herencia.

Legado de bienes corpóreos específicos gravados.

Para el supuesto de que el bien legado se encuentre sujeto a algún gravamen, los trámites para la cancelación del mismo, será por cuenta y a costa de la sucesión, si el testador no manifestó expresamente lo contrario de acuerdo con el artículo 1443 del Código Civil para el Distrito Federal. Si el legatario cumpliera la obligación para cancelar el gravamen, y esta obligación le

correspondiera a otro, el legatario se subrogará en los derechos del acreedor (arts. 1443 segundo párrafo y 2058 del Código Civil para el Distrito Federal).

Si la cosa legada estuviera afecta a una carga, pasará esta junto con el bien al legatario. Si el legado consistiera en la nuda propiedad, el legatario deberá respetar los derechos de los titulares del usufructo, uso o habitación (arts. 1443 tercer párrafo y 1471 del Código Civil para el Distrito Federal).

Legado de bienes corpóreos específicos, alternativos.

En este legado, el testador lega a su legatario una de varias cosas integrantes de la masa hereditaria, en principio corresponde al obligado al pago del legado (sucesión o heredero o legatario con carga) la elección del bien, si el testador no dispuso lo contrario. De esta manera a quien corresponda la elección, puede realizarla obteniendo su mayor provecho respectivamente, o sea, el legatario puede escoger la de mayor valor, pero si no se le confiere ese derecho, el obligado al pago del legado puede seleccionar la de menor cuantía (arts. 1421, 1963 y 1422 del Código Civil para el Distrito Federal).

Para el caso de que no se hiciera la elección, una vez fijado el plazo por un juez para hacerla, el juez podrá decidir en rebeldía. Y en todos los casos, la elección hecha no puede modificarse. (arts. 1424, 1425 y 1426 del Código Civil para el Distrito Federal).

El legado de dinero consiste en un legado del tipo alternativo, porque el legatario puede escoger si se cumple con el legado entregando la cantidad legada, o mediante uno o varios bienes que se encuentren dentro del caudal relicto y cuyo valor represente lo legado en un principio. Beneficio que le concede el artículo 866 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El caudal relicto es el conjunto de todos los bienes y derechos del testador y que comprenden la masa hereditaria.

Legado de bienes corpóreos específicos, universal.

En este legado en realidad no se está nombrando legatario, se instituye heredero. Consiste en el "legado" del usufructo de la totalidad de la herencia o de una parte alícuota de la misma, pero sin determinar sobre que bienes recae el usufructo lo que implica incompatibilidad por la naturaleza propia del legatario. Como consecuencia, el legatario no responderá subsidiariamente de las obligaciones de la sucesión sino de manera directa. Así lo confirman los artículos 1027 y 1028 del Código Civil para el Distrito Federal, al obligar al "usufructuario universal" al pago de la pensión de alimentos y de la renta vitalicia en su caso.

Legado de bienes corpóreos genéricos.

La primera regla la otorga el artículo 1455 del Código Civil para el Distrito Federal que establece que el legado de cosa mueble, individualizado únicamente por su género, producirá sus efectos, aunque éste no se encuentre en el caudal relicto. Contrario para el caso de que se legue un bien inmueble, determinado solo por su género, el cual es relevante jurídicamente si existen dentro de la herencia varios del mismo género, de conformidad con el artículo 1458 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el supuesto planteado en el párrafo anterior encontramos otra discrepancia en materia contractual, y es referente a lo que puede ser objeto de un contrato, para lo cual nos remitimos al artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal en su segunda acepción, que menciona que lo que puede ser objeto de contratos debe ser determinado o determinable en cuanto a su especie, y lo regula de esta manera porque en materia de contratos lo que es identificado

únicamente por su género es tan indeterminable, que no alcanza a percibirse el consentimiento otorgado por los contratantes, respecto de lo que se contrata.

En materia de obligaciones debemos mencionar que el bien objeto de contrato debe ser determinado o determinable en cuanto a su especie y por obvio en género añadiendo la cantidad y no así la calidad de lo que se contrata.

En opinión de Asprón Pelayo, la cual compartiremos "...nada impide que el legado de bienes inmuebles determinado por su género, tenga validez, si es una carga impuesta al heredero o legatario o inclusive una condición para tenerlos como tales..."²⁷

Respecto al legado de géneros, el obligado a pagarlo, cumplirá con el pago del legado entregando al legatario, uno de esos bienes que se encuentren dentro de la herencia de mediana calidad y para ello nos remitimos a lo comentado con anterioridad respecto de los contratantes, pero si la elección corresponde al legatario, podrá adjudicarse en pago de su legado la de mayor valor, si se trata de muebles que no se encuentren en la herencia, el obligado al pago cumple entregando uno de mediana calidad, o su valor en el mercado (arts. 1456 y 1457 del Código Civil para el Distrito Federal). Resulta poco comprensible lo que la ley entiende por "mediana calidad", es difícil determinarlo en virtud de ser un juicio de valor, y por consiguiente subjetivo.

El legatario, para el caso de este tipo de legados, goza del derecho de saneamiento para el caso de evicción en contra de la persona o sucesión que pago el legado.

En el caso de cosa determinada por su género depositada en algún lugar, el legado se reducirá a la cantidad que efectivamente se halle en el lugar designado

²⁷Ibidem, p. 98

por el testador, inclusive si no existe nada, no tendrá ninguna acción de reclamo el legatario (arts. 1462 y 1428 del Código Civil para el Distrito Federal).

Legado de bienes corpóreos de pensión periódica.

La regla general, consagrada en el artículo 1468 del Código Civil para el Distrito Federal, es que el legado de pensión puro y simple, surtirá sus efectos al momento de la muerte del autor de la herencia, y durará hasta el fallecimiento del legatario. Este legado puede sujetarse a condición en sus dos modalidades suspensiva o resolutoria (art. 1363 del Código Civil para el Distrito Federal) e igualmente a plazo suspensivo o extintivo (art. 1364 y 1367 del Código Civil para el Distrito Federal).

Los artículos 1774 y 1775 del Código Civil para el Distrito Federal obligan a garantizar con el pago de la renta vitalicia y de la pensión de alimentos, mediante depósitos que se realicen y que causen un interés del 9 por ciento anual que es el legal en materia mercantil. Se separará un capital idéntico que se entregará al legatario, quien respecto de este, tendrá las obligaciones de un usufructuario.

Legado de bienes corpóreos de pensión periódica de alimentos.

Respecto del legado de alimentos, el artículo 1463 del Código Civil para el Distrito Federal le da el carácter de vitalicio como regla general, la excepción es que sea temporal, para lo cual deberá de expresarlo el testador.

En lo referente a la cantidad legada, se entenderá en principio la que el testador manifieste en su testamento, a falta de lo anterior la que el testador acostumbraba proporcionar al legatario, lo anterior siempre y cuando no resulte en desproporción al caudal relicto. Finalmente, no siendo posible determinarla conforme a los supuestos mencionados, la cantidad será dependiendo de las

necesidades del legatario y el monto de lo que exista en la herencia. Lo anterior se observa en los artículos 1464 y 1465 del Código Civil para el Distrito Federal.

Legado de bienes corpóreos de pensión periódica de educación.

Contrario al legado anterior, esta pensión como regla general termina cuando el legatario sale de la minoría de edad, salvo que el testador exprese lo contrario lo que se entiende como regla excepcional.

Pensamos que se distinguen por el objeto que tiene cada una de ellas, en los alimentos el objeto es la subsistencia del legatario por un medio ajeno al esfuerzo del legatario, en la pensión de educación la conclusión de estudios para poder subsistir por si mismo, sin embargo, no se toma en cuenta que a los 18 años aún no se termina la vida estudiantil, por lo cual no esta acorde a la realidad.

Aún más incongruente es el artículo 1467 del Código Civil para el Distrito Federal que reza que si el testador no dispone lo contrario, el legado termina aún cuando el legatario sea menor de edad, pero que ya haya obtenido una profesión u oficio que le permita subsistir. Con lo cual limitaría sus posibilidades académicas aún más; Lo que si nos parece correcto, es la última causa de terminación de la pensión que da este artículo, y es que terminará el legado, si el legatario contrae matrimonio, y lo pensamos así porque este acto implica la total independencia económica, y si la ha conseguido, no necesitará de la pensión, y a mayor abundamiento la pensión fue otorgada al legatario, no así a su cónyuge.

Legado de bienes incorpóreos de derechos reales.

Acorde a la teoría de los derechos reales, la regla general en este legado es que el legado de usufructo, uso, habitación o servidumbre son vitalicios, salvo disposición en contra por parte del autor de la herencia de acuerdo al artículo 1469 del Código Civil para el Distrito Federal. Para el caso de que una persona moral

resulte legataria de algún derecho real, éste no podrá tener vigencia más allá de 20 años, lo anterior se observa en el artículo 1470 del Código Civil para el Distrito Federal.

Legado de bienes incorpóreos de liberación de deuda principal.

Conocido también como legado de deuda, pero en la realidad se trata de un verdadero legado de crédito. Para que pueda operar este legado, debe existir un crédito a favor del testador, el cual va a resolver legando al deudor de ese crédito la cantidad insoluta de la obligación, por lo que la obligación de pago se extinguirá.

Lo anterior tiene como efecto el surgimiento del derecho para el legatario de que se le extienda el recibo de pago del crédito y como consecuencias la extinción de las garantías que éste había constituido para el pago del crédito según el artículo 1444 del Código Civil para el Distrito Federal.

Comprende además este legado, el título que ampara el crédito y sus accesorios, sus intereses aún los generados anterior a la muerte del testador, siguiendo el principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, salvo orden en contra, según las disposiciones contenidas en los artículos 1445 y 1452 del Código Civil para el Distrito Federal. Aún cuando existiese demanda por parte del *de cuius* contra del legatario para el pago del crédito que se lega, subsistirá el legado, sin importar la fecha de presentación de la demanda.

Legado de bienes incorpóreos específicos, de liberación de garantías.

Puede el testador mejorar la condición de su deudor sin extinguir la deuda, devolviendo la prenda dada en garantía para lo cual solo se extinguirán las garantías y no la obligación de pago, artículo 1441 del Código Civil para el Distrito Federal menciona lo anterior. Para Arce y Cervantes, siguiendo la redacción del citado artículo 1441 del Código Civil para el Distrito Federal, específica que otra

mejora para el deudor es entregarle los títulos constitutivos de la hipoteca, lo cual nos parece fuera de lugar. La entrega de estos no cancela la hipoteca constituida sobre un inmueble, debe para que tenga ese efecto, otorgarse la cancelación de la hipoteca e inscribirla en el Registro Público de la Propiedad, en realidad en nada beneficia al deudor la entrega de los títulos que amparan la hipoteca que constituyó el deudor ya para ese momento legatario para el cumplimiento de la deuda cuyo acreedor era el testador.

Legado de bienes incorpóreos de liberación de deuda genéricos.

Libera solo las deudas existentes al momento del otorgamiento del testamento, no las posteriores de acuerdo con el artículo 1454 del Código Civil para el Distrito Federal.

Lo anterior debido a que jurídicamente nadie puede renunciar algo futuro, existen contratos sobre cosa futuras, en el cual el riesgo de que existan o no es para el comprador, como el contrato aleatorio de compra de esperanza, sin embargo, en éste no se esta renunciando a nada, solo se toma el riesgo por parte del comprador.

Legado de bienes incorpóreos de crédito.

En el supuesto de que el testador legue a un tercero el crédito que tenga contra su deudor, se entenderá legado el saldo insoluto que no haya sido cubierto por parte del deudor, por lo que sí para el tiempo de la muerte del testador el crédito ha sido liquidado, el legado quedara sin materia, artículo 1449 del Código Civil para el Distrito Federal.

Para efectos de que pueda verificarse el pago de la deuda, el obligado a cumplimentar el legado deberá entregar al legatario, los títulos constitutivos del derecho, pensamos requerirá endosar en propiedad los títulos de crédito y otorgar

las cesiones de derechos pertinentes al caso, lo anterior de acuerdo con el artículo 1450 del Código Civil para el Distrito Federal.

Hecho lo anterior, el legatario deberá ejecutar lo actos necesarios para que sea cobrado el crédito, sin responsabilidad alguna para la sucesión en caso de insolvencia del deudor, porque lo que se lego en realidad fue el crédito no el numerario.

Dispone el artículo 1453 del Código Civil para el Distrito Federal que en este legado se incluyen sus accesorios, entiéndase intereses, aún los generados anterior al fallecimiento.

En caso de existir alguna demanda por parte del testador, para el pago del crédito, subsistirá el legado, pudiendo el legatario continuar con la acción, si no se ha cumplido con las prestaciones (art. 1453 del Código Civil para el Distrito Federal).

Legado de bienes incorpóreos de deuda.

Para el caso de que el testador legue un bien a favor del acreedor, este legado no producirá la compensación del crédito, por lo tanto el acreedor-legatario podrá cobrar su crédito y su legado, salvo disposición en contrario según el artículo 1446 del Código Civil para el Distrito Federal.

La anterior disposición se observará si el legatario acepta el legado, porque sería injusto que se le obligara a aceptar algo que no contrato, porque no se trata de obligaciones alternativas. Tampoco podrá tenerse este legado como compensación, debido a que esta forma de extinción de obligaciones se da sólo entre vivos. Se le otorga un beneficio adicional al acreedor, al regular el artículo 1447 del Código Civil para el Distrito Federal, que para el caso de compensación,

si los valores fueren diferentes, el acreedor tendrá derecho a cobrar el exceso del crédito o el del legado.

A este respecto el testador, en su testamento, puede mejorar la calidad de sus deudores y acreedores, por lo que podrá a su muerte, por lo que se refiere a su acreedor, declarar puro y simple el crédito condicional o volviendo hipotecario o prendario el crédito simple o convirtiendo el crédito exigible a la vista si se trataba de uno sujeto a término de acuerdo con el artículo 1448 del Código Civil para el Distrito Federal, con la condición de no perjudicar a los demás acreedores si los hubiera.

Los legados pueden sin embargo extinguirse, y pueden ser por actos del propio testador, ya sea que por voluntad propia desee tal efecto, o que por un acto que no conlleve tal voluntad, sea como consecuencias de este que el legado deje de subsistir.

Estos actos los habíamos ya mencionado con anterioridad, y pueden ser que el testador revoque el legado mediante el otorgamiento de un testamento posterior sin contemplarlo, o si el testador cambia de forma y denominación el legado, o que el bien materia del legado salga del patrimonio del deudor sin recobrarlo hasta antes de su fallecimiento. En este caso el legatario no podría alegar que se trata de un legado de cosa ajena, porque al momento de otorgar el testamento, el bien objeto del legado, era propiedad del testador

El legado por causas imputables al legatario puede quedar sin efecto si no cumple con la condición impuesta, que no tenga capacidad para recibirlo o que repudie el legado.

Sin intervención de la voluntad tanto del testador como del legatario, puede quedar sin materia el legado si perece por casos fortuitos, si se sufre evicción, es decir que nunca fue del testador, en los casos de los legados de cosas ajenas, si

el testador no sabía que el bien no se encontraba dentro de su patrimonio, porque la cosa sea propia del legatario al otorgarse el testamento o porque se haya legado un bien inmueble determinado por su género y que no exista en el caudal relicto.

En el caso de que no pueda subsistir el nombramiento del legatario, el bien propio de éste no se tramitará por sucesión *ab intestato*, en primer lugar porque no lo contempla así el artículo 1559 del Código Civil para el Distrito Federal y en segundo porque el bien continua dentro del patrimonio hereditario, no ha salido del mismo, como consecuencia pertenece a los herederos testamentarios, porque estos no se encuentran obligados al pago de ese legado.

El cumplimiento del pago del legado debe realizarlo el heredero o legatario que hubiese gravado el testador con dicho pago, y si no hubiere sido así, el obligado al pago son los herederos a prorrata.

No puede aceptarse la herencia ni el legado, sin aceptar la obligación del pago de los legados, para el caso de repudiación se procurara que el legado sea cubierto con la porción dejada por el heredero o legatario que repudió.

En materia de legados, la transmisión de propiedad opera a la muerte del autor de la sucesión (regla general en el caso de herederos), siempre y cuando el legado sea de cosa corpórea específica propia del testador, no así en los legados alternativos, la cual se transmite hasta el momento de la elección y notificarla a quien no tenía el derecho para hacerla.

Para el caso de géneros que existan en la herencia, opera a semejanza del anterior comentado, la transmisión de propiedad opera al hacer la elección y notificar a quien no la hizo.

En el supuesto de que el legado sea de cosa ajena o genérica mueble, que no exista en el caudal, la propiedad se transmite hasta el momento en que el obligado al pago del legado realiza esta operación, no al momento de que este adquiera el bien para pagarlo a posteriori, es necesario que se verifique la transmisión de este al legatario.

I.4. SUSTITUCIÓN DE HEREDEROS Y LEGATARIOS.

El testador, al momento de otorgar su testamento puede establecer, para el caso de que los herederos y legatarios nombrados en primer término repudiasen su herencia o legado o no pudiesen heredar o recibir el legado respectivamente, los sustitutos que estime convenientes y el orden en que estos entrarán a la sucesión, si no los nombro de manera conjunta. Lo anterior se verifica si el testador no otorgó el derecho de acrecer de los demás herederos o legatarios, para el caso de que la porción de alguno o algunos de ellos, no se aplicara al que se nombro primero por las causas antes señaladas. En este último caso la porción que ha quedado sin aplicar, será para los herederos y legatarios que subsistan con ese carácter, aumentando de esta forma su participación en la herencia, por lo cual debemos entender que la sustitución en ningún momento constituye un derecho de acrecer.

Galindo Garfias define a las sustituciones como "...el hecho que tiene lugar en aquellos casos en que la disposición testamentaria no pueda ejecutarse por la prohibición legal y que impida al heredero o legatario designados, adquirir los bienes que constituyen el acto jurídico de la herencia o legado, como ocurriría en el caso de violencia ejercida por el heredero o legatario, en contra del testador..."²⁸

Incompleta la explicación de Galindo Garfias, no solo se actualiza la sustitución por una prohibición legal. En el caso de incapacidades e indignidades

²⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. Cit. nota 16, p. 217

sería correcto, pero en la repudiación de herencia o legado no se aplicaría, porque no es de contenido ilegal, simplemente es un acto unilateral de la voluntad en el cual el heredero o legatario deciden no aceptar la herencia por razones que jurídicamente son irrelevantes, puede ser porque no están dispuestos a cumplir la condición o carga impuesta, o para beneficiar a las personas sustitutas en virtud de no necesitar lo que les corresponda, en fin, infinitos son los motivos, pero no deriva esta de una prohibición legal.

Pensemos en el caso de premoriencia o conmoriencia, que significa morir antes o al mismo tiempo que el autor de la sucesión, desde luego no existió el derecho a heredar, no existió entre ellos la transmisión de propiedad, tampoco es una disposición contraria a derecho es un mero hecho jurídico, los sustitutos, si los hubiera, entrarían a ser herederos o legatarios quienes se entenderían como que siempre tuvieron este carácter, porque los nombrados en un principio no pudieron aceptar por su muerte, o pensemos en el caso de que ya haya sido aceptada la herencia o el legado, pero que estos mueran antes de que se cumpla la condición impuesta o no hayan tenido tiempo de cumplir con la carga, igualmente no podrán heredar y tampoco es ilegal.

El término sustitución proviene del latín *sub e instituto*, institución que esta subordinada a otra y que depende de ella.

Jurídicamente es la designación de una persona (o de varias) para que reciba la herencia (o legado) a falta o después del primer llamado. Dice Arce y Cervantes "... Hay aquí varias liberalidades: una inmediata (la del instituido) y otras subordinadas (las de los sustitutos). Se distinguen dos clases:

a) La directa o subsidiaria cuando el sustituto recibe el beneficio por defecto del primer llamado (instituido) que no quiere o no puede recibir la herencia. De las dos liberalidades solo se ejecuta una: hereda el instituido o el sustituto pero no ambos, el sustituto entra en lugar del instituido.

b) La indirecta o sucesiva u oblicua o fideicomisaria cuando el sustituto recibe la herencia después del primer favorecido que la disfrutó cierto tiempo o que es interpósita persona. Aquí las dos liberalidades se ejecutan efectivamente, de modo sucesivo. Heredan ambos, el sustituto entra después del instituido en primer lugar. Esta es la que prohíbe el artículo 1473...²⁹.

La sustitución es en realidad una institución de heredero sujeta a condición suspensiva, por lo que al actualizarse la sustitución el sustituto entra a ocupar su lugar con los mismos derechos y obligaciones que el instituido primeramente, salvo que el testador disponga que el sustituto no reciba las cargas o condiciones del sustituido o viceversa.

Puede el testador nombrar a los sustitutos de la manera como su imaginación proyecte. Nombrarlos de manera conjunta o sucesiva o combinando las dos anteriores, además establecer el número de sustituciones que estime convenientes, por lo que el sustituto del sustituto, es sustituto del sustituido.

Encontramos doctrinalmente diversos tipos de tipos de sustituciones, como lo señala Asprón Pelayo, son las siguientes:

a) Sustitución vulgar.- Es la más común y se refiere al caso en que una persona instituida heredera o legataria, no pueda llegar a serlo, porque no quiera o porque no pueda, en este caso, si hay nombrado sustituto de aquel, este se tendrá como heredero o legatario.

Se refiere ésta a la institución de heredero otorgada por la persona que ejerce la patria potestad, a favor de quien la ejerce. Dispone Asprón al respecto que "...se da en caso, de que el testador instituya como su heredero a su hijo sujeto a patria potestad, designándole en su propio testamento, para el caso de

²⁹ ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota 1, p. 84.

que el hijo muera antes de poder hacer su testamento, a las personas que habría de ser los herederos del hijo, es decir. La transmisión de propiedad operará del padre al hijo, y del hijo a sus herederos, los cuales fueron nombrados por el padre, en su propio testamento...³⁰

La pregunta que nos hacemos es ¿tendrían el mismo derecho los ascendientes en segundo grado, o sea los abuelos respecto de su nieto?, lo anterior en virtud de que ellos igualmente ejercen la patria potestad a falta o por imposibilidad de los padres. En realidad no tiene caso abundar en ello, porque prohíbe la ley este tipo de sustitución en el artículo 1473 del Código Civil para el Distrito Federal al considerarla disposición fideicomisaria, aunque no siempre fue así, fue derecho positivo con el Código Civil de 1884. El Código Civil español la acepta en su numeral 775.

b) La ejemplar o cuasi pupilar.- En este tipo de sustitución el testador nombra herederos al heredero instituido, siempre y cuando el nombrado sea su descendiente, tenga la edad requerida para otorgar testamento, pero al mismo tiempo sea incapaz. Esta disposición igualmente prohibida por la legislación civil actual, citado el mismo fundamento anterior y con idéntica referencia histórica. El Código Civil español igualmente la acepta en su artículo 776.

c) Recíproca.- Se trata de una sustitución vulgar, remarcando que el sustituto de uno, es a su vez sustituto de otro.

d) Indirecta o fideicomisaria - Prohibida esta sustitución por el ya citado artículo 1473 del Código Civil para el Distrito Federal, consiste en que el testador instituya heredero o nombre legatario a una o varias personas, pero obligándolos a que transmitan lo heredado a otras a su muerte o pasado cierto tiempo, o sea el sustituto recibe la herencia o legado de manos del instituido. El heredero o legatario disfrutarán temporalmente de los bienes adjudicados por herencia, por lo

³⁰ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit. nota 2, p. 110.

cual nunca serían propietarios de lo mismo, se reduciría su herencia o legado a un usufructo vitalicio. Siguiendo la teoría de las partes en un fideicomiso podríamos explicar que el testador-fideicomitente aporta los bienes afectos al fideicomiso al instituido- fiduciario quien cumplidos los fines del fideicomiso de usar y aprovechar los bienes por cierto tiempo, los transmite al sustituto-fideicomisario y así sucesivamente.

Distintas son estas disposiciones fideicomisarias y condiciones captatorias pero coinciden en su prohibición legal. En aquellas opera como lo mencionamos anteriormente, el testador impone la carga al heredero o legatario de pasado cierto tiempo o a su muerte transmita ciertos los bienes al sustituto y en la captatoria el testador impone la obligación al heredero o legatario instituido o nombrado de beneficiar al propio testador o un tercero mediante su testamento.

La ley otorga además de las anteriores (art. 1482 del Código Civil para el Distrito Federal), otras disposiciones fideicomisarias igualmente prohibidas como son la prohibición de enajenar. Debemos recordar que la ley adjetiva en su artículo 2301 autoriza a no enajenar a una determinada persona, por lo que no podría ser total esta prohibición.

El legado de residuo (prohibido en el anterior artículo) y prestar a más de una persona sucesivamente una renta o pensión se tiene como disposiciones fideicomisarias, las cuales acarrear la nulidad de la sustitución, no de la institución.

Sin embargo, encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal una disposición fideicomisaria en el artículo 1480 que dice:

ARTÍCULO 1480. - Puede el padre dejar una parte o la totalidad de sus bienes a su hijo, con la carga de transferirlos al hijo o hijos que tuviere hasta la muerte del testador, teniéndose en cuenta lo dispuesto en él artículo 1314, en cuyo caso el heredero se considerará como usufructuario.

ARTÍCULO 1481. - La disposición que autoriza el artículo anterior, será nula cuando la transmisión de los bienes debe hacerse a descendientes de ulteriores grados.

Se trata de una verdadera disposición fideicomisaria, restringida porque la transmisión únicamente se extiende a los nietos, y cuido el legislador lo referente a la incapacidad por heredar por falta de personalidad. La ley da una salida práctica al establecer el artículo 1480 del Código Civil para el Distrito Federal en su última parte que "el heredero se considerará usufructuario", interpretando que debe considerarse así al hijo del testador y a sus nietos como nudos propietarios, sin embargo participa de la misma naturaleza de las no permitidas disposiciones fideicomisarias.

Igualmente pensamos que si no hubiese tenido hijos el heredero, hasta antes de la muerte del testador, o el que estuviese concebido a la muerte de éste último no cumpliera al nacer con las características de viabilidad que impone el artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal, el heredero instituido se tendrá como propietario y no como usufructuario en todo momento, no siendo relevante si tiene descendencia posterior al fallecimiento del testador, en virtud de que esos descendientes serían incapaces de heredar del testador por falta de personalidad, al no haber estado concebidos a su muerte.

Puede el testador nombrar sustitutos hasta el infinito, la ley no determina un número mínimo ni máximo, no es obligación del testador nombrar sustitutos. Si el sustituto se convierte en heredero o legatario en lugar del nombrado en primer lugar, se tendrá a aquél como heredero o legatario desde el momento de la muerte del testador, el heredero o legatario nombrado en primer lugar nunca fue heredero o legatario.

Mencionábamos líneas atrás el "derecho de acrecer", es frecuente que el testador establezca entre sus herederos o legatarios este derecho. Arce y Cervantes dice al respecto que "...solo existe cuando hay testamento o sea que solamente se da cuando lo establece el testador. Si no lo establece expresamente,

la falta de cumplimiento de la condición (1599-III), la premoriencia del heredero, la repudiación de herencia, o la incapacidad para heredar (1599-IV) producen el efecto de abrir la sucesión legítima sobre la herencia o porción vacante. Igual criterio se sigue en caso de donaciones no hay derecho de acrecer si el donante no lo establece expresamente (2,350). Este derecho de acrecer, en resumidas cuentas, no es una forma de nombrar herederos o legatarios sustitutos de una parte alícuota de la herencia o del legado, pero con la diferencia de que para que haya acrecimiento siempre debe favorecer a un coheredero o a un colegatario del que no quiso o no pudo heredar...³¹

Lo importante a destacar es que ¿si en materia sucesoria existe el derecho de acrecer?; Para el caso de que se nombrasen dos o más herederos o legatarios respecto de un mismo bien, sin nombrarles sustitutos, y con la formula "derecho de acrecer" entre ellos, si uno no lo acepta o no puede heredar, la porción de los demás se vera aumentada. Pero ¿en realidad se aumenta o siempre fue esa su porción?, el heredero o legatario que no acepten la herencia o legado respectivamente o que no puedan hacerlo, se tendrán como si nunca hubiesen sido herederos y legatarios, así lo dispone el artículo 1660 del Código Civil para el Distrito Federal que dice:

ARTÍCULO 1660. - Los efectos de la aceptación o repudiación de la herencia, se retrotraen siempre a la fecha de la muerte de la persona a quien se hereda.

Por consecuencia, si existen cinco herederos instituidos, sin designación de sustitutos y con derecho de acrecer, y dos de ellos repudian su herencia o no pueden heredar, la parte que a ellos debió haberles correspondido pasara a los otros tres. Sin embargo, estos dos "herederos" nunca fueron propietarios de esa quinta parte cada uno de ellos, porque nunca fueron herederos, al retrotraerse los efectos de la repudiación, o la no posibilidad de heredar, al tiempo de la muerte del testador, si no pueden heredar por premorencia o comorencia, menos se entenderían como comuneros de esa parte alícuota, por tanto no pueden acrecer

³¹ ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota 1, p. 90.

ellos la porción de los demás debido a que ellos nunca fueron herederos, en todo momento se entendieron como herederos a los otros tres, sumando, en su parte alícuota las porciones de los dos que no se tuvieron como herederos. Siguiendo el ejemplo anterior, siempre fueron tres herederos, y la herencia siempre estuvo dividida en esas tres partes alícuotas.

Asprón Pelayo, concuerda con el anterior criterio, “creemos en esta tesis que se puede acrecentar un derecho que ya se tiene, no se puede acrecentar lo que aún no se tiene, si al morir el autor de la herencia solamente uno de los tres aspirantes a la herencia mencionados en el párrafo anterior la acepta, el aceptante no ve acrecentado su derecho, siempre fue heredero en todo el caudal hereditario, siempre fue el único heredero, nunca compartió la herencia con los otros dos pretendientes, porque estos repudiaron la herencia, nunca les correspondió a estos últimos nada del caudal relicto”³²

Con respecto a la naturaleza de este fenómeno, en realidad se trata de una sustitución recíproca, una persona al no heredar por cualquier motivo, el coheredero o colegatario se sustituye en este, no acrecentando su porción, porque en todo momento fue titular de esa porción.

Sin embargo, si existe el derecho de acrecer en nuestra legislación, aunque no en materia sucesoria, un ejemplo es en el caso del derecho real de usufructo, dispone el artículo 983 del Código Civil para el Distrito Federal:

ARTÍCULO 983. - Si se constituye a favor de varias personas simultáneamente, sea por herencia, sea por contrato, cesando el derecho de una de las personas, pasara al propietario, salvo que al constituirse el usufructo se hubiere dispuesto que acrezca a los otros usufructuarios.

Al mencionar el Código Civil para el Distrito Federal "propietario" en este artículo, se refiere al "nudo propietario" (existe únicamente este término en la doctrina, pero creemos que aclara la situación del "propietario" que no cuenta en

³² ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit. nota 2, p. 114

su patrimonio con el derecho real de usufructo o de cualquier otro derecho real distinto a la propiedad, respecto de la cosa de la cual goza).

En este caso las personas que comparten el usufructo, ya son usufructuarias desde el momento de la constitución del mismo, ya en su patrimonio se encuentra la parte alícuota del mismo, se es ya titular de ese derecho, por tanto si cesa ese derecho en uno de los usufructuarios, esa porción que le correspondía va a sumarse a la de los otros y las acrecerá, si no se dispuso, como lo establece el artículo, que esa parte alícuota pasará al nudo propietario, y de esta forma acercarse a la consolidación de la propiedad que es lo que en realidad espera la ley.

I.5. CARGOS QUE EL TESTADOR OTORGA POR TESTAMENTO.

Siendo que el testamento es el acto por medio del cual el testador puede disponer de su patrimonio y es de interés público que dichas transmisiones mortis causa se den con seguridad jurídica; El testador tiene la libertad de otorgar cargos en dicho acto, los cuales abundaremos el tema más adelante, como son:

- a) El Tutor testamentario.
- b) El Curador.
- c) El Albacea.

I.5.1. TUTELA TESTAMENTARIA.

El tutor es el encargado de la guarda de la persona y de los bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda de estas (art. 449 del Código Civil para el Distrito Federal). Existen en nuestra legislación tres tipos de tutores, los testamentarios, los

legítimos y los dativos, se les otorga esta calidad en virtud de la forma en que son llamados a desempeñar el cargo y tienen la característica de excluirse entre ellos.

Toca en esta terna hablar de la tutela testamentaria, la cual se encuentra regulada en el libro primero del Código Civil para el Distrito Federal denominado "De las personas".

La tutela es un cargo de interés público, así lo dispone el artículo 452 del Código Civil para el Distrito Federal, característica que se traduce en que nadie puede eximirse de él, sino por justa causa, y si el nombrado no la ejerce, será responsable de los daños y perjuicios que por su negativa se causen al incapacitado (art. 453 del Código Civil para el Distrito Federal).

El tutor no es definido por la ley, solo señala sus obligaciones (art. 449 del Código Civil para el Distrito Federal) dispone que es el encargado de la persona y de los bienes, pero si por circunstancias especiales se requiere que el cuidado de la persona este a cargo de un tutor, y el cuidado de los bienes recaiga en otra distinta, se podrá realizar, lo anterior lo regula el artículo 455 del Código Civil para el Distrito Federal.

Cada tutor tendrá a su cargo máximo 3 pupilos, excepto en los casos de hermanos, coherederos o colegatarios de la misma persona, que podrán ser más de tres (art. 456 del Código Civil para el Distrito Federal).

La tutela también podrá ser ejercida por personas morales con fines no lucrativos y cuya finalidad sea la protección y atención a los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

La tutela solo podrá ser declarada por un juez, y siguiendo el procedimiento que al efecto dicta el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (art. 462). “Los padres de los menores de edad tienen derecho a nombrar en su testamento tutor para sus hijos. Si fallece el padre que designo tutor para sus hijos menores y el otro sobrevive, no entrará en funciones el tutor testamentario, porque el cónyuge supérstite seguirá ejerciendo la patria potestad sobre los menores” *.

En caso de que faltasen ambos ascendientes en primer grado en línea recta, o sea los padres de algún menor y estos hubiesen designado, o solo uno de ellos, en su testamento tutor para sus hijos, este nombramiento excluye a los abuelos del ejercicio de la patria potestad y entraran bajo el cuidado del tutor testamentario, lo anterior siempre y cuando estos ascendientes fueren incapaces o estuviesen ausentes, al desaparecer la incapacidad o presentarse físicamente dejará de surtir efectos la tutela así dispuesta, a no ser que el testador haya manifestado que continúe en estos términos.

En los casos de los mayores de edad que sufran alguna de las incapacidades a que se refiere al artículo 450 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, el padre que sobreviva, y quien ejerce la tutela respectiva, puede nombrar tutor testamentario, si ha fallecido su cónyuge, es incapaz o se encuentra ausente.

El artículo 475 bis del Código Civil para el Distrito Federal dispone:

ARTÍCULO 475 BIS.- El ascendiente que ejerza la patria potestad o tutela de una persona a que se refiere el artículo 450, fracción II de este código, que se encuentre afectado, por una enfermedad crónica e incurable, o que por razones médicas se presuma que su muerte se encuentra cercana o cierta, podrá sin perder sus derechos, designar un tutor y un curador para el Pupilo, prevaleciendo dicha designación a todas aquellas hechas anteriormente, aún las que se encuentren

* Es importante señalar que en el caso de que el padre y la madre nombrasen en su testamento, a personas distintas, para que ejercieran la tutela sobre los hijos, a su falta, prevalecerá el nombramiento del que muera al último, por que la disposición del primero muerto, no surtiría efectos, por que al momento de su muerte el menor no requería de tutor testamentario, por encontrarse bajo la patria potestad de su otro ascendiente.

realizadas en testamentos anteriores. Dicho tutor entrará en su cargo en cualquiera de los siguientes casos:

- a) La muerte del ascendiente;
- b) Discapacidad mental del ascendiente; o
- c) Debilitamiento físico. En este supuesto será necesario el consentimiento del ascendiente.

Del análisis de este precepto dos comentarios nos surgen al respecto; Primero: la fracción II del 450 del Código Civil para el Distrito Federal habla de mayores de edad y el artículo 443 en su fracción II del Código Civil para el Distrito Federal dice que la patria potestad se acaba por la mayor edad del hijo, por lo tanto una persona que se encuentra dentro de los supuestos del artículo 450 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, jamás podrá estar sujeto a patria potestad, como lo menciona erróneamente el anterior artículo transcrito en su primera parte.

Segundo: dice que puede nombrar tutor y que esta designación prevalecerá sobre la de tutor hecho en testamento, lo cual nos parece absurdo. La forma de revocar una disposición testamentaria es otorgando un nuevo testamento, no hemos encontrado disposición semejante que autorice revocar disposiciones testamentarias por partes sin otorgar un testamento posterior. Lo lógico sería que si han cambiado las circunstancias y es deseo del padre que ejerce la tutela del mayor incapacitado designarle nuevo tutor, lo haga por virtud de un nuevo testamento, porque si aún puede nombrar otro tutor, puede igualmente otorgar otro testamento.

La ley especifica que puede otorgarse un testamento posterior y expresar que cláusulas no desea que sean revocadas del anterior o anteriores, lo cual no es recomendable, pero nada impediría que en un testamento posterior al testamento donde nombro tutor, y que ahora quisiere revocar esta disposición, designe únicamente la revocación y nombre un nuevo tutor, manifestando en este testamento su voluntad de no revocar las demás disposiciones testamentarias contenidas en el anterior testamento ajenas a la tutela, en virtud de que un

testamento es válido aún sin contener disposiciones económicas, es decir puede carecer de la institución de heredero y nombramiento de legatario o cumplimiento de deberes, máxime que el artículo 475 bis del Código Civil para el Distrito Federal no otorga la manera de nombrar nuevo tutor y por consecuencia revocar el nombrado por testamento.

El artículo 476 del Código Civil para el Distrito Federal menciona que en ningún otro caso, de los mencionados con anterioridad, tendrá lugar la tutela testamentaria.

El testador, así como en el caso de herederos y legatarios, puede nombrar un tutor y el número de sustitutos que aquel desee. Quienes ejercerán el cargo sucesivamente, si el nombrado en primer lugar no acepto el cargo, se excuso legalmente, es declarado incapaz o por su muerte. Cada uno de los sustitutos ejercerá el cargo, solo en caso de que el nombrado anterior a él se encuentre en los supuestos antes señalados. Si el testador da el orden en que deben sucederse, se respetará tal elección.

Si faltase temporalmente tutor, por cualquier circunstancia, el juez le proveerá al incapaz uno interino hasta que sea nombrado tutor definitivo.

El tutor por regla general debe garantizar su manejo, pero si el testador los releva de lo anterior, no otorgara garantía, pero está obligado al rendimiento de cuentas, obligación que no puede ser dispensada (arts.520 fracción I y 600 del Código Civil para el Distrito Federal). Aún dispensada la garantía, si a juicio del juez, oyendo al curador, deba por una causa sobrevenida otorgar la caución, estará obligado el tutor a otorgarla.

Tiene igual derecho de nombrar tutor testamentario, conforme a las reglas antes descritas, el adoptante que ejerza la patria potestad respecto de su hijo adoptivo (art. 481 del Código Civil para el Distrito Federal). Sin embargo, al limitar

la incapacidad a la de la minoría de edad, por decir el artículo que ejerza la patria potestad no se entiende si aún siendo mayor de edad el incapaz puede su adoptante nombrar tutor testamentario, creemos que si tiene el mismo derecho y que lo mencionado por el artículo es una pifia legislativa.

Debe el tutor respetar todas las reglas, condiciones y limitaciones en cuanto a la administración de la tutela que no sean contrarias a las leyes, que para el caso haya dispuesto el testador.

Pueden nombrarse tutores testamentarios en cualquier tipo de testamentos, excepto en el testamento público simplificado.

Tiene el tutor derecho a ser remunerado por su ejercicio, la cual será propuesta por el testador, pero no podrá ser menor del 5 por ciento ni exceder del 10 por ciento de las rentas líquidas del menor. Podrá esta remuneración ser aumentada, si los bienes del menor se vieran igualmente aumentados por la diligencia del tutor (arts. 585, 587 y 588 del Código Civil para el Distrito Federal).

I.5.2. CURATELA TESTAMENTARIA.

La palabra curador proviene del latín curador, derivado de *croare*, que significa curar.

La persona que tiene derecho a nombrar tutor, lo tiene para nombrar curador.

Toda persona sujeta a tutela, debe tener un curador, con excepción de los expósitos o acogidos y los menores que no tengan bienes.

Las obligaciones del curador, de acuerdo con el artículo 626 del Código Civil para el Distrito Federal son defender los derechos de los incapacitados en juicio o fuera de él, si sus intereses están en oposición a los del tutor, vigilar la conducta del tutor, poner en conocimiento del juez todo lo que considere dañoso al incapacitado, dar aviso al juez de la falta por cualquier circunstancia de tutor para que este haga el nombramiento

Si no cumple con sus obligaciones, será responsable de los daños y perjuicios que se causen al incapacitado.

Si hubiere por alguna circunstancia cambio de tutor, el curador seguirá en funciones, pero tendrá derecho a ser relevado pasados diez años de su encargo. Además tendrá derecho a cobrar el salario de los procuradores y a que se le reembolsen los gastos causados por el ejercicio de la curatela.

No pueden ejercer los cargos de tutor y curador una misma persona, ni por personas que tengan parentesco entre sí, en la línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el cuarto grado, por razones obvias.

Cesa la curatela, cuando cese la tutela, lo cual se entiende que la curatela es accesorio a la tutela, no puede existir la curatela sin la tutela, pero si puede existir la tutela sin la curatela en los casos que señalan los artículos 492 y 500 del Código Civil para el Distrito Federal.

I.5.3. CARGOS COMUNES A LAS SUCESIONES TESTAMENTARIAS Y LEGÍTIMAS.

La sucesión testamentaria tiene como base o pilar “la libertad de testar” que se puede considerar como un derecho esencial del ser humano que desgraciadamente depende del sistema jurídico que regula la propiedad,

reconociendo o no la propiedad privada. Por otro lado, la ley regula y previene las medidas que se tiene que tomar cuando el *de cuius* no dejó testamento, así como los cargos que en ambas sucesiones se deben observar como son:

- a) El Tutor.
- b) El Curador.
- c) El Albacea.
- d) El Interventor.

I.6. EI ALBACEAZGO

La palabra albacea proviene del árabe "*al waci*" que quiere decir ejecutor. Nuestra legislación, como la de otros países, utiliza indistintamente el término "ejecutor testamentario". El albacea testamentario, dentro de la sucesión, surge a raíz de la necesidad de que una persona de confianza del testador, realice todos los trámites necesarios a efecto de cumplir con su disposición testamentaria.

Una infinidad de atribuciones son las que corresponden al albacea dentro de la sucesión, tanto testamentaria como intestamentaría, pero podrían resumirse en la administración del patrimonio que compone la masa hereditaria, su protección, su posesión en la mayoría de los casos, la guarda de los mismos, su inventario y avalúo, su liquidación y partición y por último la adjudicación a los herederos y legatarios a título de herencia y legados; para poder realizar estas funciones el albacea esta investido de múltiples facultades, derechos y obligaciones, algunas *sui generis* que solo son permitidos a los de su clase, y que se encuentran distribuidas dentro de las leyes sustantivas y adjetivas no solamente civiles, sino fiscales, mercantiles y demás.

El albacea, tanto testamentario como intestamentario, puede surgir dentro de los propios herederos, pero no es una regla absoluta, puede el albacea ser una

persona extraña al caudal relicto, lo cual aunque lo permite la ley, no es lo más recomendable, porque al estar obligado a realizar, con la conformidad de los herederos y legatarios, casi todos los trámites sucesorios, es conveniente que se nombre a un heredero o legatario albacea, para que, por el interés que pudiese tener en la herencia, trámite de manera pronta la sucesión, a fin de llegar a su último acto, la adjudicación a título de herencia.

Aunque el artículo 1737 del Código Civil para el Distrito Federal disponga que el albacea tiene un año contado a partir de la aceptación del cargo, o a partir de que se terminaron los litigios respecto de su nombramiento para concluir con los trámites sucesorios, en muchas ocasiones, aún siendo albaceas personas beneficiadas en la sucesión, no ocurre así.

Infinidad de teorías, tanto de autores mexicanos como de extranjeros han tratado de explicar la naturaleza jurídica del albacea, una naturaleza difícil de comprender, al ser un cargo con facultades muy propias y muy extensas, que posiblemente no exista en nuestro derecho una figura similar con tales atribuciones. Estas teorías van desde la de Winockeid, que mencionaba que el albacea es un tutor de un patrimonio concreto, Leyser que equipara al albacea al árbitro, Aquiles Yorio y Uribe manifiestan al respecto que el albacea es un representante de una persona moral o sea de la "sucesión", hasta la de Beseler que trata de explicar la naturaleza jurídica del albaceazgo manifestando que es la de una representación "*sui generis*", a su vez esta teoría menciona que el albacea representa al testador, una ramificación dentro de la anterior corriente opina que a los que representa son a los herederos y legatarios. Autores mexicanos como Rojina Villegas concuerda con esta teoría explicando que el albacea es un representante de los herederos, legatarios y agrega a los acreedores de la sucesión.

Analizando cada una de estas teorías, podemos concluir al respecto lo siguiente:

- El albacea no puede ser tutor de un patrimonio, porque la tutela se otorga solo a personas físicas y con alguna discapacidad natural o legal, y no a un conjunto de bienes.
- El albacea no es un árbitro, porque no es su función dirimir controversias, debe ejecutar los actos ordenados sea por la ley o por voluntad del testador y no tiene facultades de emitir laudos.
- El albacea no puede ser un representante de la sucesión porque la sucesión no es una persona moral, no tiene personalidad jurídica, no se crea una persona moral con la muerte del *de cuius* llamada sucesión, de otra manera al crearse esta persona moral, los bienes serían transmitidos primero a la persona moral, para luego liquidarse y entregarlos a los herederos y legatarios, no sé transmitirla la propiedad de los bienes relictos a los herederos o legatarios a la muerte del autor de la herencia.
- Por regla general las personas morales se constituyen para cumplir fines no transitorios, no se crean para liquidarse, y para constituir una persona moral, los socios o asociados deben manifestar su voluntad para crearla, no se crea por un acto ajeno a la voluntad de ellos como el hecho de la muerte de su causante, por tanto no puede haber representación entre el albacea y la sucesión porque esta no es susceptible de ser representada al no ser una persona moral, no tener patrimonio propio, puesto que es propiedad de herederos y legatarios y como consecuencia carecer de personalidad jurídica.
- El albacea tampoco puede representar al testador, en primer lugar porque el albaceazgo no es propio de una sucesión testamentaria, dentro del procedimiento de las sucesiones legítimas también hay albacea, pero no testador, en segundo término porque no puede existir representación de

alguien que no existe, al ya haber albacea ejecutando actos, quiere decir que el testador ya falleció.

Termina con la muerte la personalidad jurídica de acuerdo con el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, (este precepto lo llama "capacidad" en vez de "personalidad" pero es errónea su apreciación), y al terminar esta no es susceptible de representación.

- El mandato surte efectos por un acto *inter vivos* y no *mortis causa*, y aunque nunca hubo mandato, pues el nombramiento del albacea testamentario no se debe nunca equiparar a un nombramiento de mandatario; el mandato termina con la muerte, según el artículo 2595 fracción III del Código Civil para el Distrito Federal. Tampoco es un representante de herederos y legatarios porque para que exista representación, llámese mandato, debe haber un acuerdo de voluntades, al ser un contrato, de acuerdo con el artículo 2546 del Código Civil para el Distrito Federal, nunca hubo acuerdo de voluntades por parte del "mandatario-albacea" y "mandante-herederos o legatarios", fue impuesto por el testador en el caso de la sucesión testamentaria.

No nos parece aberrante lo anterior respecto de la sucesión intestamentaria, porque en esta existe un acuerdo de voluntades entre herederos de nombrar a una determinada persona como albacea, de esta manera le otorgan la facultad de realizar ciertos actos por ellos, y el albacea con la aceptación del cargo, da consentimiento expreso para realizarlos, y de esta manera gozar de facultades de pleitos y cobranzas y actos de administración e inclusive de dominio.

Sin embargo, no podría sustentarse esta teoría, porque uno de los principios de la representación es que el representado (herederos), no esté presente en los actos que el representante (albacea) realiza, y para que el albacea presente inventarios y avalúos, presente el proyecto de partición y adjudique bienes, necesita siempre de la concurrencia de herederos para que otorguen su

consentimiento, ya no se diga para enajenar algo del caudal relicto, para pagar deudas mortuorias o gastos de rigurosa conservación y administración, cumplir con deudas alimenticias y demás gastos que permite la ley cubrir con la enajenación de bienes que integren la masa hereditaria. Nos preguntarnos, ¿podría el albacea, con la conformidad de los herederos y legatarios (en su caso) solicitar créditos otorgando como garantía los bienes relictos?, pensamos que sí, al no prohibirlo la ley.

Respecto a la teoría de Rojina Villegas, de ser un representante de herederos, legatarios y acreedores, tampoco es aceptable por los comentarios antes vertidos a propósito de la representación y mayor aun, porque el representante de unos no puede representar a otros con intereses contrarios, es decir, no puede el albacea representar los intereses de los herederos y en algunos casos de los legatarios conjuntamente con los intereses de los acreedores, los cuales son opuestos.

De Ibarrola “comenta que existen actos que presuponen la personalidad jurídica de la sucesión, como el hecho de que pueda comparecer a juicio como actora o demandada, y pueda ser sujeto de la protección de la justicia federal mediante el juicio de amparo y comenta”³³. “...Por tanto al parecer, la sucesión es una persona moral, como un sindicato, una asociación o sociedad. Al parecer es, como lo dijo la doctrina clásica, un ente capaz de derechos y obligaciones o como lo afirma la teoría de la ficción, “un ente creado por el derecho al que se le da capacidad para ser titular de derechos y obligaciones” o como diría Kelsen, una personificación de actos jurídicos...”³⁴

Desde luego categóricamente no aceptamos que a la sucesión pretenda atribuírsele personalidad jurídica, no estamos de acuerdo con lo vertido por De Ibarrola.

³³ DE IBARROLA, Antonio, Op. Cit., nota 23, p. 1029

³⁴ Idem.

No puede la sucesión considerarse como una persona moral con personalidad jurídica, en virtud de carecer de patrimonio, porque a la muerte del autor de la sucesión, jamás los bienes pasan a ser propiedad de la sucesión, se transmiten automáticamente a los herederos y legatarios, en el caso de los herederos, los bienes aún no están determinados, por eso no pueden disponer de los elementos que constituyen la herencia, pero al ser ya comuneros de ese patrimonio, si pueden disponer de los derechos que les correspondan en la herencia.

En el caso de que no acepte la herencia o no pueda heredar, esta decisión o incapacidad especial se retrotraerá a la fecha de muerte del *de cuius* y nunca se tendrán como herederos, nunca lo fueron.

Si se trata de otorgarle el carácter de asociación... los asociados no se reúnen de manera transitoria para cumplir con su objeto social, como en el caso de la sucesión, la cual surge para liquidar y adjudicar un patrimonio, no es su objetivo mantenerse en el tiempo.

El artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal no incluye en ninguna de sus fracciones "las sucesiones" y la fracción XVI del artículo 123 Constitucional se refiere al derecho de obreros y patronos para asociarse a fin de defender sus derechos, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.

La sucesión además no se constituyen por escrito, igual que las sociedades civiles y las sociedades mercantiles, ni mucho menos ante notario, los herederos y legatarios no aportan nada a la sucesión porque la herencia que la conforma ya es propiedad de ellos, solo esperan el tramite para delimitar que bienes en el caso de los herederos corresponden en su totalidad a ellos o en copropiedad y que se les paguen sus legados en el caso de legatarios.

La Ley General de Sociedades Mercantiles solo reconoce, como personas morales las mencionadas en su artículo primero, y las extranjeras constituidas conforme a las leyes de su país, y a estas les concede personalidad jurídica, no menciona "las sucesiones".

Finalmente, los partidos políticos no son una persona moral, de acuerdo con el artículo de la Carta Magna citado.

Toda persona que conozca la doctrina y legislación, hablando de Sociedades Mercantiles, personas morales por excelencia, a la cual la ley les concede personalidad jurídica y patrimonio propio, sabe que el funcionamiento y su fin es totalmente distinto a los de una sucesión.

Son personas morales las sociedades mercantiles, inclusive a las sociedades civiles, asociaciones, fundaciones y hoy en día igualmente las Asociaciones Religiosas que hayan obtenido su registro ante la Secretaria de Gobernación, de acuerdo con la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, si no es así, no entrarían dentro de la clasificación de personas morales estas últimas.

Pero no es caprichoso otorgarles este calificativo "personas", cumplen con los atributos de la personalidad de una persona física, excepto y por obvias razones el estado civil, pero gozan de nombre, capacidad, domicilio, patrimonio y nacionalidad, por consiguiente son capaces de ser titulares de derechos y obligaciones por si mismas, desde luego, los ejercitan y las cumplen a través de sus órganos representados por las personas físicas que los conforman aunque la doctrina menciona que en realidad es el órgano de la sociedad quien en realidad ejecuta los actos de vida de las sociedades y no sus representantes.

Si tuviera la sucesión personalidad jurídica, ¿podría la sucesión de Pedro ser heredera o legataria en la sucesión de Juan?, pues si, si concordáramos con la

teoría de que una sucesión tiene personalidad jurídica, que como ya lo pudimos observar no puede ser así, tratar de observar a una sucesión como una persona moral y por ende atribuirle personalidad jurídica es una incongruencia y tan aberrante como el ejemplo citado.

Decimos al respecto que el albacea es el administrador de patrimonio en liquidación, que además en nuestro derecho, es un auxiliar en la administración de justicia, debido a que debe velar por el exacto cumplimiento de la ley antes que fungir como el ejecutor de las disposiciones del testador o del llamamiento que hace la ley, porque si este dispusiese de modo prohibido, sería su obligación impedir que se lleve a cabo lo dispuesto.

Comenta Asprón Pelayo "... Para el derecho mexicano es necesario el albacea en los dos procedimientos, testado e intestado, razón por la cual consideramos que en todo momento el albacea es un administrador de un patrimonio en liquidación, que actúa como auxiliar en la administración de justicia, pero que en ningún caso es representante de nadie, ni del testador, ni de los herederos, ni los legatarios, ni los acreedores hereditarios..."³⁵

Debe tenerse al albacea como un administrador, un liquidador de un patrimonio que por causa de la muerte de su titular, reúne características especiales, dignas de ser reguladas por la ley. No debe tratar de encuadrarse al albacea en alguna otra figura creada por el derecho, para poder comprender su naturaleza, debemos respetar sus características y facultades inherentes a este cargo, y observar al albacea como una directriz que lleva a los herederos y legatarios e incluso a los que fueron acreedores del *de cuius*, al cumplimiento y fin de las sucesiones.

Para ser albacea se necesita que la persona tenga libre disposición de sus bienes (art. 1679 del Código Civil para el Distrito Federal) y no se coloque en

³⁵ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit. nota 2, p. 146

ninguno de los casos que expresamente prevé el artículo 1680 del Código Civil para el Distrito Federal. El cargo del albacea tiene las siguientes características:

- Es un cargo voluntario, pero si no lo acepta pierde su derecho a heredar (art. 1695 y 1696 del Código Civil para el Distrito Federal).
- Puede ser renunciado (art. 1696 del Código Civil para el Distrito Federal) y en ciertos casos excusado (art. 1698 del Código Civil para el Distrito Federal).
- Es personalísimo (art. 1700 del Código Civil para el Distrito Federal).

En nuestro derecho, Arce y Cervantes nos dice que el albacea es un elemento obligatorio de las sucesiones testamentarias o intestamentarias ya que sus funciones son complejas, como lo son principalmente administrar y proteger el caudal relicto en beneficio de los herederos, legatarios así como de los acreedores del *de cuius* y como el patrimonio encomendado a su guarda y administración es un patrimonio destinado a liquidarse, deberá proceder a realizar esta liquidación y entregar finalmente los bienes a quien le correspondan.³⁶

Vistas de manera general pasemos ahora a hacer un análisis de dichas funciones:

- I. Garantiza su manejo de los tres meses a la aceptación de su nombramiento, con fianza, hipoteca o prenda a su elección (art. 1708 del Código Civil para el Distrito Federal).
Dicha obligación no puede ser dispensada por el testado (art. 1710 del Código Civil para el Distrito Federal).
- II. Presentar el testamento (art. 1706-I del Código Civil para el Distrito Federal) dentro de los ocho días siguientes a la muerte del testador, si es que lo tiene en su poder (art. 1711 del Código Civil para el Distrito Federal).

³⁶ ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota 1, p.195.

- III. Asegurar los bienes de la herencia (art. 1706-II del Código Civil para el Distrito Federal) por lo que el Albacea no permitirá la extracción de cosa alguna si es que no consta que es propiedad ajena (art. 1713 del Código Civil para el Distrito Federal).
- IV. La formalización de inventarios (art. 1706-III del Código Civil para el Distrito Federal), dentro del término de diez días que señala el artículo 816 del Código de Procedimientos Civiles, bajo la pena de ser removido en caso de no hacerlo (art. 1712 y 1752 del Código Civil para el Distrito Federal).

El testador no puede dispensarlo de esta obligación (art. 1724 del Código Civil para el Distrito Federal).

- V. Administración de los bienes de la herencia (art. 1706-IV del Código Civil para el Distrito Federal), dentro de esta administración el albacea tiene como obligación no dar en arrendamiento por más de un año los bienes de la herencia (art. 1721 del Código Civil para el Distrito Federal), puede grabar o hipotecar los bienes con el consentimiento de los herederos e incluso puede realizar la venta de bienes para el pago de una deuda urgente de acuerdo con los herederos y si esto no fuese posible con aprobación judicial, si no hubiere dinero en la herencia para hacer pagos de deudas mortuorias, gastos de rigurosa conservación y administración de la herencia promoverá la venta de muebles (art. 1758 y 1717 del Código Civil para el Distrito Federal).

Con estas facultades vemos que el albacea da seguridad jurídica a los acreedores, quienes tiene la facultad de exigir a este representante el pago de sus créditos.

- VI. Rendir cuentas de su administración, las cuales pueden ser: anuales, y la cuenta general o cuando deja de ser albacea (art. 1722 del Código Civil para el Distrito Federal).
- VII. Tiene la obligación de hacer el pago de las deudas mortuorias que son los gastos del funeral o las que se hayan causado en la última enfermedad del autor de la herencia (art. 1755 del Código Civil para el Distrito Federal); las deudas hereditarias que son las contraídas por el autor de la herencia independientemente de su última disposición (art. 1760 del Código Civil para el Distrito Federal); las deudas testamentarias que son las que constan en el testamento (art. 1759 del Código Civil para el Distrito Federal):
- VIII. La defensa en juicio o fuera de el, tanto de la herencia como del testamento por lo que podrá el albacea deducir todas las acciones que pertenezcan a la herencia (art. 1706-VII del Código Civil para el Distrito Federal).
- IX. La representación de la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren en contra de ella (art. 1706-VIII del Código Civil para el Distrito Federal).
- X. La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios (art. 1706-VI del Código Civil para el Distrito Federal).
- XI. Las demás que imponga la Ley (art. 1706-IX del Código Civil para el Distrito Federal).

I.7. EL INTERVENTOR

Respecto del interventor podemos decir que no es un cargo otorgado por testamento, y su función en general es vigilar la actuación del albacea.

Este se nombra en los siguientes casos. Cuando el heredero esta ausente o desconocido, en el caso de que la porción de los legados iguala o exceda la porción del heredero que además es albacea, o cuando existan legados para fines altruistas o para la Beneficencia Pública.

Los herederos que no hubiesen estado conformes con el nombramiento del albacea, pueden nombrar interventor, pero si el albacea es testamentario, no podrán solicitar el nombramiento, quien solo podía realizar actos de fiscalización del albacea, en ningún caso el interventor podrá tener la posesión de los bienes hereditarios.

Puede su encargo ser permanente o definitivo, que durara hasta que sea revocado por quienes lo nombraron o si hubiere modificación en la persona del albacea, pero si existiere discrepancia respecto del nuevo albacea, se podía nombrar en el mismo caso interventor.

Es un cargo retribuirle, y estará a cargo de los que lo nombraron y conforme a las condiciones pactadas entre ellos.

I.7.1. PROVISIONAL O PROCESAL.

Es nombrado para evitar la dilapidación de los bienes que integran la masa hereditaria. Su función es la de ser un depositario de los bienes de la herencia, es nombrado por un juez y en el caso de que pasados 10 días de la muerte del actor de la herencia, no se presentare el testamento, si no esta nombrado albacea en él o si no se denuncia el intestado para el caso de las intestamentarias.

Su naturaleza jurídica es ser un depositario, con todas las obligaciones inherentes a los de su clase, facultándolo para defender los bienes en juicio, debe

rendir cuentas y tiene derecho a que se le reembolsen los gastos realizados en cuanto a mejoras, manutención o reparación y solo si han sido autorizados previamente.

La retribución a que tiene derecho es de un porcentaje del caudal hereditario. Estará en funciones hasta el nombramiento de albacea.

I.8. NULIDAD, REVOCACIÓN Y CADUCIDAD DEL TESTAMENTO

La mal llamada nulidad por el Código, la cual en realidad se trata de una verdadera inexistencia, estamos convencidos que no se tratan de "formalidades testamentarias", sino de "solemnidades testamentarias" pero lo aclararemos en su oportunidad, aunque hay una buena parte de la doctrina que no esta acorde con lo anterior. Por lo que conlleva, podríamos mencionar que es el más grave castigo impuesto a un testamento por no cumplir con las solemnidades dadas por la legislación. Decíamos que el Código Civil para el Distrito Federal le llama "nulidad", pero en realidad confunde esta con la "inexistencia" por tratarse de un acto solemne, lo anterior es confirmado por diversos autores, a cuyas opiniones nos remitiremos en su oportunidad.

La revocación no se trata de una sanción impuesta al testamento y que deriva de la voluntad del testador por regla general.

La caducidad es una consecuencia que se genera por el transcurso del tiempo y el no ejercicio de un acto positivo, no la podríamos entender como una cuestión negativa, excepción hecha de la revocación, simplemente como algo que por circunstancias ajenas al testador, deja de surtir efectos, en esta una o varias disposiciones testamentarias o todo un testamento la ley lo entiende como ya no necesario para el testador, por encontrarse en una situación diferente a la de su otorgamiento.

La "Nulidad" en materia testamentaria.

Como apuntábamos anteriormente en materia de testamentos, no puede referirse a una nulidad cuando no se cumplen con las solemnidades requeridas para el otorgamiento de testamentos, al tratarse de un acto solemne, el no cumplimiento de las mismas se traduciría inevitablemente en una inexistencia total del testamento, lo cual materialmente traería las mismas consecuencias que la nulidad absoluta, sin embargo la ley las diferencia.

La inexistencia testamentaria puede derivarse de varias circunstancias que a continuación describimos:

- a) Falta de capacidad del testador.
- b) Inobservancia de las solemnidades.
- c) Vicios en el consentimiento.

Para lo anterior debemos precisar que nuestro Código Civil para el Distrito Federal, no es muy explicativo acerca de la teoría de las nulidades e inexistencia, la cual se encuentra diseminada por todo el cuerpo normativo, la podemos encontrar en todos los libros, capítulos y títulos que lo conforman.

Sabemos que nuestro Código Civil para el Distrito Federal sigue la teoría de las nulidades de Bonnetcase, quien diferencia nulidad relativa, nulidad absoluta e inexistencia, pero trataremos de explicarlo.

a) Nulidad relativa.- Esta tutela intereses particulares, la sufren personas que estando colocadas en el supuesto creado por la Ley, sufren una desventaja en su posicionamiento con respecto a la otra con quien celebran el acto jurídico derivado de sus voluntades.

Esta nulidad no impide que el acto, el cual sufre esta nulidad, surta sus efectos propios, los cuales dejaran de surtir y se destruirán retroactivamente al momento en que un juez declare la nulidad; sin embargo dicho acto que afecto a esta nulidad es convalidable o sea el afectado con el acto, puede manifestar su conformidad con la continuación de los efectos, otorgándole los elementos necesarios y requeridos por la ley para su perfeccionamiento, de este modo cesa la nulidad, y el acto puede surtir los efectos propios de su naturaleza, por consecuencia existir en la realidad jurídica, sin secuelas posteriores.

Puede derivarse de la incapacidad de alguna de las partes, de vicios en el consentimiento, o porque las partes no hayan manifestado su voluntad en la forma que para el caso exige la ley, o sea por contravenir algunas de las exigencias del artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal en sus fracciones II, III y IV, con excepción hecha del testamento o en general de los actos solemnes puede presentarse tal nulidad.

Puede esta nulidad ser invocada solamente por el individuo afectado, es susceptible de ser confirmable o convalidable y es prescriptible.

b) Nulidad absoluta.- Tutela esta intereses de orden público e interés social, el acto que la sufre surte efectos, la ley no le impide aquello, pero estos serán destruidos retroactivamente al momento de que un juez pronuncie la nulidad en una sentencia, necesariamente dejaran de surtir efectos al momento de su destrucción retroactiva sin que las partes puedan hacer nada al respecto, puede derivarse de la ilicitud en el objeto motivo o fin del acto, dispositivo contenido en el mencionado artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal en su fracción I.

La ley dispone cuales actos son nulos relativos o absolutos por presentarse cualquiera de los acontecimientos señalados. Sin embargo, estamos convencidos que la nulidad absoluta solo puede presentarse si el objeto, motivo o fin del acto son ilícitos, por la forma de regulación en el Código Civil para el Distrito Federal, la

contravención a los demás requisitos de validez de los actos jurídicos acarreará la nulidad relativa del acto.

Tiene exactamente características contradictorias a la nulidad relativa, puede hacerse valer por cualquier persona, no es confirmable o convalidable y es imprescriptible.

c) Inexistencia.- En este caso el acto no surte ningún efecto, es la "nada jurídica" nunca existió, nunca el acto afectado cruzó el umbral de lo relevante para el mundo del derecho. Muy criticado por diversos autores es el tema de referencia por considerarlo falta de apego a la realidad. Que acto que se celebra no surte efectos. Creemos que en la realidad material y objetivo ninguno, en la realidad del derecho sí.

La inexistencia en cuanto a sus características es semejante a la nulidad absoluta, es inconfirmable o inconvalidable, imprescriptible, puede hacerse valer por cualquier persona, solo que para que pueda reflejarse, no es necesaria la intervención de un juez, los efectos de la pronunciación de un juez a favor de la inexistencia serán declarativos y no constitutivos.

Decíamos que, en cuanto a sus características, es similar a la nulidad absoluta, no así en cuanto a sus efectos, pues un acto afectado por inexistencia, no producirá ninguno de ellos no hay efectos que se destruirán retroactivamente porque para el derecho nunca se materializaron tales efectos, nunca existió el acto, y por consecuencia menos surtió efectos jurídicos. Muy cuestionable esta teoría al respecto de la inexistencia, nos inclinamos a pensar en que no puede existir un acto que no surta efectos materiales.

Por regla general sólo son inexistentes los actos jurídicos que no cumplen lo que dispone el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal que establece:

ARTÍCULO 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Aclaremos que este artículo es aplicable a los testamentos gracias al artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone que las normas aplicables a los contratos son aplicables a los demás actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de los mismos o no contravengan disposiciones especiales.

Debiéramos pensar entonces que esta regla podría regir a los testamentos, sin embargo no es así, porque el testamento es un acto solemne, en consecuencia además de que es inexistente si no se halla en el testamento consentimiento u objeto, es inexistente si no cumple con los elementos de validez de los contratos establecidos en el artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal y que ya hemos comentado, que en otros casos solo traería aparejada la nulidad sea absoluta sea relativa dependiendo del requisito del cual carezca el acto, pero que en materia testamentaria invariablemente traerá aparejada la inexistencia.

En realidad este artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal en ninguna de sus fracciones menciona la llamada "solemnidad", sin embargo esta es un elemento sin el cual, los actos que la ley declara como solemnes, no existirán si no se cumple con ella. Así que fue un error por parte del legislador el no incluir en una fracción tercera la solemnidad. Pero es que en realidad en cuanto al desarrollo de las nulidades y la inexistencia en la ley, no podemos apreciar un manejo adecuado de ellas, solo la ley en algunos de sus preceptos menciona "formalidades" en otros "solemnidades", y no hay un correcto estudio de ellas, inclusive en actos de naturaleza formal habla de solemnidades y sucesivamente.

Sin abundar mucho en el tema por lo extenso que puede ser su reflexión diremos que en nuestra legislación encontramos tres casilleros en los que se pueden encuadrar los actos jurídicos en cuanto a la forma o manera en que debe

exteriorizarse la voluntad de las partes para cumplir con este requisito de validez y estos son consensuales, formales y solemnes.

Los actos consensuales no requieren formalidad alguna para ser válidos o existir, pueden las partes incluso no manifestar de una manera expresa su voluntad y sí de una manera tácita.

Diferentes son en definitiva los actos formales, los cuales necesariamente requieren de una voluntad expresa para ser válidos y ser por escrito.

Los actos solemnes necesitan la manifestación de voluntad expresa y con ciertos requisitos especiales, además de la necesidad de ser otorgados, por regla general, ante algún funcionario del Estado, elementos de los cuales depende la existencia del acto. Son definitivamente escasos los actos jurídicos solemnes en nuestro derecho, pero su ascendencia es contrariamente mayor que los actos declarados como formales o solemnes. Podemos resumir que los actos solemnes en nuestro derecho son el matrimonio, el reconocimiento de hijo y el testamento.

Tanto las formalidades como las solemnidades deben ser expresadas por la ley, es decir, la regla general es que los actos jurídicos sean consensuales, pero si la ley les da un trato especial, solo ella los puede declarar formales o solemnes.

Para el caso de este título, lo que en realidad nos interesa es manifestar que en actos consensuales y formales, la falta de forma acarrea la nulidad relativa del acto, el cual trae consigo las consecuencias ya citadas con anterioridad, pero lo más importante es entender que estos actos así surgidos al mundo jurídico existirán y son susceptibles de curación confeccionándolos en la forma que la ley impone, y al otorgarle esta forma, el acto así planteado se entenderá como válido desde el momento en que nació, desapareciendo de un modo absoluto la nulidad. No así en los actos solemnes los cuales no existieron, no surgieron por no cumplirse las solemnidades y aunque con posterioridad al acto se intente cumplir

con las solemnidades, no podía tenerse este acto como existente, debiendo comenzar desde un principio.

Así las cosas, los actos solemnes ya apuntados, que incluyen al testamento, son inexistentes al no cumplir con las solemnidades que la ley les otorga, sea por el incumplimiento de elementos de validez regulados en el artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal que por regla general traen aparejada nulidad absoluta o relativa en otros actos jurídicos. Si no cumplen con los elementos de existencia que señala el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal. Por lo que un testamento que no cumple con los elementos de validez y con los elementos de existencia no es nulo, es inexistente. Según la teoría que conforma el Código al respecto de la teoría de las nulidades e inexistencia exportada por los franceses, aunque sea el mismo Código el que le da el nombre de "nulidades", confundiéndolas con "inexistencia"

Lo anterior es confirmado por diversos autores, opiniones que a continuación transcribimos.

“...Cuando correspondió comentar la solemnidad como elemento esencial de algunos actos jurídicos, precisamente los considerados solemnes por la ley, veíamos que los actos y en su caso negocios ostentadores de esta categoría son reducidos en número. Como tales, dijimos, pueden señalarse el matrimonio, el reconocimiento de hijo y el testamento.

En esa oportunidad aludíamos a como opera la solemnidad en uno y otro caso de los actos apuntados.

Pues bien, la inobservancia de las formalidades que están elevadas al rango de solemnidad en el otorgamiento de uno de los actos señalados, trae aparejada la inexistencia del mismo...”³⁷

³⁷ DOMÍNGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Op. Cit., nota 4, p. 650

“...El testamento al que falte alguna de las solemnidades (entendiendo esto con el criterio más amplio que ha quedado antes expresado, incluida la falta de unidad del acto correctamente apreciadas conforme al nuevo texto del art. 1519) por ser estos elementos de existencia del negocio, es inexistente como tal el testamento...”³⁸

Fiel a su estilo de profundo conocedor del derecho, y tratando siempre de dar una opción más, a los que la mayoría dan, a De Ibarrola no le queda más que confirmar que no puede hablarse de nulidades en materia testamentaria, aunque afirma que no todos los casos “... Pero a nuestro modo de ver, y dada la importancia que la ley otorga a las formalidades y que hacen del testamento un ACTO SOLEMNE, en la mayoría de los casos si puede decirse que se trata de inexistencia...”³⁹

Sin embargo, al tratar de los vicios de la voluntad del testador, observaremos que no es tan descabellada la frase del maestro De Ibarrola "en la mayoría de los casos".

Galindo Garfias al tratar del tema habla de "nulidades" sin embargo al final aclara que no lo son. “...En el caso de nulidad de un testamento, el efecto inmediato que se produce es la apertura de la sucesión legítima en la forma y términos que la ley establece.

Estrictamente, podríamos hablar mejor de inexistencia que de nulidad del Testamento...”⁴⁰

Así podemos confirmar que en relación con testamentos la ley se equivoca al nombrar su capítulo IX, del título II, del libro III, "DE LA NULIDAD,

³⁸ ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota 1, p. 143

³⁹ DE IBARROLA, Antonio, Op. Cit., nota 23, p. 735

⁴⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. Cit., nota 17, p. 206

REVOCACIÓN Y CADUCIDAD DE LOS TESTAMENTOS" porque como, ya lo hemos apuntado no existe "nulidad testamentaria" existe "inexistencia testamentaria".

Mencionábamos al principio de este título las causas por las cuales un testamento puede ser inexistente. Posiblemente sea más fácil detectar esta por un juez en el caso de testamentos, que en el caso de los demás actos jurídicos, porque en estos últimos, el juez tendrá que analizar si falta alguno de los elementos de existencia lo que traerá como consecuencia la inexistencia, o si falta algún elemento de validez, tendrá, si es así, que enfocarse de cual de los elementos de validez carece el acto o contraviene lo estipulado con la ley, y de que manera lo sanciona la ley pudiendo tratarse de una nulidad relativa o absoluta.

En el caso de los testamentos no tendría que hacer tal distinción, simplemente observar que solemnidad falta, para fundar su sentencia declarando inexistente el testamento.

Inobservancia de las Solemnidades.

Su fundamento recae en el artículo 1491 del Código Civil para el Distrito Federal, que reza (tomando en consideración las cuestiones vertidas sobre nulidad e inexistencia).

ARTÍCULO 1491. - El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley.

Entendemos que hay contravención, no solo cuando se otorga un testamento que se contrapone a las solemnidades, sino cuando estas faltan.

Teniendo en consideración lo expuesto, resulta que nuestra legislación es sumamente cerrada en relación a las solemnidades testamentarias, no podría

entenderse existente un testamento supliendo una de estas solemnidades, ni durante ni posterior al otorgamiento.

Por tanto, deben cumplirse todas y cada una de las solemnidades a efecto de que el testamento pueda entenderse existente y surta sus efectos a la muerte del autor.

Caso digno de mención es el señalado en los artículos 1505 y 1506 del Código Civil para el Distrito Federal, que por parecernos único en materia testamentaria los transcribimos:

ARTÍCULO 1505. - Si la identidad del testador no pudiere ser verificada, se declarará esta circunstancia por el notario o por los testigos, en su caso, agregando una u otros, todas las señales que caractericen la persona de aquél.

ARTÍCULO 1506. - En el caso del artículo que precede, no tendrá validez el testamento mientras no se justifique la identidad del testador.

Puede entonces testar una persona que no es conocida o reconocida, lo que pretende la ley es garantizar el derecho de testar de todas las personas.

Los testamentos que carezcan o contravengan las solemnidades descritas para cada uno de los tipos de testamentos, dependiendo el tipo de testamento que se pretenda otorgar, serán inexistentes, acarreando además, como en el caso anterior responsabilidades de índole civil y administrativa para las personas que la ley les confiere responsabilidades en la conformación del testamento.

Vicios del Consentimiento.

Existen artículos disgregados que se refieren a lo anterior, es clásica esta teoría pero en materia de obligaciones, más estrictamente en los contratos, como el artículo 1818 del Código Civil para el Distrito Federal que especifica que es nulo el contrato celebrado por violencia, el artículo 1819 del Código Civil para el Distrito Federal dice que la violencia surge cuando existen fuerza física o amenazas, etc.

El artículo 1485 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice que es nulo el testamento hecho bajo el influjo de amenazas contra la persona o bienes del testador, contra la persona o bienes de sus cónyuge o parientes, no delimitando hasta que grado de parentesco, por lo que se entiende que se extiende a todos sus parientes.

Apuntábamos líneas atrás la idea del maestro De Ibarrola, en el sentido de que "no todas las faltas de formalidades traen aparejada la inexistencia del testamento"⁴¹, observemos lo que dispone el artículo 1486 del Código Civil para el Distrito Federal:

ARTÍCULO 1486. - El testador que se encuentre en el caso del artículo que precede, podrá, luego que cese la violencia, o disfrute de su libertad completa, revalidar su testamento con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo. De lo contrario será nula la revalidación.

Pues si, haciendo una interpretación estricta de este artículo y arropándonos en la hermenéutica jurídica, la falta de solemnidad en cuanto a la plena libertad del testador en su voluntad o consentimiento, o la confección del testamento realizado bajo violencia, puede no traer aparejada la inexistencia del testamento. Por lo que un testamento otorgado bajo estas circunstancias existe siempre que sea revalidado.

Y es precisamente esto último por lo que pensamos y ratificamos nuestro criterio de que es inexistente el testamento otorgado bajo estas circunstancias negativas y contravenimos la idea De Ibarrola, al mencionar el artículo "con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo", lo que indica a pensar que debe otorgarse un nuevo testamento, no podríamos imaginarnos en forma tangible esa ratificación, si no se otorgara un nuevo testamento, por lo cual creemos que la forma de "revalidación" es otorgando un nuevo testamento, porque el anterior es inexistente, debido a la falta de aquella solemnidad, posiblemente, y si se trata de jerarquizarlas, una de las más cuidadas y castigadas por el Código Civil para el

⁴¹ DE IBARROLA, Antonio, Op. Cit., nota 23, p.735

Distrito Federal en cuanto a su omisión o contravención que es la falta de voluntad plena del testador.

Curiosamente el testador no tiene ninguna responsabilidad civil o administrativa por el otorgamiento del testamento en relación con las mal llamadas nulidades, su irresponsabilidad podrían ser de orden penal, por ejemplo si declarase falsamente ante notario, pero no podría fincársele una responsabilidad por ser incapaz para testar y haber testado o por no cumplir con las solemnidades establecidas por la ley al otorgar su testamento, lo que traería aparejada únicamente que no existiera su acto así dictado y esto se debe a que se trata de un derecho que no afecta el interés público, aunque, ¿qué tanto un testamento coadyuva a la manutención del Estado de Derecho evitando conflictos?, sin embargo no podríamos sostener una teoría que pretenda responsabilizar a un testador por no cumplir con las solemnidades que obliga la ley en materia testamentaria.

Lo anterior es congruente si sabemos que las nulidades o mejor llamadas causas de inexistencias de los testamentos pueden ser reprochadas a las personas que no las observaron, teniendo la obligación de hacerlo para impedir las o cumplirlas, no solo en el momento en que surtan efecto los testamentos, sino desde el momento de su otorgamiento.

Para Gutiérrez y González, la nulidad del testamento se desprende del artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala lo siguiente: Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos, en nuestra opinión en materia sucesoria, está es una excepción a la regla.

Caducidad Testamentaria.

La caducidad se verifica por el transcurso del tiempo conjuntamente con la omisión de un acto positivo durante ese transcurso del tiempo, dejando sin efecto una o varias disposiciones de testamentos ordinarios, o en el caso de los testamentos extraordinarios todo el testamento en su conjunto.

Cabría mencionar algunas consideraciones al respecto siguiendo la idea de Gutiérrez y González con el cual concordamos.

La caducidad es una sanción que se impone de manera convencional o por la ley a su acto, el cual por el transcurso del tiempo y el no ejercicio de un acto positivo por alguna de las partes, impide que siga surtiendo efectos.

La ley no da un concepto de lo que es la caducidad, pero en varios de sus artículos la menciona, por desgracia no en la forma debida, otorga caducidad a actos que no son por su naturaleza objetos de caducidad y a los que son naturalmente objetos de ésta los excluye. Citamos en este último caso el artículo 1342 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone:

ARTÍCULO 1342. - No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados tres años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado, salvo que se trate de incapacidades establecidas en vista del interés público, las cuales en todo tiempo pueden hacerse valer.

Podemos observar que pasado cierto transcurso de tiempo, 3 años desde la posesión de la herencia o el legado por un incapaz en este caso, el titular de la acción de incapacidad, al no ejecutar un acto positivo que sería el ejercicio de esa acción, caduca su derecho a ejercitarla. Es un caso de caducidad a todas luces, pero el Código Civil para el Distrito Federal no le da el mencionado carácter.

Sin embargo, legisla casos que llama de caducidad y los cuales no son propios de esta figura, por ejemplo la premoriencia de los beneficiarios en un

testamento, y que regula el artículo 1497 en su fracción I del Código Civil para el Distrito Federal, el cual dispone:

ARTÍCULO 1497. - Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios:

I. Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición que dependa la herencia o el legado...”

No observamos caducidad en este artículo, porque no depende la muerte de la voluntad de los herederos o legatarios, no dejan de ejecutar un acto positivo y por el cual la ley los sanciona con la pérdida de su derecho por virtud de la caducidad, pero el Código lo regula como caso de caducidad.

Si un heredero o legatario muere antes que el testador, su disposición no surtirá efecto, pero no porque caduque, simplemente porque nunca fue heredero o legatario, pero el testamento continuara con sus efectos respecto de las demás disposiciones de su contenido. En el caso del reconocimiento de hijo, si el testador la hiciera antes de que el hijo naciera y por supuesto ya haya estado concebido, si no nace vivo y viable de conformidad con los artículos 22 y 337 del Código Civil para el Distrito Federal, dicho reconocimiento tampoco surtiría efectos, es decir, nunca el concebido fue heredero.

Los testamentos especiales tienen una vigencia determinada y en este sentido nos parece que tampoco caducan, se encuentran sujetos a una condición resolutoria, que consiste en el acontecimiento futuro de realización incierta o contingente consistente en que el testador muera en la situación extraordinaria que lo obligó a otorgar el testamento especial aun dentro del mes siguiente a la desaparición de esta circunstancia, si no es así el testamento no podrá surtir efectos o mejor aun no existirá.

La fracción II del artículo 1497 del Código Civil para el Distrito Federal, ya estudiado, dispone que:

"...Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios..."

"...II. Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado..."

Tampoco afirmamos se trata de una caducidad, porque tampoco depende de ellos esta incapacidad, igualmente no son ni herederos ni legatarios, porque nunca lo fueron.

Respecto a la fracción III de este artículo la cual menciona que "si se renunció a ese derecho" menos podría tratarse de una caducidad, en primer lugar, porque no hay transcurso de tiempo que castigue al heredero o legatario, esta "renuncia" debe ser posterior a la muerte del *de cujus*, porque no puede renunciarse a la herencia de una persona viva como lo ordena el artículo 1665 del Código Civil para el Distrito Federal, entonces al decir la ley "renunciar" a su derecho en la herencia, en realidad no "renuncia", repudia la herencia y éste no es un caso de caducidad, es un acto unilateral de voluntad para no tenerse por heredero e igual que en los casos anteriores, nunca lo fue.

La mal nombrada caducidad en un testamento presupone un testamento existente y perfecto, consecuentemente válido, solo que limitado en su vigencia.

En el caso de los testamentos ordinarios, estos no son susceptibles de caducidad, pero si sus disposiciones de acuerdo con la ley, por lo que aunque todas las disposiciones de un testamento fueran "caducas", el testamento no lo es, y surtirá efectos aunque sus disposiciones no puedan hacerlo, posiblemente ideológica la anterior afirmación, pero no por ello menos cierta.

Revocación Testamentaria.

Deriva de la voluntad del testador, en todo momento puede realizar esta revocación, la cual traerá como consecuencia, privar un testamento totalmente válido de sus efectos.

Existen diversas formas de revocar un testamento, las cuales se han agrupado en: tácita, expresa y real o material.

La revocación tácita tiene su origen en el otorgamiento de un testamento posterior en el cual no se hizo mención de que se revocaba el anterior, y como la regla que otorga el artículo 1494 del Código Civil para el Distrito Federal es que el testamento perfecto posterior revoca al anterior, éste se tiene por revocado de pleno derecho, aunque no se consigne esta revocación expresamente en el testamento posterior.

Entonces para que pueda darse esta revocación es requisito que exista un testamento anterior, que exista uno posterior, que no se consigne la revocación en el posterior y que el posterior sea perfecto. Entonces si el testamento posterior es inexistente, por la razones anteriormente apuntadas, el testamento anterior perfecto no quedará revocado y surtirá efectos al momento de la muerte del testador.

Este mismo artículo menciona que el testamento anterior puede subsistir en todo o en parte si el testador determinó así su deseo en el testamento posterior, por lo que a su muerte las disposiciones que no revocó en el testamento posterior, manifestadas expresamente en el posterior, surtirán efecto y la sucesión del testador se regirá por ambos testamentos, lo cual no es recomendable, aunque la ley lo permite, creemos que debe un testamento posterior revocar en todo al anterior y lo que el testador quisiera que continuara vigente del anterior, se

instituyera en el posterior y de esta manera se simplificaría el trámite sucesorio de por sí y por su propia naturaleza, ajeno a toda simplificación.

Se vuelve más compleja la situación, en el caso de que un testamento posterior, al testamento que haya revocado uno anterior, es decir un tercer testamento otorgado perfecto, disponga que el testamento revocado por el segundo cobre vigencia, así el artículo 1496 del Código Civil para el Distrito Federal lo autoriza, pueden darse los casos de revocación y nueva vigencia hasta el infinito, por lo que confirmamos nuestro criterio de que el testamento posterior perfecto siempre debe revocar al anterior, y lo que el testador desee que subsista lo consigne en el último otorgado, así garantizara que el trámite sucesorio se rija por un solo testamento, lo cual evitara problemas innecesarios participando de un principio en materia procesal, "la economía procesal".

La revocación será expresa en el momento en que el testador disponga, en un nuevo testamento posterior perfecto, que el testamento entregado anteriormente queda revocado por el posterior actual, y de esta manera el testamento que surtirá efectos será el posterior, dejando nulificado el anterior. En este caso si se podría hablar de un testamento nulo, corroborando la teoría del maestro De Ibarrola, porque el testamento anterior revocado existe, y tan existe que es revocado por uno posterior, solo que este posterior lo nulifica, no lo hace inexistente, que da como resultado lo mismo al tramitar la sucesión, el impedimento del testamento anterior de producir sus efectos por el testamento posterior.

La revocación real o material se actualiza cuando el testador destruye el testamento, lo rompe o si se trata del público cerrado, viola el sobre que lo contiene, el cual quedara sin efecto, o en el caso del ológrafo retira el duplicado del testamento del Archivo General de Notarias. No podría pensarse que un testamento público abierto pueda ser revocado de esta manera, debido a la matricidad del protocolo del notario, principio regulatorio e interpretativo de la

función notarial, aunado a los principios de la conservación de fondo y forma del instrumento notarial y a la continuación del archivo del notario por el Archivo General de Notarias, consagrados en el artículo 7 fracciones I, II y VI de la Ley del Notariado, sería imposible la revocación real, y debe ser una obligación del notario advertir a las personas que acuden a sus oficinas a otorgar testamentos públicos abiertos, informar al testador que la revocación real no podría operar en este testamento.

Hay autores como Gutiérrez y González⁴² que opinan que no es necesaria la revocación de un testamento mediante el otorgamiento de uno posterior, y que basta la declaración ante notario de la revocación para que surta esta sus efectos y deje revocado el testamento declarado, opinión que no compartimos porque si se hace esta declaración, sin otorgar un nuevo testamento, ya hay por parte del testador, una manifestación de voluntad de disponer de sus bienes, y esta disposición será la que la ley designa para el caso de una sucesión intestamentaria, ya que aunque no hay testamento propiamente dicho, si hay una disposición de bienes y la manifestación de voluntad del otorgante.

Hay quien piensa que un testamento debe revocarse con otro testamento de la misma forma otorgado, sin ningún fundamento para tal afirmación. El artículo 1494 del Código Civil para el Distrito Federal antes citado no hace distinción de testamentos ni otorga privilegios, por lo que un testamento público abierto puede ser revocado por un testamento privado con tal de que sea posterior y perfecto.

Hay disposiciones hechas en testamento que no pueden ser revocadas y que ya hemos dirigido nuestra atención a ellas, el perdón otorgado por el testador para que el heredero o legatario puedan heredar de él y no puedan ser incapaces por indignidad o el reconocimiento de hijo son disposiciones irrevocables, por lo que un testamento posterior revocara a todo el anterior, si así lo dispuso el testador, o la revocación será tácita, con excepción de las cuestiones irrevocables,

⁴² GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Op. Cit., nota3, p. 142

aunque el testador las revoque de manera expresa continuaran vigentes surtiendo plenos efectos.

Por último al respecto debemos señalar que no se puede renunciar al derecho de revocar en lo futuro según el artículo 1493 del Código Civil para el Distrito Federal, siendo coherente la ley en el sentido de que no se pueden renunciar derechos futuros que aun no se hallen dentro del patrimonio en su parte de titularidades.

I.9. INOFICIOSIDAD DEL TESTAMENTO.

Un testamento es inoficioso cuando el testador no cumplió en su testamento con la obligación de proporcionar alimentos a las personas que por virtud de la ley, está obligado a proporcionárselos. Nace esta obligación con la muerte del testador, y cesa al extinguirse el supuesto que crea el derecho.

Lo anterior restringe la voluntad del testador para disponer de sus bienes, pero como dice Alcalá-Zamora. "Para después de la existencia no se necesitan derechos, pero se tienen deberes..."⁴³.

Al respecto el testamento inoficioso es también un testamento existente, o válido hablando en los términos del Código sin compartir su teoría, sin embargo carece de disposición alguna que ordene a herederos o legatarios cumplir con la carga de proporcionar alimentos que el testador estaba obligado a proporcionar, obligación que no se extingue con la muerte. En consecuencia la ley ordena que se declare inoficioso el testamento y que exista un detrimento en la masa hereditaria para cumplir con esta obligación de interés público.

⁴³ ALCLA-ZAMORA, citado en ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota 1, p. 54

Gutiérrez y González menciona al respecto "...NO DEBE PENSARSE QUE EL TESTAMENTO SEA NULO, pues el lado nulo implica una falta de forma, una voluntad viciada, un objeto, motivo o fin ilícito o una voluntad incapaz, y aquí el testamento ésta hecho por una persona capaz, que cumple con las formas que marca la ley, que externa su voluntad libremente, y que además no busca ningún fin ilícito. El acto es perfecto, por lo cual no se puede pensar que sea nulo si no se dejan alimentos a los que tienen derecho.

No (así), EL TESTAMENTO ES INOFICIOSO, ESTO ES, NO SURTE EFECTOS, NO OPERA EN BENEFICIO DE LOS HEREDEROS DESIGNADOS, EN LO QUE SE DEBA DAR A LOS QUE TENIAN DERECHO A LOS ALIMENTOS QUE EL TESTADOR DEBIO DEJARLES..."⁴⁴

Tampoco el testamento es inexistente, porque siguiendo con la teoría del acto jurídico y de las nulidades e inexistencia regulada de manera diferente en testamentos por tratarse de un acto solemne, como ya apuntamos, hay un objeto, hay consentimiento y cumplimiento de solemnidades, sin embargo el testador incumplió con una obligación y deja a los acreedores alimenticios en una situación precaria.

El artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal señala las personas con derecho a recibir alimentos o derecho a la pensión alimenticia por sucesión, precepto que a continuación transcribimos.

ARTÍCULO 1368. - El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

- I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal proporcionar alimentos al momento de su muerte;
- II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;
- III. Al cónyuge supérstite cuando este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto contraiga matrimonio y viva honestamente.
- IV. A los ascendientes.

⁴⁴ GURIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Op. Cit., nota 3, p. 190

- V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 2 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato⁴⁵ y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.
- VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tiene bienes para subvenir a sus necesidades.

Y a partir de ahí, el Código Civil para el Distrito Federal establece una serie de normas para poder cumplir con la pensión que omitió el testador, normas que en la práctica resultan de difícil aplicación y complican mas el ya complicado trámite sucesorio. Lo que nos hace reflexionar acerca de las "reservas" o "legítimas" que en otras legislaciones como la española son permisibles, que traería como consecuencia sacrificar la plena voluntad del testador para disponer de sus bienes, en vista de un más sencillo procedimiento para atender cuestiones alimenticias *post-mortem*.

Por tratar de ejemplificar lo oscuro de la regulación en alimentos sucesorios, el único artículo que menciona el monto de la pensión alimenticia, en el caso de testamentos inoficiosos, es el artículo 1372 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone que se fijará en relación con diversos artículos, que no hacen más que enumerar que comprenden los alimentos 308, lo que no comprende la pensión 314, quien puede representar al acreedor alimenticio en caso de juicio en que se pida el aseguramiento de alimentos 316, y la forma en que se pueden asegurar los alimentos 317.

Ningún artículo citado por el artículo 1372 del Código Civil para el Distrito Federal ordena como se fijará la pensión alimenticia, limitándose a decir lo que no deberá rebasar, y al respecto menciona que jamás podía superar los productos de

⁴⁵ Cada vez es mayor la tendencia del código civil de igualar al matrimonio con el concubinato, situación de hecho que la propia ley no desea, pero que con reformas sobre todo sufrió el artículo 1635 de dicho ordenamiento el 27 de diciembre de 1983, en materia sucesoria, a equiparado el matrimonio con el concubinato, al grado de otorgarle igual valor.

la porción que en caso de sucesión intestada corresponderían al que tenga derecho a recibir tal pensión, ni bajara de la mitad de ellos. Esto resulta lógico, porque si se igualara o rebasara tal porción sería heredero y no acreedor alimenticio.

Además de lo anterior pensamos que trae algunos otros problemas el caso de estas pensiones otorgadas en un testamento, mencionadas por Arce y Cervantes:

“... a) Supone que con el solo hecho de dejara alimentos a los parientes, se cumplen con las obligaciones que se tienen para con ellos y, a veces, no es así porque, además de las obligaciones de estricta justicia, el testador puede tener las de piedad familiar que no se satisfacen con la cuota alimenticia;

b) En la mayoría de los casos, al momento de otorgarse el testamento, el testador no esta en posibilidad de saber quienes van a tener derecho a alimentos cuando él muera y el monto de los mismos y parece, entonces, que tiene una obligación (la de dejar alimentos) que, en realidad, no esta en posibilidad de cumplir por mas buena voluntad que tuviera;

c) El presunto acreedor alimenticio necesita probar su derecho a recibir alimentos, lo cual, en algunos casos resulta muy difícil, y requiere la declaración de inoficiosidad del testamento;

d) Este sistema no es congruente consigo mismo ya que si estima que en casos de testamento hay que dejar alimentos, quiere decir que hay personas que tienen derecho a recibirlos haya o no testamento, y sin embargo este derecho no esta totalmente protegido por la ley en caso de herencia legítima...”⁴⁶

⁴⁶ ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit. nota 1, pp. 40-41

Cabe hacer mención, que de esta pensión solo podrán gozar aquellas personas que tienen derecho a heredar por *ab-intestato* el difunto y que fueron excluidas en el testamento por aquel, o sea " los desheredados por testamento". Lo anterior no es tan simple como se mira. Las personas con derecho a heredar en la legítima excluyen a los parientes más lejanos, por lo que sí se incluyo en el testamento a todos los parientes que se encuentran en el mismo grado de parentesco aquellos de otros grados no tendrán derecho a alimentos, pero si se excluyo a una o varias personas de la herencia que tenían derecho a heredar en la legítima y que se encuentran en el mismo grado de parentesco que los incluidos en el testamento, los excluidos serán acreedores alimenticios y titulares de la acción para declarar inoficioso el testamento, además deberán encontrarse en los supuestos del artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal, como lo mencionamos opera incluyendo en el testamento a parientes del mismo grado, los excluidos tendrán derecho a alimentos en términos de este título.

La pensión alimenticia no se otorgara a toda persona que se encuentre en los supuestos del artículo transcrito como lo ya lo apuntamos en el párrafo anterior, los parientes más próximos excluyen a los más lejanos y además solo se otorgara a las personas que la necesiten, por lo que para que esta no tenga que ser otorgada, deberán irse descalificando las personas que señala el artículo con relación a su grado de parentesco y a su necesidad de obtenerla.

La carga que nace de los testamentos inoficiosos siempre será por cuenta de los herederos, no puede ser a cargo de un solo heredero o de legatarios, por lo que no compartimos la opinión de Asprón Pelayo al citar, en este supuesto de testamentos inoficiosos, que "...puede ser a cargo de los herederos, excepto que el testador hubiese dispuesto otra cosa..."⁴⁷

Discrepamos de Asprón Pelayo porque, si bien es cierto que la pensión alimenticia puede estar a cargo de herederos o de un solo heredero e inclusive de

⁴⁷ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 121

uno o varios legatarios, no puede concebirse así en el caso de testamentos inoficiosos, porque el supuesto que sanciona al testamento como inoficioso es precisamente porque el testador no dispuso nada al respecto y por tanto siempre se entenderá como carga a la masa hereditaria, excepto cuando toda la herencia se distribuya en legados, la cual será a cargo de todos los legatarios y con relación a sus legados a prorrata, pero nunca podrá disponer el testador de cuestiones de pago de obligaciones alimenticias en testamentos inoficiosos.

Si una persona es acreedor alimenticio y deja de serlo por cualquier causa, éste no podía recuperar aquella calidad, aun desapareciendo la causa que motivo a dejar de serlo.

Algunas características mas de los alimentos disgregados por la legislación civil son que los alimentos se otorgaran en relación con las capacidades del deudor y las necesidades del acreedor (no aplicable en caso de alimentos sucesorios), no son renunciables, no pueden ser objeto de transacción, deben ser actualizados, deben ser garantizados y el obligado a darlos tiene derecho a recibirlos (no aplicable esto último en alimentos sucesorios).

CAPÍTULO II. LOS TESTAMENTO ORDINARIOS.

El Código Civil para el Distrito Federal regula los testamentos ordinarios y especiales. Los testamentos ordinarios pueden otorgarse en cualquier momento, son definitivos y varían en cuanto a sus formalidades. Respecto a los testamentos especiales diremos que estos sólo pueden otorgarse en las circunstancias propias de cada uno de ellos, y no en cualquier momento, tienen una vigencia limitada.

Asprón Pelayo los clasifica en cuanto al supuesto que autoriza su otorgamiento, en ordinarios y extraordinarios, a estos últimos la ley los llama especiales.⁴⁸

“...Ordinario es el que puede hacerse por todas las personas capaces independientemente de sus circunstancias especiales...”⁴⁹

Los testamentos ordinarios son: público abierto, ológrafo, público cerrado y público simplificado.

“...Testamentos especiales son aquellos que se hacen tomando en cuenta determinadas circunstancias y sólo en atención a las mismas se permite recurrir a esa forma privilegiada, no siendo eficaz en los casos ordinarios...”⁵⁰

Los testamentos especiales son: privado, marítimo, militar y hecho en país extranjero.

Además de estos, existe el que otorga un demente en intervalo de lucidez que en realidad es un testamento público abierto con solemnidades aumentadas, fuera de los casos anteriores no existe ningún otro testamento regulado por la

⁴⁸ Ibidem, p. 48

⁴⁹ ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota 1, p. 125

⁵⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael . Derecho Civil Mexicano. Tomo IV. Sucesiones. Octava edición. Edit. Porrúa. México 1997. p. 364

legislación civil, el otorgado en cualquier otra forma será inexistente. Sin embargo podemos encontrar otros tipos de disposiciones *mortis causa*, reguladas en leyes distintas a la civil, que sin ser testamentos, surten efectos después de la muerte del que las otorgó, como lo son: el testamento bancario, el testamento bursátil y el seguro de vida entre otros.

“Los testamentos son numerosos *clausus o cerrados*, ello significa que no hay más testamentos que los señalados por el CCDF; sin embargo, puede haber otras disposiciones que surtan efectos *mortis causa* sin ser testamentos...”⁵¹

“En el Código Civil anterior no se hacía la distinción indicada de testamentos ordinarios y especiales, sino que se distinguían *los testamentos solemnes y privados*. *Testamentos solemnes* eran aquellos en los que se exigirían determinadas formalidades con la intervención de notario, y *testamentos privados* eran aquellos que podían ejecutarse tomando en cuenta las circunstancias especiales del testador o el lugar en que hacía el testamento, para evitar la intervención notarial.”⁵²

Los testamentos ordinarios pueden otorgarse en cualquier momento de la vida del individuo, no se requiere estar en circunstancias extraordinarias para poder confeccionarlos, la ley regula varios tipos de ellos los cuales a continuación analizaremos.

Los testamentos ordinarios son: público abierto, ológrafo, público cerrado y público simplificado.

“...Para los testamentos ordinarios ya explicamos que el conjunto de formalidades o *molde formal*, constituyen una verdadera solemnidad para su existencia...”⁵³

⁵¹ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 49

⁵² ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. Cit., nota 50, p. 365

⁵³ Idem.

“...Todos son actos jurídicos. Todos exigen que la forma de manifestar la voluntad sea de manera solemne, para que haya testamento...”⁵⁴

II.1 TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.

El testamento ordinario público abierto, es el acto jurídico unilateral, personalísimo, solemne, revocable y libre, en virtud del cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte ya sea a título universal o a título particular, que es *público* en virtud de que se otorga en un instrumento público ante notario o cónsul, un profesional del derecho investido de fe pública por el Estado, y es *abierto* porque puede observarse la voluntad del testador, no se encuentra en un sobre cerrado inviolable del cual dependa su existencia, como en otros tipos de testamento, sino es visible en el protocolo notarial y a diferencia de otras disposiciones a las cuales la ley les confiere el carácter de testamentos, éste no debe ser declarado "formal testamento" por un juez; además, aunque cualquiera se entere de su contenido, ello no afecta su validez.

“...Este tipo de testamento es público porque consta en un instrumento público, es decir, la escritura ante notario, y es abierto porque la voluntad del testador es conocida por el notario, y en su caso, por los testigos que hayan intervenido...”⁵⁵

Para De Ibarrola “..El testamento es PÚBLICO porque se hace la declaración de voluntad en un INSTRUMENTO PÚBLICO.

⁵⁴ GÚITRON FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué puede usted hacer con sus bienes antes de morir?. Primera edición. Edit. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., México, 1993. p. 309

⁵⁵ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 52

Es ABIERTO porque la voluntad del TESTADOR es conocida tanto del NOTARIO como de los TESTIGOS...”⁵⁶

El testamento público abierto en opinión de Asprón Pelayo y en la nuestra “...es el único que permite hacer un testamento con toda la asesoría que se requiera y, además, es perfecto desde el momento de su otorgamiento, en virtud de no requerir de ser declarado formal testamento, lo cual la ley lo consideró innecesario debido a que está redactado por un perito en derecho investido de fe pública: el notario, y de que la voluntad del testador es conocida, no es secreta.”⁵⁷

“...Este testamento es el más usual en el medio mexicano, y es el que brinda mayor seguridad a su autor, en el sentido de que su voluntad será respetada después de su muerte, y cumplida la disposición que haga de sus bienes y derechos o la declaración o cumplimiento de deberes...”⁵⁸

Este testamento es el que presenta más ventajas para el testador, porque es redactado por un notario, que al ser un perito en derecho, puede interpretar la voluntad del testador y darle la forma jurídica idónea que lleve a cabo, sin ningún contratiempo en cuanto a su forma, su última voluntad y además resolver todas las dudas que para el caso se presenten al testador.

Para el notario es probablemente uno de los actos más delicados de entre los que autoriza en su vida profesional, debe ser muy cuidadoso a fin de que el testamento que redacta cumpla con todas y cada una de las solemnidades que establece la legislación civil vigente y la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

“...La solemnidad es un elemento esencial del testamento y en el caso concreto del público abierto, expresarse ante Notario...”⁵⁹ y conforme a las

⁵⁶ DE IBARROLA, Antonio, Op. Cit. nota 23, p. 570

⁵⁷ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 52

⁵⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Op. Cit., 3, p. 179

⁵⁹ GÚITRON FUENTEVILLA, Julián, Op. Cit. 54, p. 310

disposiciones del capítulo de las formas de los testamentos en el Código Civil para el Distrito Federal.

“...Ciertamente en el testamento público se alcanzan plenamente los objetivos de las prescripciones relativas a solemnidades...”⁶⁰

II.1.1 CONCEPTO DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.

Es aquel testamento ordinario que se otorga ante Notario de conformidad con las disposiciones del capítulo de las formas de los testamentos en el Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 1511 del Código Civil para el Distrito Federal, lo define como el que se otorga ante notario, aunque no es absoluto lo anterior, el testamento público abierto puede ser otorgado en el extranjero ante cónsules mexicanos y seguirá siendo un testamento público abierto, de acuerdo con el artículo 44 de la ley del Servicio Exterior Mexicano, y el artículo 71 de su reglamento, por lo que las solemnidades que el notario debe procurar, se extienden a los cónsules mexicanos, aunque por regla general debemos mencionar que es otorgado ante un notario.

II.1.2 FORMALIDADES.

El artículo 1512 del Código Civil para el Distrito Federal recoge la forma en que éste debe otorgarse:

El testador expresará de modo claro y terminante su voluntad al Notario. El Notario redactará por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose

⁶⁰ DE IBARROLA, Antonio, Op. Cit., nota 23, p. 573

estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán la escritura el testador, el notario y, en su caso, los testigos y el intérprete, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

El procedimiento para su otorgamiento, reviste de una solemnidad muy específica, la cual a continuación se detalla:

1) El testador expresa su voluntad de un modo claro y terminante al notario (art.1512 del Código Civil para el Distrito Federal). Esta expresión debe ser verbal y no por escrito, no por señales ni por monosílabos como respuestas a preguntas que se le hagan y además, cumplida y clara (art. 1489 del Código Civil para el Distrito Federal), lo que quiere decir que sea cabal, entera e inteligible para el notario.

Compartimos la opinión de Asprón Pelayo "...este testamento no es nuncupativo ya que el testador puede expresar en cualquier caso su voluntad por escrito, piénsese en un mudo o en una persona temporalmente privada del habla; la ley lo único que establece es que la voluntad deberá expresarse de forma clara y terminante, mas no dice que debe expresarse oralmente..."⁶¹

2) El notario redacta por escrito las cláusulas del testamento en su protocolo que deben estar sujetas estrictamente a la voluntad expresada por el testador (art.1512 del Código Civil para el Distrito Federal).

Esta redacción puede estar escrita por el notario o por otra persona, ya sea a mano o por algún medio de impresión firme e indeleble y además legible (art. 85 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal). La redacción debe evitar dejar huecos en blanco y servirse de abreviaturas o cifras (art. 1507 del Código Civil para el Distrito Federal y art. 101 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal).

⁶¹ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 52

“...A propósito del requisito exigido para el testamento público abierto de que el notario lo redacte por escrito, surgió una controversia que fue resuelta por la Suprema Corte de Justicia, interpretando que redactar por escrito, no quiere decir que el notario escriba el testamento; puede simplemente dictarlo a un amanuense y cumple con esa formalidad exigida por la ley...”⁶²

Debe entenderse que el testador expresa su voluntad en sus términos propios, pero el notario es el que redacta, lo que quiere decir, que éste usará los términos jurídicos más apropiados y no necesariamente los que hayan utilizado el testador quien generalmente, no es perito en derecho, todo a fin de que puedan cumplirse sin mayor riesgo las disposiciones *post-mortem* del testador que comparece ante el notario.

3) El notario leerá en voz alta el texto redactado, de modo que sea audible por el testador. El notario le explicará el valor y las consecuencias legales del instrumento (art.102 f. XX de la Ley del Notariado para el Distrito Federal).

4) Si el testador manifiesta que está conforme con lo leído en cuanto a que el texto redactado concuerda con la voluntad expresada por el testador, se firmará el instrumento.

El notario, como lo expresamos anteriormente, debe ser muy cuidadoso de que el testador, en todo momento durante la celebración del acto, se encuentre en pleno, cabal, libre y expedito uso de sus facultades mentales, y que no preceda en forma alguna coaccionando, además de la obligación de asegurarse de su identidad, conforme lo establecido en la Ley del Notariado para el Distrito Federal en su numeral 104.

⁶² ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. Cit., nota 50, p. 369

Otra consideración de fondo, en cuanto a este tipo de testamento es que el notario debe manifestar que se cumplieron todas las formalidades que establece la legislación civil vigente, generalmente lo redacta en la parte final de la escritura llamada "certificaciones", aunque expresamente el Código Civil para el Distrito Federal se refiera a "formalidades", estamos convencidos de que se tratan de verdaderas "solemnidades".

En cuanto a la forma, el notario debe estar presente físicamente en todo el proceso de elaboración del testamento, desde la entrevista con el testador para saber su voluntad y hasta la firma del instrumento que contenga el testamento.

Debe el notario iniciar el testamento, como en toda escritura, con el número de libro e instrumento, la fecha en que se pasa a los folios de la notaria. Posteriormente se continua con lo que se denomina en el ámbito notarial con la comparecencia, distinta a los demás instrumentos, porque en ésta debe expresarse el lugar (fija la competencia) y la hora en que se inicia la lectura del testamento, posteriormente se recaban datos del testador que son sus generales, adicionando el nombre de sus padres, el nombre de su cónyuge en su caso, y el número y nombre de sus hijos.

Acto seguido se procederá a redactar las cláusulas del testamento, con instituciones de herederos, nombramiento de legatarios, albacea, tutor y curador en su caso, las formas de sustituciones si es deseo del testador, declaración o cumplimiento de deberes, perdón al indigno, y demás disposiciones propias al acto de las cuales, por mencionar algunas, como podría ser el reconocimiento de algún hijo, o especificaciones un poco mas complejas como la constitución de un fideicomiso que afectara bienes del testador a su muerte o la constitución de una fundación.

El testamento termina con la lectura del mismo y las firmas del testador, el notario y los testigos o interprete en su caso, y deberá asentarse el lugar de la

firma, la fecha y la hora. Lo anterior porque aunque por la naturaleza del testamento, debe este ser otorgado en un solo acto, nada impide que la entrevista con el testador se realice en un día y en otro se realice la lectura y firma del instrumento, lo que autoriza el artículo 1519 del Código Civil para el Distrito Federal.

Existen casos en que las solemnidades del testamento público abierto se vuelven mayores y más complejas, y esto se debe a las circunstancias del testador, y que trataremos a continuación.

En el caso de que el testador declarase al notario que no pude o no sabe firmar, será obligatoria la concurrencia al otorgamiento del testamento de dos testigos, de los cuales uno de ellos firmara a ruego del testador quien en virtud de su situación únicamente imprimirá su huella digital.

“...Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, deberá firmar a su ruego y súplica uno de los testigos instrumentales, y el testador imprimirá su huella digital...”⁶³

Cabe en este punto hacer una aclaración, el artículo 1513 del Código Civil para el Distrito Federal, al ordenar que en el caso anterior deban concurrir los testigos antes mencionados, en su carácter de "instrumentales", faculta además que lo sean de "conocimiento".

La diferencia entre unos y otros es que en el caso de los testigos instrumentales su coadyuvancia es necesaria, porque su presencia suple alguna carencia propia del testador y que por supuesto, ellos no la padecen y como consecuencia cumplen con la solemnidad establecida en la ley en lugar del testador.

⁶³ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p.53

En relación con los testigos de conocimiento o de identidad, estos sólo declaran que conocen, en este caso, al testador, que no observan ni tiene noticia de que este sujeto a alguna incapacidad natural o legal y que en realidad el nombre con él que se ostenta es el propio.

“...Testigo instrumental: forma parte de la estructura del instrumento...”
“...Testigo de identidad: coadyuva a brindar certeza en la identidad de las partes...”⁶⁴

Los testigos y el notario, ordena el artículo 1504 del Código Civil para el Distrito Federal, sin distinguir si se tratan de instrumentales o de conocimiento, deben cerciorarse de algún modo de la identidad del testador si lo conocen y de que se haya en su cabal juicio y libre de cualquier coacción.

El artículo 104 de la mencionada Ley del Notariado para el Distrito Federal en su fracción III nos muestra las características que deben tener los testigos de conocimiento, para el caso de otorgantes de cualquier acto, incluido el testamento.

Los testigos deben ser mayores de edad e idóneos, por idóneos debemos entender como ideales en dicha circunstancia y conocidos entender como ideales en dicha circunstancia y conocidos por el testador desde mucho tiempo atrás; deben además ser identificados plenamente por el notario ya sea porque los conozca personalmente o porque sean portadores de algún documento oficial con fotografía, en el que aparezcan además nombre y apellidos.

Por lo tanto, los testigos no pueden dejar constancia de su identidad con la presencia de otros testigos, pensamos esta última como otra característica de su idoneidad, sin embargo la parte final del artículo analizado nos revierte la característica de idoneidad como lo mencionaremos, deben, ordena el artículo 104

⁶⁴ RÍOS HELIG, Jorge. La práctica del Derecho Notarial. Quinta edición. Edit. Mc Graw Hill. México 2002, p. 170

de la Ley del Notariado para el Distrito Federal en su fracción III, conocer el nombre y apellidos del otorgante y declarar al notario que no observan en este alguna incapacidad natural y que no tienen conocimiento de que éste sujeto a alguna incapacidad civil, o sea deben certificar tanto la identidad como la capacidad del otorgante u otorgantes, en este caso nos remitimos al testador.

Para lo anterior, el notario les especificará cuáles son estas incapacidades, lo que nos parece utópico, pues es difícil hacerles saber y explicarles cuales son estas, en virtud del tecnicismo que revisten, y no será necesaria dicha explicación si los testigos son peritos en derecho.

Finalmente, dice el artículo que el notario les explicara su carácter de testigos instrumentales, entonces nos preguntamos ¿son instrumentales o de conocimiento?, tienen ambos caracteres, porque sin su presencia, y son de conocimiento porque además de declarar lo concerniente a la capacidad del testador declaran que lo conocen y sobre la autenticidad de su persona.

Entonces podemos concluir al respecto que no todos los testigos instrumentales son de conocimiento, pero si todos los testigos de conocimiento son a su vez instrumentales.

Finaliza este artículo con la posibilidad dada a los testigos de conocimiento no pudiere o no supiere firmar lo hará otra persona que éste elija, imprimiendo el testigo su huella digital especificándolo dos veces en el mismo artículo.

Al respecto nos parece que si el testigo no puede o no sabe firmar carece de la característica de idoneidad y el testador debe nombrar otro, debido a que en materia testamentaria.

Como lo hemos venido observando, las solemnidades son muy específicas y delicadas, con lo cual se complicaría el otorgamiento del acto en un escenario

grotesco podemos pensar, si el testador no puede identificarse más que por testigos y además no puede o no sabe firmar, la ley autoriza que uno de ellos firme a su ruego, sin embargo si uno de los testigos no posee alguno de los medios de identificación que prevé la Ley del Notariado para el Distrito Federal no puede considerarse idóneo.

Supongamos que, respetando la libertad del testador, nombra a otra persona ajena a los testigos de conocimiento para firmar a su ruego, tendríamos entonces cuatro firmas, lo cual es impropio a la estética del instrumento, debe el notario identificarlos conforme al artículo 104 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, transcribir sus generales en el testamento y redactar lo que sucedido en el acto del otorgamiento del testamento y con dicho supuesto se complica en demasía el testamento. Lo recomendable es que los testigos que acompañaran al testador sepan y puedan firmar y que si el testador no puede además firmar; y en caso de no poder hacerlo el testador, alguno de ellos firma a su ruego.

Otro de los casos manifestados por el Código Civil para el Distrito Federal (art.1516) y la Ley del Notariado para el Distrito Federal (art.106), haciendo la aclaración en este último artículo se refiere a cualquier acto o hecho jurídico pasado ante la fe del notario y que el Código Civil para el Distrito Federal se refiere al otorgamiento del testamento público abierto, y que por supuesto ambos ordenamientos no se contraponen, si el testador fuere sordo, para lo cual éste:

- i) podrá leer el testamento por sí mismo,
- ii) si no pudiere o no supiere leer designará a una persona que lo lea por este;

Hasta aquí llega el Código Civil para el Distrito Federal, pero la Ley del Notariado para el Distrito Federal sule como el testador sordo puede imponerse del contenido del testamento, si además no puede o no sabe leer, y el mencionado ordenamiento lo resuelve con la presencia de otra persona que le dé a conocer su

contenido o de un interprete, que no son lo mismo, porque al dar la posibilidad la ley de "otra persona" entendemos alguien de la confianza del testador que le pueda manifestar probablemente con un solo movimiento de cabeza en sentido afirmativo, que es la voluntad del otorgante la plasmada en el documento y un "interprete" pensamos en un profesional del lenguaje de los sordos, que le pudiere afirmar lo anterior.

Desde luego ambas circunstancias son riesgosas, pensamos que el interprete puede ser él menos, porque al no tener interés en el testamento, podría objetivamente realizar las observaciones al testador, pero "otra persona" abre la posibilidad de que sea cualquiera, inclusive alguna que pueda beneficiarse del momento incluyéndose en el testamento no siendo la voluntad del testador.

Por lo que en estos casos deberían ser únicamente interpretes los que concurrieran para coadyuvar al otorgamiento del testamento, como en el caso de los traductores de documentos escritos en idioma extranjero autorizados por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Finalmente el artículo 106 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal ordena que en el caso del interprete, este debe firmar el instrumento, no imponiéndole la misma obligación a la "otra persona" que le hizo saber el contenido al otorgante sordo, y en el instrumento el notario dará a conocer la manera en que el compareciente sordo se impuso del contenido del instrumento, de las consecuencias del acto y la manera en que este otorgo su consentimiento.

Cabe mencionar que el artículo 1516 del Código Civil para el Distrito Federal no aclara si es uno de los dos testigos que señala el artículo 1513 del Código Civil para el Distrito Federal, o es un tercero.

“...Cuando el testador sea sordo y sí sepa leer, dará por sí mismo al testamento, pero si no supiere o pudiere leer, designará a una persona para que lo lea y le entere del contenido...”⁶⁵

Para el caso de personas ciegas se refiere el artículo 1517 del Código Civil para el Distrito Federal y la Ley del Notariado para el Distrito Federal las incluye en las personas que no puedan o no sepan leer y lo resuelve conforme al artículo 106, la legislación civil sí otorga un artículo específico a estas personas siendo el mencionado artículo 1517 del Código Civil para el Distrito Federal, para lo cual los notarios deberán tomar en cuenta este y no el artículo 106, para el caso de otorgamientos de testamentos.

Dispone este artículo que se dará lectura dos veces del testamento, una por el notario y otra por los testigos o por persona que el testador designe. Aplicarían los mismos comentarios que para los testadores ciegos, respecto de las personas que dan a conocer el contenido del testamento al testador ciego o que no pueda o no sepa leer.

“...Cuando el testador no pueda ver o no sepa leer, se dará lectura al testamento dos veces una por el notario y otra por uno de los testigos o por cualquier otra persona designada por el testador...”⁶⁶

El caso de personas que desconozcan el idioma español o declaren que su conocimiento no es suficiente para discernir las consecuencias jurídicas que el testamento implica, pueden otorgar igualmente testamento, con las solemnidades que establece el artículo 1518 del Código Civil para el Distrito Federal y el artículo 107 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

⁶⁵ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 53

⁶⁶ Idem,

Para lo cual la Ley del Notariado para el Distrito Federal se limita a decir que los comparecientes se asistirán de un interprete nombrado por ellos y que deberán los interpretes rendir protesta ante el notario de conducir legalmente su cargo, esto último más que un sustento jurídico tiene un carácter moral, porque el notario no es autoridad y por tanto no puede recibir protestas.

El Código Civil para el Distrito Federal es más explícito, haciendo nuevamente la aclaración de la Ley del Notariado para el Distrito Federal se refiere a las reglas generales de todas las escrituras y actas que redacta y el Código Civil para el Distrito Federal otorga las solicitudes que para cada uno de los testamentos rigen, en el caso que comentamos del público abierto, y que su omisión trae como consecuencia la inexistencia del testamento por tratarse de un acto solemne.

Decíamos que el Código Civil ordena para estos casos:

i) Que el testador redactará su testamento por sí mismo, el cual será traducido por un interprete quien será nombrado por el testador y firmará la escritura, la traducción se transcribirá en el protocolo de la notaria como el testamento, el original se enviará al apéndice de la escritura respectiva firmada por el testador, el notario y él interprete;

ii) En el caso de que el testador no sepa o no pueda escribir, lo hará por éste el interprete de lo que le dicte el testador, hecho esto el testador lo leerá y lo aprobará, el cual acto seguido será traducido al español por el interprete, y se continuara con las mismas solemnidades antes expresadas;

iii) Para el caso de que el testador no sepa o no pueda leer, dictará en su idioma el testamento al interprete quien traducido, se procederá como se ha descrito, por supuesto riesgoso, éste último caso, como en el supuesto del testador sordo. Este es el único caso que el testamento sea oral y en la doctrina se llama "Nuncupativo".

Se le denomina "Nuncupativo" al testamento en el cual la expresión de la voluntad del testador debe ser en forma oral.

Es extraño que el Código Civil para el Distrito Federal, al referirse a los testadores ciegos hable de testigos y en el caso de los sordos no, en nuestra opinión debe el notario en estos casos solicitar la presencia de testigos que, junto con el notario, supervisen que todas las solemnidades del otorgamiento de estos testamentos se ajusten a lo que el propio Código Civil para el Distrito Federal dispone.

Sería interesante observar lo que el notario hace constar en los casos de testadores que no conocen el idioma español. En el caso de documentos en idioma extranjero, para que surtan efectos jurídicos deben, además de ser apostillados o legalizados según el país de procedencia, ser traducidos, y posteriormente protocolizados ante notario.

Es de entenderse que este tipo de testamentos no necesitan ni apostilla ni legalización, pero ¿se tendría que hacer constar la protocolización de la traducción del testamento o únicamente el testamento traducido?

En opinión nuestra el notario tendría que hacer constar "la protocolización de la traducción del testamento público abierto otorgado por...." remitiendo desde luego al apéndice tanto el testamento redactado por el testador o por él interprete en su caso y la respectiva traducción.

Sin embargo, el Código Civil para el Distrito Federal pareciera que lo que ordena es que se haga constar en el protocolo del notario el testamento propiamente dicho, y hacer mención que su original escrito por el testador o interprete y la traducción se agrega al apéndice, lo cual rompería con las normas notariales para documentos escritos en idioma extranjero.

En el caso de requerirlo, el intérprete puede concurrir al acto como testigo de identidad o conocimiento, hace omisión el Código Civil para el Distrito Federal si puede hacerlo como testigo instrumental.

En el caso que el testador cuya identidad no puede ser verificada, es decir no cuenta con un documento oficial con fotografía con que identificarse, conforme al artículo 104 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, requiere de dos testigos instrumentales y de conocimiento.

Anteriormente, además de la intervención del notario, se requería que el testador estuviera acompañado de tres testigos que la ley los llamaba instrumentales, por considerarlos necesarios para llevar a cabo el acto y que sin ellos no había instrumento que contuviera el testamento.

En la actualidad y a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de enero de 1994, se suprimió la obligatoriedad de los testigos instrumentales y se consideraban obligatorios solamente en ciertos casos, aunque nada impide que en circunstancias normales se encuentren presentes para el caso de que el testador desee, o el mismo notario, que acudan testigos a la lectura y firma del testamento, y si fuera este el caso, deberán firmar junto con el testador y el notario el instrumento.

En el testamento de un demente en intervalo de lucidez, debe solicitarse por escrito la valoración del incapaz a un juez de lo familiar, el tutor o familiar lo solicita al juez y nombra dos médicos especialistas para que examine al posible testador, el juez debe de asistir al examen médico junto con los dos médicos, el juez elabora una acta con el resultado del estado mental y de la capacidad para testar, hace constar si el demente se encuentra en intervalo de lucidez en ese momento.

Si es favorable se acude con el notario para realizar un testamento público abierto, el notario además de las solemnidades ya mencionadas deberá certificar que el testador en todo momento se encontró en estado de lucidez y con capacidad para testar.

Cabe señalar que el testamento deberá contener dicha certificación, pues la falta u omisión de esta el testamento es nulo. Deberán firmar el testamento el Notario, el juez de lo Familiar, los dos médicos, el testador y, en su caso, por los dos testigos, si se requiriesen.

“...Con base en el artículo 1311, es posible concluir que la capacidad del testador ya no podrá ser objeto de dudas, debido a que se establece una presunción *jure et de jure*, y no simplemente *juris tantum*, de que el testador se halló en un intervalo de lucidez...”⁶⁷

II.2 TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO.

El testamento ordinario público cerrado se produce, cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto, el pliego puede ser escrito por el testador o por otra persona a ruego. En esta clase de testamento ni el Notario ni los testigos conocen la voluntad del testador. La función del notario sólo se limita al procedimiento de la presentación del testamento, más no a la elaboración del contenido.

“...El testamento cerrado requiere tal serie de complicadas formalidades. Por esas formalidades son frecuentes los casos de nulidad...”⁶⁸

⁶⁷ Ibidem, p.62

⁶⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. Cit., nota 50, p. 375

II.2.1 CONCEPTO DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO.

Es aquel testamento ordinario que es público porque consta en un instrumento público ante un notario, el notario sólo se limita al procedimiento de la presentación del testamento, más no a la elaboración del contenido del testamento, y es cerrado porque su contenido se desconoce y se encuentra en un sobre, el cual no se puede abrir hasta que llegue a manos de un juez, con las solicitudes establecidas por el Código Civil para el Distrito Federal y sea declarado formal testamento. La voluntad del testador permanece secreta y en su apertura debe omitirse la parte que deba permanecer en secreto (art. 878 del Código de Procedimientos Civiles).

“...Este testamento es público porque se otorga ante notario, en instrumento público, la escritura, y es cerrado porque el contenido del mismo se desconoce; el notario interviene en el otorgamiento del testamento, pero no en la redacción del mismo...”⁶⁹, así como en la seguridad jurídica y cumplimiento de las solemnidades que la ley exige.

II.2.2 REQUISITOS.

Este testamento no podrán otorgarlo las personas que no puedan o no sepan leer (art.1530 del Código Civil para el Distrito Federal), por lo que siguiendo con la lógica y en opinión de Gutiérrez y González, "...este tipo de testamento se prohíbe para las personas que no saben o no pueden leer, y de ahí que al extranjero se le pueda situar por analogía en esta misma hipótesis...”⁷⁰

⁶⁹ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 54

⁷⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Op. Cit., nota 3, p. 180

“...No se puede otorgar este testamento en idioma extranjero, como sí puede hacerse en el caso del testamento público abierto, si bien con su traducción...”⁷¹

El testador escribe el testamento de su puño y letra en papel común o si no lo puede hacer, lo hará otra persona a su ruego, pudiendo incluso utilizar medios mecánicos.

Compartimos la opinión de Asprón Pelayo “...creemos que en este testamento sí se puede emplear medios mecánicos para su facción, a diferencia del ológrafo, en el cual la ley exige que sea escrito de puño y letra del testador...”

El testador rubricara todas las hojas de que conste el testamento y asentara su firma al final, si no pudiese hacerlo lo hará otra persona a su ruego, tanto de las rubricas como de la firma. Imprimiendo el testador su huella digital.

Una vez hecho esto, el testador acudirá con el notario, si rubricó y firmó otra persona distinta al testador concurrirá junto con éste, (art.1523 del Código Civil para el Distrito Federal) no especifica el Código si tiene igual obligación la persona que escribió el testamento por el testador, probablemente el legislador da por hecho que la persona que rubricó y firmó el testamento por el testador es la misma que el que lo escribe por imposibilidad del testador, aunque no obliga la ley a lo anterior pudiendo ser personas distintas, lo que nos obliga a remitirnos líneas atrás, respecto de las personas "idóneas" que ayuden al testador a cumplir con las solemnidades que la ley exige para cada uno de los tipos de testamentos regulados.

Llevara el testador su testamento en pliego cerrado que lo presentara al notario, en su caso, declarara el testador al notario que la persona que lo

⁷¹ Idem.

acompaña rubricó y firmó su testamento por su imposibilidad, quien firmara la cubierta del testamento y deberá presentarse con tres testigos ante notario.

El papel en que está escrito el testamento o su cubierta deberán estar cerrados y sellados, lo que suponemos en un sobre, aunque por desgracia la ley no lo señala de esta forma, o lo hará cerrar y sellar dice el artículo 1524 del Código Civil para el Distrito Federal al momento de su otorgamiento.

No comprendemos que comprende la ley por "su otorgamiento" si la suscripción del testamento o su presentación ante el notario, pero lo que quiere decir el Código es que el contenido del testamento este cubierto, que no pueda observarse, que no se pueda apreciar, que no se sepa la voluntad del testador en todo momento hasta la apertura del testamento por un juez.

Deberán acudir a la presentación del testamento ante el notario el testador, la persona que rubricó y firmó el testamento distinta al testador en el caso señalado y tres testigos, y al hacer la presentación, el testador declarara ante el notario y los testigos que en ese sobre se encuentra su última voluntad, declaración que el notario asentara en el instrumento que al efecto redacte junto con las demás solemnidades señaladas, estas constaran igualmente en la cubierta del testamento (sobre) y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario quien además autorizara la cubierta del sobre con su sello de autorizar.

Dicho instrumento deberá contener el lugar, hora, mes y año en que se autorizó y devolvió el Testamento Público Cerrado.

En el caso de que algunos de los testigos no supieren firmar se llama a otra persona de modo que en la cubierta haya siempre tres firmas de testigos; para este caso nos remitimos a lo señalado en el testamento público abierto en relación con testigos idóneos, ¿qué tan idóneo puede ser un testigo que no sepa firmar?. Lo que la ley no especifica, es si se llama a otro testigo y se desecha al que no

puede firmar o si solo comparece la persona llamada en cuarto lugar a firmar por el testigo que no puede hacerlo, sin ser testigo como ocurre en otros actos, porque siendo así deberá el testigo que no puede firmar imprimir su huella digital para que conserve su calidad de testigo, sin embargo el Código carece de la anterior información.

El artículo 1528 del Código Civil para el Distrito Federal especifica que si el testador no puede firmar, se deberá llamar a otra persona que lo haga por el testador, no pudiendo ser uno de los testigos, acorde con el artículo 1527 del Código Civil para el Distrito Federal por lo que necesariamente deben existir tres firmas de testigos. Sin embargo autoriza el artículo 1529 del Código Civil para el Distrito Federal, que en caso de suma urgencia podía firmar otro de los testigos por el que no sepa hacerlo o por el testador. El notario deberá hacer constar que era un caso de suma urgencia, de no hacerlo el notario será suspendido en el ejercicio de sus funciones por un periodo de 3 años.

La persona sordomuda puede otorgar este testamento, con tal de que él pueda escribirlo, fechado y firmado también por el testador. Para la presentación del mismo ante el notario deberán concurrir dos testigos más que en el anterior supuesto, es decir cinco testigos en total. No pudiendo declarar ante el notario que en ese sobre se encuentra su última voluntad, lo escribirá en la cubierta que contenga el testamento en presencia de los testigos y el propio notario y firmara la leyenda, el notario hará constar esta circunstancia en el acta que al efecto levante y con las solemnidades antes descritas.

“...En caso de que sea sordomudo el que desee otorgar este testamento, la ley le impone dos reglas especiales, que concurren con cinco testigos, en lugar de los tres, que es la regla general, y además de que el testamento deberá estar escrito totalmente, fechado y firmado, de puño y letra del testador...”⁷²

⁷² ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 55

“...Cuando el testamento público cerrado es otorgado por un sordomudo, deberá ser escrito por éste; de otra manera no será válido. En tal virtud los sordomudos que no sepan escribir no podrán hacer testamento....”⁷³

Para que la persona que sea sólo sordo o sólo mudo pueda otorgar el testamento, deberá señalar expresamente, dado el caso, que otra persona lo escribió por él, y que escriba de su puño la leyenda citada, y además revestirá las formalidades expresadas.

“...Si el testador es sólo sordo o sólo mudo, la ley le impone la obligación de que él, de su puño y letra, escriba el testamento o escriba una nota en la que aclare que fue escrito por otro, y debe firmarla de su puño y letra...”⁷⁴

II.2.3 DEPÓSITO DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO.

Cumplidas las formalidades, el notario hará entrega del testamento al testador y expresará en el acta que redacte el lugar, hora, día, mes y año de la entrega. El testador podrá conservar en su poder el testamento, entregarlo a una persona de su confianza o depositarlo en el Archivo Judicial del Tribunal Superior de Justicia del D.F., esto último mediante comparecencia que su propio testador realice ante el encargado de dicho Archivo. La entrega podrá ser por apoderado cuyo nombramiento deberá constar necesariamente en escritura pública y esta formará parte del testamento, el encargado del Archivo anotará la razón correspondiente en el libro que al efecto se lleve en el mencionado lugar y entregará una copia certificada al testador de la mencionada razón.

Podrá el testador retirar del mencionado lugar su testamento personalmente o por apoderado el cual de igual manera deberá ostentarse como tal por poder

⁷³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. Cit., nota 50, p. 373

⁷⁴ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 56

conferido en escritura pública y con las mismas solemnidades que para su entrega o depósito. Entendemos que no por este hecho se presenta la revocación real del testamento, porque la ley no obliga que para que exista, deba estar depositado en el Archivo Judicial, como en el caso del ológrafo, el cual su subsistencia depende de estar depositado en el Archivo General de Notarias al momento de la muerte del testado, y de esta manera pueda surtir efectos.

II.2.4 PROCEDIMIENTO PARA DECLARARLO FORMALMENTE VÁLIDO.

Recibido el sobre que contiene el testamento público cerrado el juez señalará día y hora para su apertura.

Como se indicó, para que el juez pueda abrir el sobre o la cubierta del testamento, hará comparecer en su presencia tanto al notario como a los testigos que intervinieron en el acto, para reconocer sus firmas y la del testador y declaren ante el juez si en su opinión el sobre se encuentra cerrado de la manera en la que estaba al momento de la comparecencia ante el notario, si no pudiesen comparecer por cualquier circunstancia, lo harán la mayor parte de los testigos y el notario, y si no fuere posible lo anterior, incluso de ninguno de los testigos ni el notario, lo hará constar así el juez por información, así como la legitimidad de las firmas y la seguridad de que estos se encontraban en el lugar y en la fecha en que se hizo la presentación ante el notario.

“...la audiencia se llevará a cabo con los testigos presentes y con el notario y a falta del notario, el juez deberá recibir información testimonial para que las personas que conozcan las firmas de aquellos que intervinieron como testigos y del notario, declaren si en su concepto esas firmas son auténticas y si las personas mencionadas se encontraban en el lugar y en la fecha a que se refiere la constancia que aparece en la cubierta del testamento cerrado...”⁷⁵

⁷⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. Cit., nota 50, p. 374

Lo abre el juez, lo lee para sí y después en voz alta, omitiendo lo que debe permanecer en secreto, lo firman al margen del testamento las personas que hayan intervenido en la diligencia, sello de juzgado y se levanta una acta (arts. 877 y 878 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). Con lo anterior el juez ordenara la publicación y protocolización del testamento.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no especifica cómo y dónde debe hacerse la publicación. Se protocoliza un documento, según la Ley del Notariado para el Distrito Federal, transcribiéndolo o agregándolo al apéndice de un acta redactada por el notario, lo que a nuestro entender debe transcribirse el testamento en este caso para efectos prácticos y de seguridad jurídica.

El artículo 1508 del Código Civil para el Distrito Federal señala: “El notario que hubiere autorizado el testamento, debe dar aviso a los interesados luego que sepa la muerte del testador. Si no lo hace, es responsable de los daños y perjuicios que la dilación ocasione.”

Este testamento surtirá efectos si no ha sido violada la cubierta del testamento, y no han sido borradas o enmendadas las firmas que contiene la misma; Quien tuviere en su poder un testamento de esta naturaleza y no lo presentase al juez o lo sustraiga dolosamente de las pertenencias del de *cujus*, perderá su derecho a heredar por intestado del otorgante si fuere el caso, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurriere.

Si el notario omitiere alguna solemnidad que la ley le impone en su actuación para el caso de testamentos públicos cerrados, podrá tener este una sanción que va de los seis meses a tres años de suspensión de oficio o su pérdida permanente.

II.3.- TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO.

Este testamento ordinario fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1994, entrando en vigor mediante el sistema sincrónico al día siguiente de su publicación. La exposición de motivos establece que este testamento se creó para que los programas de regularización de la tierra no dieran lugar a una nueva situación de irregularidad, por lo que "...se buscó el establecimiento de una figura jurídica que facilite el otorgamiento de últimas voluntades de los autores de la sucesión con relación a las viviendas que adquieran, así como el establecimiento de un procedimiento sucesorio expedito para la titulación de dichos inmuebles a favor de los legatarios que instruya el propietario..."⁷⁶

Creando un capítulo dentro del Libro Tercero del Código Civil en ese entonces para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, siendo este el "Capítulo III-bis", actualmente es regulado por ambos códigos de 2000, el Federal y el del Distrito Federal, en los cuales en ambos ordenamientos este testamento se contiene en un sólo artículo, el artículo 1549-bis que define al testamento público simplificado y trata de describir su operatividad.

"...Como se trata de un testamento ordinario con regulación excepcional, en lo que la disposición que lo regula no disponga como regla excepcional, se siguen todas las normas propias del testamento como las relativas a la capacidad de testar, las normas sobre legados, los principios sobre sustituciones, la nulidad del testamento o su revocación..."⁷⁷

⁷⁶ ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota 1, p. 130

⁷⁷ Ibidem, pp. 130- 131

El artículo 1549-bis nos muestra que este testamento solo puede ser otorgado respecto de un inmueble destinado a vivienda o que vaya a destinarse a tal fin, lo que queda acreditado en el último supuesto, con la sola declaración del testador si se trata de vivienda nueva o es de reciente adquisición y no lo ha habitado. Este testamento podrá otorgarse en la misma escritura en que el testador adquiriera el inmueble o en la que se consigne la regularización de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda, o en una distinta posterior, en el caso de regularizaciones serán las que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, y que el precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda del equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año al momento de la adquisición.

En los casos de la regularización de inmuebles que lleven a cabo las dependencias y entidades a que se refiere el párrafo anterior no importara el monto, la que se realizara conforme a lo siguiente:

a) El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, salvo designación de sustitutos. Para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición en favor de los legatarios, éstos fueren incapaces y no estuvieren sujetos a patria potestad o tutela, el testador también podrá designarles un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces;

“ ...Éste es el único caso de sustitución recíproca regulado por la ley en materia de sucesiones. Desde luego no se trata de derecho de acrecer, ya que el legado nunca fue del sustituto, ni al sustituto le correspondió una porción menor, siempre fue legatario de lo que le corresponde desde el momento de la muerte del autor de la herencia...”⁷⁸

⁷⁸ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 57

b) Si hubiera pluralidad de adquirentes del inmueble, cada copropietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. En los supuestos a que se refiere este artículo no se aplicará lo dispuesto por el artículo 1296 del Código Civil para el Distrito Federal;

“...Si son varios los copropietarios del inmueble, todos podrán otorgar este testamento en el mismo instrumento. Incluso si alguno de ellos esta casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge también podrá otorgarlo en el mismo instrumento...”

“...puede otorgarse simultáneamente por varios testadores en el mismo acto, siempre que cada uno de ellos tenga el carácter de copropietario del bien inmueble objeto del legado. En el mismo instrumento, si el adquirente está casado bajo el régimen de sociedad conyugal, puede comparecer el cónyuge con el carácter de testador...”⁷⁹

c) Los legatarios recibirán el legado con la carga (aunque el código mencione obligación, pero en realidad se trate de una carga impuesta al legatario) de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión;

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

⁷⁹ ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota 1, p. 130

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

II.3.1.- CONCEPTO DEL TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO.

Es aquel testamento ordinario que se otorga ante Notario Público con objeto limitado a un legado respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda o que es materia de regularización cuyo valor de avalúo no exceda el equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, salvo los casos de regularización de inmuebles que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal que no importará su monto y de efectos restringido.

II.3.2.- FORMALIDADES

Respecto a las formalidades que se deben seguir para el otorgamiento de este tipo de testamento, el Código Civil para el Distrito Federal es omiso por lo que se considera, que al ser un Testamento Público el Notario deberá seguir las formalidades previstas para el otorgamiento de estos actos, siendo estas las siguientes:

- 1) El testador expresará de modo claro y terminante su voluntad al Notario.
- 2) 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 es firmará éste la escritura.

- 3) Sólo serán necesarios los testigos, en los mismos casos en que se prevén para el Testamento Público Abierto, es decir, si el testador no sabe o no puede firmar, sea ciego o sordo o a discreción del testador o Notario sean necesarios (art. 1514, 1517 y demás del Código Civil para el Distrito Federal).
- 4) Las formalidades se practicarán acto continuo y el Notario dará fe de haberse llenado todas. (art 1519 del Código Civil para el Distrito Federal).

“...La forma de otorgarse, ésta puede ser: en la misma escritura que consigna la adquisición del bien objeto del legado (compraventa, donación, permuta, adjudicación, regularización del bien) o en un instrumento notarial que contenga la institución de legatario (s) de un inmueble con las características ya señaladas...”⁸⁰

II.3.3.- TITULACIÓN NOTARIAL.

Este tipo de testamento dio como consecuencia el implementar un procedimiento para la titulación del inmueble que adquieren los legatarios instituidos en el Testamento Público Simplificado, por lo que se adicionó al Código de Procedimiento Civiles del Distrito Federal el artículo 876 bis que dice:

“Para la titulación notarial de la adquisición por los legatarios instituidos en Testamento Público Simplificado, se observará lo siguiente:

- I. Los legatarios o sus representantes, exhibirán al notario la copia certificada del acta de defunción del testador y testimonio del testamento público simplificado;*

⁸⁰ Ibidem, p. 133

“...el procedimiento exclusivamente se puede realizar ante notario, y es una excepción a que todo procedimiento puede ser judicial...”⁸¹

- II. *El notario dará a conocer, por medio de una publicación en un periódico de los de mayor circulación en la República, que ante él se está tramitando la titulación notarial de la adquisición derivada del testamento público simplificado, los nombres del testador y de los legatarios y, en su caso, de parentesco;*

“...Aquí es evidente que si cambiase de notario en este momento, el nuevo debería realizar la publicación otra vez...”⁸²

- III. *El Notario recabará del Archivo General de Notarias, del Archivo Judicial del Distrito Federal y de los correspondientes archivos u oficinas similares del último domicilio del autor de la sucesión, las constancias relativas a la existencia o inexistencia del testamento. En el caso de que el testamento público simplificado presentado sea el último otorgado, el notario podrá continuar con los trámites relativos, siempre que no existiere oposición;*

Lo anterior es “...una excepción a la regla de competencia de los notarios, quienes al actuar como auxiliares de la administración de justicia deberían hacerlo sólo en los casos en que el *de cujus* hubiese tenido su último domicilio en el Distrito Federal...”

- IV. *De ser precedente, el notario redactará el instrumento en el que se relacionarán los documentos exhibidos, las constancias a que se refiere la fracción anterior, los demás documentos del caso, y la conformidad expresa de los legatarios en aceptar el legado, documento que se*

⁸¹ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, Op. Cit., nota 2, p. 217

⁸² Idem.

inscribirá en el Registro Público de la Propiedad. En su caso, se podrá hacer constar la repudiación expresa; y

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

En esta fracción la ley no es precisa y deja en duda, si esto es posible en los siguientes casos: Si el valor del inmueble ya sea superior del requisito legal, Si ya se le cambió el destino al inmueble, Si los legatarios no otorgan el testamento público simplificado en el mismo instrumento de la titulación notarial, lo podrán otorgarlo con posterioridad.

El artículo 178 de la Ley de Notariado para el Distrito Federal regula el procedimiento

ARTÍCULO 178.- En caso de testamento público simplificado, los legatarios instituidos exhibirán al Notario el respectivo testimonio, junto al acta de defunción del testador, los títulos de propiedad y demás documentos del caso. El Notario, antes de redactar el instrumento, procederá a publicar que lleva a cabo el trámite sucesorio, mediante una sola publicación en un diario de los de mayor circulación nacional, en la que incluirá el nombre del testador y de los legatarios; recabará las constancias relativas del Archivo, del Archivo Judicial y, en su caso, las propias correspondientes de los archivos del último domicilio del testador, procediendo a solicitar las constancias relativas al último testamento y de los demás registrados o depositados en los archivos de que se trate.

II.4.- TESTAMENTO OLÓGRAFO.

El testamento ordinario ológrafo es el escrito de puño y letra del testador, caracteriza también al testamento ológrafo la ausencia de personas extrañas como lo son el Notario y testigos. Sin embargo, a efecto de que conste de manera auténtica, esta acompañado de formalidades. El testamento debe estar escrito por el testador, de su puño y letra, es decir, debe estar manuscrito y deberá estar firmado por él, con expresión del día, mes y año que se otorgue (art. 1551 del

Código Civil para el Distrito Federal). Comparte con el testamento público cerrado el ser secreto, pero tiene una doble ventaja sobre este último: se hace por duplicado y para que surta sus efectos como testamento, debe depositarse en la Oficina del Archivo General de Notarías, dependiente del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal.

“...La forma ológrafa no deja de ofrecer inconvenientes: con ella es más fácil la sugestión, la captación de voluntad y la destrucción del mismo testamento; propicia falsificaciones que los peritos están muy lejos de descubrir de modo terminante...”⁸³

II.4.1.- CONCEPTO DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

Es aquel testamento ordinario que es escrito de puño y letra del testador y depositado en la Oficina del Archivo General de Notarías, dependiente del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal, en la forma dispuesta por los artículos 1553 y 1554 del Código Civil para el Distrito Federal.

“...La solemnidad estriba precisamente en que se escribe de puño y letra del testador, que sólo el testador lo haya escrito y firmado, que tenga el día, el mes y el año en que se otorgó y que se haga por duplicado; además de que se agregue la huella digital y que se deje el original en el Archivo General de Notarías y el duplicado lo deberá conservar el testador...”⁸⁴

⁸³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. Cit., nota 50, p. 378

⁸⁴ GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, Op. Cit., nota 54, p. 312

II.4.2.- REQUISITOS.

Este testamento es escrito por duplicado de puño y letra del testador. A diferencia con el público cerrado, en este testamento no hay ninguna intervención de un notario, no puede ser escrito por otra persona distinta del testador, por lo que si no sabe o no puede escribir, el aspirante a testar de esta forma surge de una incapacidad especial para hacerlo; una diferencia entre estos dos tipos de testamentos (los comparamos porque aunque existen claras diferencias también encontramos analogías) es que, obligatoriamente en el ológrafo, el testador debe redactar dos testamentos idénticos, y uno de ellos será depositado en la Oficina del Archivo General de Notarías, dependiente del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal. En este testamento al igual que en el público cerrado, la voluntad del testador permanece oculta en un sobre.

Solo los mayores de edad podrán otorgar este testamento y los extranjeros podrán otorgarlo en su propio idioma. El testador deberá, en el cuerpo del testamento expresar el día, mes y año de su otorgamiento y firmarlo al calce.

El artículo 1552 del Código Civil para el Distrito Federal autoriza al testador a tachar (testar) y entrerrenglonar disposiciones hechas en su testamento, lo que deberá salvar al final del mismo después de firmarlo, si no lo salva el testamento no es válido y únicamente quedaran si efecto las disposiciones testadas y no se tomaran en cuenta las entrelineadas.

Como lo mencionamos anteriormente el testador redactara por duplicado su testamento imprimiendo en ambos su huella digital, el original ordena el artículo 1553 del Código Civil para el Distrito Federal será depositado en el Archivo General de Notarías del Distrito Federal, y el duplicado será entregado al testador, ambos sobres deberán estar cerrados y lacrados, el testador podrá poseer en su duplicado las marcas o señales que estime convenientes para evitar ser violados.

Es una solemnidad el depósito en el mencionado Archivo por parte del testador, porque si no lo hace así, el testamento no surtirá ningún efecto. Sobre el testamento depositado se regirá la sucesión respectiva y solo se tramitará en base al duplicado.

“... Requiere declaración de ser formal conforma a los artículos 881 a 883 del Código de Procedimientos Civiles...”⁸⁵

II.4.3.- DEPÓSITO DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

El depósito del Testamento Ológrafo original cerrado y lacrado, en el Archivo General de Notarías del Distrito Federal se realizará personalmente por el testador ante el Jefe del Archivo General de Notarías, no autoriza la ley hacerlo por apoderado, este deberá estar acompañado de dos testigos, si no es conocido personalmente por el jefe de las oficina en cuestión. Es obligación del testador escribir en el sobre que entregara la leyenda "Dentro de este sobre se contiene mi testamento" y se expresara el lugar y la fecha en que se hace el depósito. Este sobre será firmado por el testador, el jefe del Archivo General de Notarías y por los testigos en su caso.

A su vez en el sobre del duplicado, el jefe del Archivo General de Notarías escribirá lo siguiente: "Recibí el pliego cerrado que el señor (nombre del testador), afirma contiene original de su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado", a continuación se expresara el lugar y fecha en que se extiende la nota anterior, la cual será firmada por el encargado de la oficina citada, el testador y los testigos que intervinieren.

Es obligación del jefe del Archivo General de Notarías acudir donde se encuentre el testador, en caso de estar imposibilitado para trasladarse a la oficina

⁸⁵ ARCE Y CERVANTES, José, Op. Cit., nota 1, p. 135

mencionada para realizar el depósito, éste funcionario al momento de la entrega tomara nota en el libro respectivo del depósito y lo resguardara bajo su responsabilidad, entregándolo solamente al testador o al juez que lo solicite para cumplir tramites sucesorios.

El retiro del testamento si podrá ser por apoderado cuyas facultades consten en escritura pública, poder que no lo expresa la ley pero que en nuestra opinión debe ser especial para el caso, se levantará un acta que firmarán el testador si lo recoge personalmente o el apoderado y el jefe del Archivo General de Notarías, pudiendo realizar lo anterior en cualquier momento a juicio del testador.

“...Una vez retirado del archivo, este testamento no produce efectos, ni siquiera el de revocación tácita de algún testamento anterior (1,494) y esto por dos razones: porque falta el requisito de estar depositado y porque el testador sabe —o debiera saber- que cuando lo extrae de esa oficina es como si no lo hubiera otorgado y que, por tanto, no producirá ningún efecto...”⁸⁶

II.4.4.- PROCEDIMIENTO PARA DECLARARLO FORMALMENTE VÁLIDO.

La persona que tenga interés jurídico, ya sea teniendo el duplicado o por saber de la existencia del testamento ológrafo, lo comunicará al C. Juez de lo Familiar, para que éste solicite el testamento ológrafo original al Archivo General de Notarias.

El juez revisará que el sobre que lo contiene no haya sido violado, rayado o enmendado, en el supuesto de quedar sin efecto el testamento, el Juez puede revisar el duplicado y tomar el duplicado como válido, se cerciorará de la autenticidad de las firmas de las personas que signaron el sobre, tanto de los

⁸⁶ Ibidem, pp. 135- 136.

testigos que residan en el lugar del juicio, como cerciorarse de la firma del testador, todo lo anterior en presencia del Ministerio Público.

Hecho lo anterior, el juez dictará una resolución en la que declare formal testamento y como consecuencia su autorización judicial para tramitar la sucesión del otorgante en base al testamento ológrafo.

Si el testamento entregado en la Oficina del Archivo General de Notarías, es robado o destruido, se tendrá como formal el duplicado del testamento y surtirá los mismos efectos que aquel.

Si no es así se tramitará la sucesión en base al testamento depositado, sin embargo en ningún artículo se hace mención de la comparación entre los testamentos ológrafos, tanto del original como del duplicado, caso que por las disposiciones que regula este testamento, en el supuesto de ser contrarias, no deberían surtir ninguno de ellos efecto alguno, en virtud de no poder precisar cuál fue el último otorgado y revocar el anterior.

En semejanza con el testamento público cerrado, no será válido el ológrafo cuando se detecte que el sobre que contiene el testamento depositado o el duplicado, han sido abiertos o rotos, o las firmas que llevan han sido borradas, raspadas o enmendadas, aún cuando el testamento en su forma y fondo no sea vicioso.

El encargado del Archivo General de Notarías no proporcionará informes de los testamentos depositados sino a jueces y notarios ante los cuales se esté tramitado una sucesión.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS TESTAMENTOS ORDINARIOS

III.1.- ANÁLISIS CRÍTICO DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.

El impacto jurídico de este testamento es que su objeto comprende la totalidad del patrimonio del testador que no se extingue por la muerte (art. 1281 del Código Civil para el Distrito Federal) y no únicamente un bien como en el Testamento Público Simplificado (art. 1549 bis primer párrafo del Código Civil para el Distrito Federal), además pueden establecerse una serie de figuras jurídicas que comprenden desde la generalidad del albacea hasta la especialidad del reconocimiento de un hijo, o desde el reconocimiento de una deuda (art. 1454 del Código Civil para el Distrito Federal), hasta un legado remuneratorio (art.1414 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal).

Es así que el testamento público abierto constituye una herramienta eficaz que posee la característica de ajustarse a las necesidades del testador, por lo que cada testamento público abierto es específico y diferente de los demás.

Lo puede otorgar cualquier persona capaz y es válido en sí mismo, es decir no requiere de una declaración formal, como en el Testamento Público Cerrado y el Testamento Ológrafo.

En su colaboración interviene un perito en Derecho que es el Notario Público, quien brinda asesoría y seguridad jurídica al testador (art. 42 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal). Por lo tanto, tiene todas las garantías que al caso presta la competencia, probabilidad y la responsabilidad del Notario (art. 14 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal).

La función que el Notario cumple en el otorgamiento de un testamento no se concreta a dar fe del acto, sino que constituye también una garantía de la corrección del mismo cumpliendo con las solemnidades que la ley exige.

Tiene toda la fuerza probatoria de los documentos auténticos.

La supresión de los testigos que solamente en casos excepcionales se requieren facilita su otorgamiento (art. 1513 del Código Civil para el Distrito Federal).

Su bajo costo lo hace accesible a todas las personas, sin importar su nivel socio económico, y con programas como el de “Septiembre, mes del testamento” que procuran acercar más a la población al sistema testamentario y desarrollan una conciencia y cultura del mismo, le da a este testamento la supremacía antes mencionada sobre otros.

El otorgamiento de este tipo de testamento es sumamente fácil y accesible para todas las personas y con la intervención del Notario Público garantiza y se le da una plena seguridad jurídica, por lo que se puede concluir que a este acto se le debe dar una mayor difusión, para que se logre un verdadero testamento popular y sea como lo es, el de mayor uso y así se reduzca en gran forma el número de personas que otorguen testamento, logrando así abatir los problemas que surgen por fallecer intestado.

El Testamento Público Abierto es de una perfección acabada y además con la supresión de testigos instrumentales se facilita enormemente su otorgamiento. Así como su bajo costo y la facilidad de implementar el Proceso Sucesorio hacen de él, el Testamento por excelencia, el más popular y conocido que ha desplazado casi totalmente en la práctica cotidiana a las otras formas de testar; por lo que con una verdadera campaña de promoción y difusión de este acto jurídico y con programas para que las personas de escasos recursos puedan otorgarlo se resolverá de gran manera el problema del gran número de intestados que existen en la actualidad y se acercará así a la población a un verdadero instrumento que da seguridad y certeza jurídica.

El Gobierno del Distrito Federal en comunión con el Colegio de Notarios del Distrito Federal, deben planear en mayor número y extensión programas sociales que permitan el otorgamiento de testamentos públicos abiertos por los habitantes del Distrito Federal como las Jornadas Notariales.

El albacea representa tanto a los herederos y legatarios como a la sucesión y garantiza su manejo, forma un inventario de la herencia, asegura a los bienes de la misma, administra la herencia, paga deudas, realiza la partición y adjudicación de los bienes (art. 1706 del Código Civil para el Distrito Federal). Por todo esto, da una gran seguridad jurídica a todos los sujetos que intervienen en un proceso sucesorio.

Con el Testamento Público Abierto se garantiza a los acreedores del *de cuius* una tramitación más rápida para el pago de sus créditos, manteniendo así la continuidad de las relaciones jurídicas del *de cuius* que no se extinguen con su muerte.

El Testamento Público Abierto se complementa con los diversos casos especiales que ya se analizaron con anterioridad en los cuales sólo cabría puntualizar el procedimiento del llamado Testamento del demente en intervalo de lucidez (art.1308 del Código Civil para el Distrito Federal), ya que el notario podría comparecer desde la realización del examen y en caso de que el juez determine que se encuentra lúcido, en ese acto otorga el testamento.

Este es el único testamento ordinario que debería regular el Código Civil junto con los testamentos especiales que merecen un estudio detallado en otra exposición.

III.2.- PROBLEMÁTICA DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO.

Por lo que respecta al Testamento Público Cerrado el testador debe guardar en un sobre su última voluntad, al no ser un documento redactado por un perito en derecho como el notario y no conocerse su contenido, podría este testamento encontrar deficiencias en su redacción o contravenir disposiciones legales, es por ello que los alcances de este testamento pueden no cumplir con las expectativas del otorgante, ni con las solemnidades que la ley exige, teniendo como consecuencia la inexistencia del testamento.

Deberá conservarse hasta la muerte del testador sin ser abierto, sin borraduras ni raspaduras o enmiendas, por lo que es muy fácil que quede sin efecto, como lo marca el art. 1548 del Código Civil para el Distrito Federal, pues es muy sencillo que suceda cualquiera de estos percances.

Otro factor a considerar es la cubierta del testamento y la inviolabilidad de sus firmas, debe ser muy cuidadoso el testador, la persona de confianza o el Archivo Judicial con la conservación de la cubierta que contiene el testamento en su interior, a fin de no deteriora sus condiciones que pudieren hacerlo inexistente.

En cuanto al procedimiento (artículos 877,878,879 y 880 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) se remite a lo señalado en la crítica del Testamento Ológrafo.

En resumen no obstante que el Testamento Público Cerrado se protocoliza ante Notario Público, la función del Notario se limita al procedimiento de su presentación más no al contenido y a la seguridad jurídica que otorgan las disposiciones de un Testamento Público Abierto, ya que el acta del notario no es propiamente un testamento sino da fe de los hechos presenciados por él, de la cual se puede prescindir ya que puede existir un Testamento Público Cerrado en

la que el notario no realice dicha acta y éste sea válido (art.1536 del Código Civil para el Distrito Federal).

Críticas y desventajas que presenta el Testamento Público Cerrado:

- Consta en un instrumento público ante un Notario Público, pero la función del Notario Público sólo se limita al procedimiento de su presentación más no al contenido y a la seguridad jurídica que otorgan las disposiciones de un Testamento Público Abierto, ya que el acta del Notario Público no es propiamente un testamento sino da fe de los hechos presenciados por él, de la cual se puede prescindir ya que puede existir un Testamento Público Cerrado en la que el Notario Público no realice dicha acta y éste sea válido.
- Al no ser el un documento redactado por un perito en derecho como el Notario Público y no conocerse su contenido, podría este testamento encontrar deficiencias en su redacción o contravenir disposiciones legales, ya que al no cumplir con las solemnidades que la ley exige, se tiene como consecuencia la inexistencia del testamento, es por ello que los alcances de este testamento pueden no cumplir con las expectativas del otorgante.
- Deberá conservarse hasta la muerte del testador sin ser abierto, sin borraduras ni raspaduras o enmiendas, por lo que es muy fácil que quede sin efecto, pues es muy sencillo que suceda cualquiera de estos percances.
- Quedan inhabilitados para realizar este tipo de testamento, las personas que no saben o no pueden leer (art. 1530 del Código Civil para el Distrito Federal), entrarían en este supuesto los extranjeros que no conozcan el idioma español.
- Para declararlo formalmente válido es necesario la tramitación de un procedimiento primero ante un juez de lo familiar.

III.3.- CONFLICTOS QUE PRESENTA EL TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO.

Comprende un solo inmueble y no la universalidad del patrimonio.

El bien inmueble debe ser destinado o que vaya a destinarse para vivienda del testador (art. 1549 bis del Código Civil para el Distrito Federal).

Es un acto por el cual sólo se dispone de un bien. Limitando a testar a un “único” bien inmueble, subsistiendo sí la condición económica del testador quien puede tener o llegar a tener otros bienes, V.gr. su automóvil, el menaje de la casa, cuentas bancarias, etc. o simplemente el testador quisiera expresar otras disposiciones testamentarias para lo cual, tendría que otorgar otro testamento y así la sucesión de la misma persona estará regulada por más de un testamento o por varias sucesiones testamentarias o una sucesión legítima, esto rompe con la unidad de la herencia ya que crea sucesiones aisladas y priva al testamento de su verdadera vocación universal, ya que basta de un sólo testamento para heredar todo un patrimonio.

En este tipo de testamento no es posible instituir herederos, tutores, curadores, reconocimiento de hijos, confesar deudas, sólo se reduce a un simple acto de disposición de bienes.

Sólo se instituye legatarios, no hay herederos (art. 1549 bis fracción II del Código Civil para el Distrito Federal).

Contempla la intervención de un “representante especial” que sólo representa al legatario incapaz y que no estuviere sujeto a patria potestad o tutela, para que firme la escritura que formaliza la adquisición del legado instituido en su favor (art. 1549 bis fracción II del Código Civil para el Distrito Federal).

El “representante especial” no garantiza su manejo, no realiza ningún inventario, no tiene facultades para intervenir en juicio o defender al legatario o a la sucesión. La única facultad con la que cuente dicho representante es la de firmar la escritura mencionada, por lo que al no prever la designación de un representante con la facultad del albacea es necesario y forzoso que en caso de que el representante especial por cualquier causa no desempeñe el cargo, o surgiese alguna controversia judicial y a falta de que el legatario no este sujeto a patria potestad o a tutela, se debe promover el que se nombre un tutor legítimo a dicho legatario incapaz conforme al artículo 776 del Código Civil de Procedimientos para el Distrito Federal.

Establece en el caso de que el legatario adquirente este casado bajo régimen de sociedad conyugal, que en el mismo acto puedan testar tanto él, como su cónyuge (art. 1549 bis fracción III del Código Civil para el Distrito Federal).

Atenta la libertad de testar y a la característica de personalísimo que tiene el testamento al permitir que un mismo acto puedan testar el testador y su cónyuge, o los demás copropietarios.

Sólo contempla el supuesto de que existan acreedores alimentarios y se olvida de otro tipo de acreedores, lo que deja en estado de indefensión e inseguridad jurídica a los acreedores del *de cuius*, no atiende el orden de prelación establecido para el pago de las deudas del *de cuius*, por los artículos 1753, 1757 y 1759 al igual de lo dispuesto por los artículos 1713 y 1770 del Código Civil para el Distrito Federal, violando así el artículo 20 del Código Civil para el Distrito Federal.

No puede ser preferente el derecho del legatario que adquiere a título gratuito, respecto de los derechos de los acreedores. Además con esto hace que se venga abajo una de las principales funciones del derecho hereditario que es darle continuidad a las relaciones jurídicas que no desaparecen con la muerte del *de cuius*.

Tiende a crear sucesiones aisladas, convirtiendo así a la sucesión de una persona en sucesiones de una persona.

Trata de ser un testamento popular, pero su regulación es muy escueta, no contempla las características ya mencionadas.

No fue más que una medida demagógica y populista de nuestro entonces presidente Carlos Salinas de Gortari, para facilitar y economizar el acceso a grandes sectores de la población de escasos recursos al sistema testamentario.

Cualquiera disposición que no se refiere al inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda (al legado) no puede ser materia de esta clase de testamento y no produce efectos.

Si se enajena el inmueble, el legado caduca y el testamento queda sin efectos (art. 1413 del Código Civil para el Distrito Federal)

El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, este es el único caso donde la ley establece el derecho de acrecer.

Críticas y desventajas que presenta el Testamento Público Simplificado:

- Limita a testar a un sólo inmueble destinado o que vaya a destinarse para vivienda, el Código Civil para el Distrito Federal no señala plazo para ello.
- No comprende la universalidad del patrimonio, subsistiendo sí la condición económica del testador, quien puede tener o llegar a tener otros bienes.

- Rompe con la unidad de la herencia ya que crea sucesiones aisladas y priva al testamento de su verdadera vocación universal, ya que basta de un sólo testamento para heredar todo un patrimonio.
- Presenta un procedimiento poco riguroso y está muy someramente regulado, por lo que brinda una gran inseguridad jurídica.
- Establece en el caso de que el legatario adquirente este casado bajo el régimen de sociedad conyugal, que en el mismo acto puedan testar tanto él, como su cónyuge, atentando así a la libertad de testar y la característica de personalísimo que tiene el testamento (art. 1549 bis fracción III del Código Civil para el Distrito Federal).
- No es posible instituir herederos, tutores, curadores, reconocimiento de hijos, confesar deudas.
- Sólo se instituye legatarios conforme el artículo 1549 bis fracción II del Código Civil para el Distrito Federal.
- El “representante especial” no garantiza su manejo, no realiza ningún inventario, no tiene facultades para intervenir en juicio o defender al legatario o a la sucesión. La única facultad con la que cuenta dicho representante es la de firmar la escritura mencionada, por lo que al no prever la designación de un representante con la facultad del albacea es necesario y forzoso que en caso de que el representante especial por cualquier causa no desempeñe el cargo, o surgiese alguna controversia judicial y a falta de que el legatario no este sujeto a patria potestad o a tutela, se debe promover el que se nombre un tutor legítimo a dicho legatario incapaz (art. 1549 bis fracción III del Código Civil para el Distrito Federal).

- Sólo contempla el supuesto de que existan acreedores alimentarios y se olvida de otro tipo de acreedores, lo que deja en estado de indefensión e inseguridad jurídica a los acreedores del *de cuius*, no atiende el orden de prelación establecido para el pago de las deudas del *de cuius*; con esto hace que se venga abajo una de las principales funciones del derecho hereditario que es darle continuidad a las relaciones jurídicas que no desaparecen con la muerte del *de cuius* (art. 1549 bis fracción IV del Código Civil para el Distrito Federal).
- Tiende a crear sucesiones aisladas convirtiendo así a la sucesión de una persona en sucesiones de una persona.

III.4.- ANÁLISIS DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

Este tipo de testamento queda limitado su otorgamiento a las personas que saben escribir, y no produce efecto alguno si no está depositado en el Archivo General de Notarías en la forma en que dispone la Ley, conforme los artículos 1553 y 1554. Dicho depósito debe ser siempre de manera personal y es frecuente encontrar que estos testamentos carentes de asesoría profesional contengan cláusulas nulas o disposiciones ilegales o por menos inaplicables, y en otras ocasiones queden incompletos y sujetos a interpretaciones diversas. La falta de las solemnidades que la ley exige, trae consigo la inexistencia de este testamento.

El Código Civil para el Distrito Federal no establece de manera específica cual es la fecha que deberá tomar en cuenta para la validez del testamento ológrafo, ya que podría darse el caso que un testamento ológrafo que se elaboró en diciembre de 2005 y que se depositó en diciembre de 2007 y en ese inter se otorgó un Testamento Público Abierto, ya que técnicamente el acto jurídico se dio en diciembre del 2005 y sólo se suspendieron sus efectos a diciembre de 2007, por lo que el Testamento Público Abierto sería posterior. Lo cual no es correcto ya

que el Código Civil para el Distrito Federal debería establecer que en la fecha del depósito no sólo inician sus efectos sino que nace el Testamento Ológrafo sin importar la fecha del documento.

La redacción que establece el Código Civil para el Distrito Federal en la práctica no es suficiente, ya que el encargado del Archivo General de Notarías del Distrito Federal se ha visto en la necesidad de complementar de la siguiente forma:

(Anverso) “Dentro de este sobre cerrado se encuentra el pliego original de mi testamento ológrafo y lo entrego personalmente al Jefe del Archivo General de Notarías” 3 firmas (la del testador y 2 testigos).

(Reverso) “Recibí el pliego cerrado que según afirma el Sr. _____ se encuentra el pliego original de su testamento ológrafo de fecha _____, mismo que queda depositado en el Archivo General de Notarías del Distrito Federal.”

Otra crítica importante es que el Código Civil para el Distrito Federal sólo se limita a facultar a los extranjeros para realizar este tipo de testamento en su idioma (art. 1551) siendo que el Archivo General de Notarías del Distrito Federal no tiene los medios materiales para otorgarlo y tampoco se regula si es necesario un interprete por lo que en ese caso solamente debería utilizarse el Testamento Público Abierto.

Es de considerarse que para ser un testamento perfecto debe ser declarado formal testamento, gozando dicho procedimiento de innumerables defectos, como lo son el que nunca se confronta el testamento ológrafo original con el duplicado ya que podrían tener disposiciones diferentes en caso que el original sea declarado nulo por defectos de forma como tachadura o rotura.

Además que no establece que dicho procedimiento se lleve acabo en el tramite sucesorio, sino que en la práctica primero se realiza una jurisdicción

voluntaria y después se lleva a cabo el juicio sucesorio, lo que implica doble carga de trabajo para el juzgado, un gasto doble para los herederos y la pérdida del tiempo para la adjudicación de los herederos.

Dicho procedimiento requiere la comparecencia de los testigos, los cuales pueden no tener la misma residencia, haber fallecido o simplemente no aparecen.

Por todo lo anterior, considero que al igual que en el Código Civil del Estado de México el Código Civil para el Distrito Federal debería derogar lo dispuesto para este testamento.

Críticas y desventajas que presenta el Testamento Ológrafo:

- No hay ninguna intervención de un Notario Público, por lo que al no ser redactado por un perito en derecho, es frecuente encontrar que estos testamentos carentes de asesoría profesional contengan cláusulas nulas o disposiciones ilegales o por menos inaplicables, y en otras ocasiones queden incompletos y sujetos a interpretaciones diversas.
- Puede no cumplir con todas y cada una de las solemnidades que establece la legislación civil vigente y la Ley del Notariado para el Distrito Federal, teniendo como consecuencia la inexistencia del testamento.
- No puede ser escrito por otra persona distinta del testador, ni escrito por medios mecánicos (art. 1550 del Código Civil para el Distrito Federal).
- No produce efecto alguno si no está depositado en el Archivo General de Notarías en la forma en que dispone la Ley. Dicho depósito debe ser siempre de manera personal, conforme los artículos 1550, 1553 y 1554 del Código Civil para el Distrito Federal.

- Queda limitado su otorgamiento a las personas que saben y pueden escribir, así como los menores de edad, conforme los artículos 1550 y 1551 del Código Civil para el Distrito Federal.
- El Código Civil para el Distrito Federal sólo se limita a facultar a los extranjeros para realizar el Testamento Ológrafo en su idioma, siendo que el Archivo General de Notarías del Distrito Federal no tiene los medios materiales para otorgarlo y tampoco se regula si es necesario un interprete por lo que en ese caso solamente debería utilizarse el Testamento Público Abierto (art. 1551 del Código Civil para el Distrito Federal).
- No será válido cuando se detecte que el sobre que contiene el testamento depositado o el duplicado, ha sido abierto o roto, o las firmas que lleva han sido borradas, raspadas o enmendadas, aún cuando el testamento en su forma y fondo no sea vicioso (art. 1563 del Código Civil para el Distrito Federal).
- El Código Civil para el Distrito Federal no establece de manera específica cual es la fecha que deberá tomar en cuenta para la validez del Testamento Ológrafo; el Código Civil para el Distrito Federal debería establecer que en la fecha del depósito no sólo inician sus efectos sino que nace el Testamento Ológrafo sin importar la fecha del documento.
- Es de considerarse que para ser un testamento perfecto debe ser declarado formal testamento, gozando dicho procedimiento de innumerables defectos, como lo son el que nunca se confronta el Testamento Ológrafo original con el duplicado ya que podrían tener disposiciones diferentes en caso que el original sea declarado nulo por defectos de forma como tachadura o rotura.
- Para poder ser declarado formalmente válido, en la práctica primero se realiza una jurisdicción voluntaria y después se lleva acabo el juicio

sucesorio, lo que implica doble carga de trabajo para el juzgado, un gasto doble para los herederos y la pérdida del tiempo para la adjudicación de los herederos. Dicho procedimiento requiere la comparecencia de los testigos, los cuales pueden no tener la misma residencia, haber fallecido o simplemente no aparecen.

III.5.- PROPUESTA PARA DEROGAR EL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO, EL PÚBLICO SIMPLIFICADO Y EL OLÓGRAFO, REGULADOS EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Derogar los testamentos público cerrado, público simplificado y ológrafo para dar certeza y seguridad jurídica al acto personalísimo mediante el cual una persona dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte. Quedando únicamente como testamento ordinario regulado por el Código Civil del Distrito Federal, el Testamento Público Abierto.

El Testamento Público Abierto es de una perfección acabada, la función que el Notario cumple en el otorgamiento de un testamento no se concreta a dar fe del acto, sino que constituye también una garantía de la corrección del mismo, como profesional del derecho, brindando asesoría y seguridad jurídica al testador, cumpliendo con todas y cada una de las solemnidades establecidas por la legislación civil vigente y la Ley del Notariado para el Distrito Federal y además con la supresión de testigos instrumentales se simplifica su otorgamiento.

La facilidad de implementar el proceso sucesorio y una verdadera campaña de promoción y difusión de este acto jurídico, junto con programas para personas de escasos recursos resolverá de gran manera el problema del gran número de intestados que existen en la actualidad y se acercará así a la población a un verdadero instrumento que da seguridad y certeza jurídica.

Su bajo costo lo hace accesible a todas las personas, sin importar su nivel socio económico, y con programas como el de “Septiembre, mes del testamento” que procuran acercar más a la población al sistema testamentario para desarrollar una conciencia y cultura del mismo, le da a este testamento la supremacía antes mencionada sobre otros.

El otorgamiento de este tipo de testamento es sumamente fácil y accesible para todas las personas y con la intervención del Notario Público garantiza y se le da una plena seguridad jurídica, cumpliendo con las solemnidades que la ley exige, por lo tanto se puede concluir que a este acto se le debe dar una mayor difusión, para lograr un verdadero testamento popular y sea como lo es, el de mayor uso y así se reduzca en gran forma el número de personas que otorguen testamento, logrando así abatir los problemas que surgen por fallecer intestado o con testamentos inexistentes.

El Gobierno del Distrito Federal en comunión con el Colegio de Notarios del Distrito Federal, deben planear en mayor número y extensión programas sociales que permitan el otorgamiento de testamentos públicos abiertos por los habitantes del Distrito Federal como las Jornadas Notariales.

El impacto jurídico que tendría el derogar los testamentos público cerrado, público simplificado y ológrafo sería: el dejar solamente como testamento ordinario al testamento público abierto, evitando los siguientes supuestos, que anteriormente mencionamos como desventajas; así como la duplicidad de funciones.

Del Testamento Público Cerrado se evitaría lo siguiente:

- Las deficiencias en su redacción o contravenir disposiciones legales, lo que tiene como consecuencia la inexistencia del testamento.

- Que pierda su eficacia si es abierto o el sobre tiene borraduras, raspaduras o enmiendas.
- La imposibilidad de realizar este tipo de testamento a las personas que no saben o no pueden leer (art. 1530 del Código Civil para el Distrito Federal) y en este supuesto entrarían los extranjeros que no conozcan el idioma español para realizar este testamento.
- El tramite previo para declarar formalmente válido esta especie de testamento.

Con la derogación del Testamento Público Simplificado se evitaría lo siguiente:

- Limitar la voluntad del testador a testar a un sólo inmueble y que este tenga que ser destinado o que vaya a destinarse para vivienda del autor del testamento.
- La necesidad de realizar otro testamento que contenga los demás bienes del testador.
- El rompimiento de la unidad de la herencia ya evitaríamos tramitar varias sucesiones, pues bastaría de un sólo testamento para transmitir todo el patrimonio.
- La trasgresión a los principios de la sucesión como es que solo exista, el legatario, que en el mismo acto puedan testar tanto el testador como su cónyuge, atentando así a la libertad de testar y la característica de personalísimo que tiene el testamento (art. 1549 bis fracción III del Código Civil para el Distrito Federal). La designación de tutor especial para aplicar las reglas generales de la tutela.

- Dejar en estado de indefensión e inseguridad jurídica a los acreedores del *de cuius*, en virtud de que los legatarios instituidos en esta especie de testamento sólo responden de las obligaciones de las obligaciones alimentarias que tenga el *de cuius*.
- Crear sucesiones aisladas convirtiendo así a la sucesión de una persona en sucesiones de una persona.

Con la derogación del Testamento Ológrafo se evitaría lo siguiente:

- Testamentos carentes de asesoría profesional que contengan cláusulas nulas o disposiciones ilegales o por menos inaplicables, y en otras ocasiones queden incompletos y sujetos a interpretaciones diversas.
- Al no cumplir con todas y cada una de las solemnidades que establece la legislación civil vigente y la Ley del Notariado para el Distrito Federal, se declare su inexistencia.
- Que al no ser depositado en el Archivo General de Notarías en la forma en que dispone la Ley, perdería su eficacia. Dicho depósito debe ser siempre de manera personal, conforme los artículos 1550, 1553 y 1554 del Código Civil para el Distrito Federal.
- Que deje de ser válido cuando se detecte que el sobre que contiene el testamento depositado o el duplicado, ha sido abierto o roto, o las firmas que lleva han sido borradas, raspadas o enmendadas, aún cuando el testamento en su forma y fondo no sea vicioso.
- El tramite previo para declarar formalmente válido esta especie de testamento.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, solemne, revocable y libre, en virtud del cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte ya sea a título universal o particular.

SEGUNDA. El testamento es un acto solemne, en virtud de que para su existencia requiere específicamente de la forma establecida por la ley; lo anterior para proteger la libertad que debe tener el testador en el acto de testar, su identidad y capacidad, así como que el testamento no sea alterado.

TERCERA. El Código Civil para el Distrito Federal regula los testamentos ordinarios y especiales. Los testamentos ordinarios pueden otorgarse en cualquier momento.

CUARTA. Los testamentos ordinarios son: público abierto, ológrafo, público cerrado y público simplificado.

QUINTA. El Testamento Público Abierto, es aquel testamento ordinario que se otorga ante un Notario Público, el cual sujetándose a la voluntad del testador y asesorándolo, redacta un instrumento público que cumple con las solemnidades que establece el Código Civil para el Distrito Federal y la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

SEXTA. El Testamento Público Abierto presenta las siguientes solemnidades:

- Debe ser otorgado en un sólo acto, ante Notario Público.
- Se requiere de la voluntad del testador, de manera libre.
- Sólo puede ser otorgado por el testador.
- El testador debe contar con la capacidad de ejercicio.

SEPTIMA. El Testamento Público Abierto presenta las siguientes ventajas:

En él no sólo se transmiten bienes y derechos sino también se pueden declarar y cumplir deberes para después de la muerte y al ser redactado por un Notario Público cumple con todas y cada una de las solemnidades que establece la legislación civil vigente y la Ley del Notariado para el Distrito Federal, por lo que da seguridad y certeza jurídica; además de contar con toda la fuerza probatoria de los documentos auténticos, es válido en sí mismo no dependiendo de circunstancias ajenas al mismo, es perfecto desde el momento de su otorgamiento ya que no requiere ser declarado formal testamento, da la facilidad de tramitar el Proceso Sucesorio y resolver de gran manera el problema del gran número de intestados que existen en la actualidad; Se encuentra muy bien regulado por la Ley y no da motivos de controversia.

OCTAVA. Por las desventajas que presentan los testamentos ordinarios público cerrado, público simplificado y ológrafo entre las cuales se encuentran la necesidad de una declaración formal de validez por parte de un órgano jurisdiccional, la falta de asesoría jurídica de un perito en derecho y en general la inseguridad jurídica que dichos testamentos pueden provocar, por no prever el nombramiento de un albacea o la designación de un heredero sustituto, entre otras haciendo necesario tramitar sucesiones mixtas, se propone su derogación para que exista únicamente el testamento público abierto.

BIBLIOGRAFÍA**Doctrina**

ARCE Y CERVANTES, José. **De las sucesiones.** Séptima edición. Edit. Porrúa. México, 2003.

ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel. **Sucesiones.** Segunda edición. Edit. Mac Graw Hill. México, 2002.

BONNECASE, Julien. **Tratado Elemental de Derecho Civil.** Biblioteca. Clásicos del Derecho, Vol. I. Edit. Harla. México, 1997.

BORJA SORIANO, Manuel. **Teoría General de las Obligaciones.** Edit. Porrúa. México, 1980.

CICU, Antonio. **Derecho de Sucesiones.** Edit. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. España, 1964.

CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho Civil Español, común y foral.** Tomo VI. Derecho de Sucesiones. Volumen I. Novena edición. Edit. Reus, S.A. España, 1989.

DE IBARROLA, Antonio. **Cosas y Sucesiones.** Decimocuarta edición. Edit. Porrúa. México, 2004.

DE PINA, Rafael. **Derecho Civil Mexicano.** Edit. Porrúa. México, 1992.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. **Derecho Civil. Parte General. Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez.** Novena edición. Edit. Porrúa. México, 2003.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Derechos Reales y Sucesiones**. Segunda edición. Edit. Porrúa. México, 2004.

GARCÍA AMOR, Julio Antonio Cuauhtémoc. **El Testamento**. Segunda edición. Edit. Trillas. México, 2000.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. **¿Qué puede usted hacer con sus bienes antes de morir?**. Primera edición. Edit. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., México, 1993.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **Derecho Sucesorio**. Quinta edición. Edit. Porrúa. México, 2003.

NUÑEZ Y BANDERA, José Higinio. **Cómo hacer su testamento y no morir en el intento**. Edit. Aguilar. México, 2005.

PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. **Derecho Civil**. Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen 8. Edit. Harla. México, 1997.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel y Abel LEDESMA MONDRAGÓN. **Introducción al estudio del derecho**. Segunda edición. Edit. Harla. México, 1992.

RÍOS HELLIG, Jorge. **La práctica del Derecho Notarial**. Quinta edición. Edit. Mc Graw Hill. México, 2002.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. Tomo IV, Sucesiones. Octava edición. Edit. Porrúa. México, 1997.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit. Ediciones Andrade, S.A. de C.V., México, 2005.

Código Civil Federal, Edit. Ediciones Andrade, S.A. de C.V., México, 2005.

Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Ediciones Andrade, S.A. de C.V., México, 2005.

Código Civil del Estado de México, Edit. Libuk, S.A. de C.V., México, 2008.

Código Federal de Procedimientos Civiles, Edit. Ediciones Andrade, S.A. de C.V., México, 2005.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Edit. Ediciones Andrade, S.A. de C.V., México, 2005.

Código Financiero del Distrito Federal, Edit. Ediciones Andrade, S.A. de C.V., México, 2009.

Ley del Notariado para el Distrito Federal, Edit. Ediciones Andrade, S.A. de C.V., México, 2008.