

405



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

Ref

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**



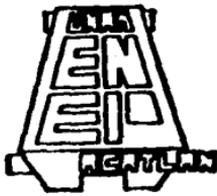
FALLA DE ORIGEN

**CRITICA A LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL
TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
VASQUEZ MARTINEZ EDMUNDO**

ASESOR: NUREZ CASTABEDA JOSE



ACATLAN, EDO. MEXICO

1995



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 está 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.

405



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

Ref

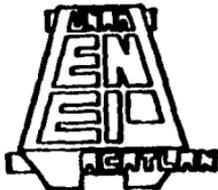
FALLA DE ORIGEN

**CRITICA A LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL
TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
VASQUEZ MARTINEZ EDMUNDO**

ASESOR: NUREZ CASTAREDA JOSE



ACATLAN, EDO. MEXICO

1995

A MIS PADRES:

Que han sido sin duda los mejores padres que pude haber tenido, que han sabido sacar adelante a nuestra familia y con hechos me enseñaron las dos cosas mas importantes en la vida:

AMAR Y TRABAJAR.

A MIS HERMANOS IRMA Y ADOLFO:

Que hace mucho tiempo aceptaron la responsabilidad de tener un hermano menor, y que a la fecha mantienen la promesa tácita que hicieron de brindarme su apoyo y cariño.

A LAURA:

Que con y paciencia has sabido vencer mi necesidad y mal humor, para estar junto a mí y brindarme tu compañía y amor..

AL AMIGO Y ABOGADO

JOSE AGUSTIN PEREZ CORTES:

Por que al inicio de mi carrera me encontré con su dedicación, sabiduría, empeño y regaños, que servirán siempre como un ejemplo a seguir.

A LOS ABOGADOS CON LOS CUALES

HE LABORADO:

Por que han contribuido a que comprendiera que la Universidad es en realidad el primer paso de esta larga carrera, para mejorar siempre en el ejercicio de la abogacía.

A MIS MAESTROS:

A aquellos profesores que sienten la docencia como parte de sí mismos y enseñan no solo la ciencia del Derecho, sino también una forma de ser.

INDICE

	Pag.
CAPITULO I EVOLUCION HISTORICO-JURIDICA DEL DERECHO HEREDITARIO	1
1.1 Derecho Romano	1
a) Derecho Civil	1
b) Derecho Pretoriano	4
c) Derecho del Bajo Imperio	5
1.2 Derecho Español	6
1.3 Derecho Mexicano	10
a) Códigos Civiles de 1870 y 1884	10
b) Código Civil de 1928	14
CAPITULO II CONCEPTOS GENERALES	18
2.1 Concepto de testamento	18
2.2 Concepto de legado	26
2.3 Sujetos de Derecho Hereditario	28
a) Testador	28
b) Herederos	30
c) Legatarios	32
d) Albacea	34
CAPITULO III SUCESIONES TESTAMENTARIAS	40
3.1 Testamento	40
3.2 Validez, nulidad y revocación de los testamentos	47
3.3 La forma en los testamentos	58
a) Público abierto	58
b) Público cerrado	60
c) Público simplificado	64
d) Ológrafo	65
e) Privado	67
f) Militar	69
g) Marítimo	70
h) Hecho en país extranjero	71

CAPITULO IV TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO 73
4.1 Decreto de seis de enero de 1994 73
4.2 Funcionamiento del testamento publico simplificado 78
4.3 Analisis jurídico del testamento público simplificado 81
a) Unilateralidad en el testamento público simplificado 81
b) Libre disposición de bienes 82
c) Facilidades económicas 83
d) Revocación 85
e) Formalidades 87
f) Edad del testador 88
g) Privilegios del legatario 89
4.4 Formalidades del testamento público simplificado 92
4.5 Estudio comparativo entre el testamento público simplificado y los testamentos ordinarios 95
CONCLUSIONES 99
BIBLIOGRAFIA 101

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICO-JURIDICA DEL DERECHO HEREDITARIO

1.1 Derecho Romano

a) Derecho Civil

Desde el momento en que surgió el derecho a la propiedad individual, encontramos en el hombre el deseo de transmitir sus bienes a la persona que él mismo designe. Ya en el derecho más antiguo encontramos esta figura, como en el Indú, en el que se designaba a alguna persona para que continuara las obligaciones religiosas en favor del testador y no se descontinuara el culto a la familia.

La forma de los testamentos en Roma varió según las épocas; y diferentes maneras de testar fueron admitidas sucesivamente por el Derecho Civil antiguo, por el Derecho Pretoriano y por las Constituciones Imperiales.

"Para que nada de la antigüedad nos sea completamente ignorado, debemos decir que primitivamente estuvieron en uso dos clases de testamentos: Los romanos empleaban uno en la paz y el reposo y le nombraban 'calatis comitiis', el otro para el momento de salir a combate que llamaban 'procinctum'". (1)

El testamento *Calatis Comitiis* se hacía delante de los comicios, por curias convocadas a este efecto y en

(1) Uribe F. Luis. Las sucesiones en el Derecho Mexicano. Pag.

presencia de los pontífices. El jefe de la familia declaraba delante de los comicios reunidos a quién elegía por heredero, dando los comicios su aprobación a esta elección (según la Ley de las XII Tablas), lo cual hacía del testamento una verdadera Ley. Los *Calatis Comitiis* eran asambleas del pueblo convocadas cuando era necesario para la expedición de ciertos negocios religiosos y, además, dos veces por año para la confección de testamentos. El ciudadano que moría en el intervalo sin haber tomado precauciones, moría intestado.

Como es bien sabido, el Derecho Civil en Roma, era exclusivo de aquellas personas que pudieran ostentar el título de Ciudadano Romano. Dentro de los derechos privados concedidos a estos se encontraba el derecho de transmitir universalmente un patrimonio a una persona por medio del testamento.

El testamento *In Procintu* se hacía también ante el pueblo, pero no reunido en curias, sino encuadrados en unidades militares, los compañeros en este caso servían de testigos. Este testamento se practicaba también durante la campaña, al momento de una batalla o de una expedición peligrosa.

Las dos formas primitivas de testar presentaban numerosos inconvenientes, además de la dificultad para los plebeyos de aspirar originalmente a un testamento *calatis comitiis*; surgiendo el testamento *Per Aes et Libram*, en el *Pater Familie*, que no había testado delante de las curias,

podía llamar a un amigo, llamado "familiae emptor", celebrando con él una venta ficticia, por medio de la *mancipatio*; el *familiae emptor* recibía el patrimonio a título de venta, comprometiéndose a celebrar con el heredero una operación parecida. El adquirente de la herencia tomaba el lugar de un heredero y como tal el testador le confiaba todas las disposiciones que quería que fueran hechas para después de su muerte y debía entregar el patrimonio a quien se le indicara, que vendría a ser el heredero efectivo. Este testamento adolecía de serios inconvenientes, pues muchos *familiae emptor* se quedaban con los bienes enajenados por los fallecidos y los testadores no podían modificar o revocar esa enajenación.

Para subsanar las inconveniencias del testamento anterior, surgió el testamento *Per Aes et Libram Perfeccionado*, en éste, la venta ya no era simulada, sino que la *mancipatio* era con el objeto de constituir un depósito en manos del "familiae emptor", el cual ya participaba como una persona de confianza que estaba encargado de entregar la sucesión al verdadero heredero. La realización de este testamento comprendía dos partes; la primera consistía en la declaración del "familiae emptor" de comprar el patrimonio para entregarlo al heredero, él sólo era depositario; la segunda parte era la declaración que hacía el testador manifestando sus disposiciones, estas podían estar escritas en unas tablillas que podían presentarse cerradas o abiertas para que las conocieran los testigos; esta formalidad debía celebrarse en

forma continua, en un solo acto, sin interrupciones, pues de lo contrario el testamento sería nulo.

En época incierta, pero seguramente posterior al testamento *Per aes et libram*, fue admitido en el Derecho Civil Romano que un ciudadano pudiese testar oralmente mediante una simple *nuncupatio*, declarando en voz alta el nombre de heredero y su última voluntad delante de siete testigos "sui juris". En esto consistía el *Testamento Nuncupativo*, que ofrecía la ventaja de no requerir forma escrita pero por otra parte ofrecía menos seguridad al momento en que los testigos interpretaban la voluntad del testador.

b) Derecho pretoriano

En tiempo de Cicerón era suficiente para la concesión de la *bonorum possessio secundum tabulas* "...que el testamento estuviese escrito sobre tablillas llevando el sello de siete testigos. Podían servirse del mismo sello, pero entonces cada uno debía escribir cerca del sello su nombre y el del testador." (2). El pretor daba la *possessio bonorum secundum tabulas* a la persona instituida en las tablillas, pudiendo descartar las pretensiones de aquellas personas que se creyeran herederas ab intestato.

(2) Bañuelos Sánchez Froylan, De la interpretación de los contratos y de los testamentos. Pag. 123.

c) Derecho del Bajo Imperio

Durante la época del Bajo Imperio, el derecho civil se fusionó con el Derecho Pretoriano, que con ayuda de las Constituciones Imperiales dió nacimiento al *Testamento Tripartitum*. Este testamento está descrito en una Constitución de Teodosio compuesto de tres partes: "...habiendo escrito el testador de antemano su testamento sobre tablillas, reúne siete testigos, les presenta las tablillas, cerradas en parte, si quiere guardar el secreto de sus disposiciones; cada testigo, lo mismo que el testador, pone su subscriptio debajo del testamento, cerrándose después las tablillas y poniendo cada testigo su sello y escribiendo su nombre cerca del sello." (3) Estas formalidades debían celebrarse sin interrupción.

(3) Bañuelos Sánchez Froylan, Ob. cit., Pag. 124.

1.2 Derecho Español

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

Los germanos estaban divididos en dos ramas, los godos y los visigodos, la segunda de estas ramas o razas fué la que conquistó a España (4).

En los códigos más notables de los reyes bárbaros, tales como el *Edicto de Teodorico*, el *Breviarium de Alarico* es notable la influencia del derecho romano, con la salvedad de que para el testamento escrito no se requieren testigos y no existía el testamento militar.

En el siglo VII d.C el régimen jurídico de España fue regido por el *Fuero Juzgo*, éste no se ocupó en especial de los testamentos pero contiene ciertas disposiciones relativas, como por ejemplo, la Ley X; ésta da capacidad para testar a los que estén en sano juicio o tengan 14 años; pero se establece la excepción de los mayores de 10 años que encontrándose en enfermedad grave podían testar, invalidándose este testamento una vez pasada la enfermedad.

La Ley XI ya nos hablaba de diversos tipos de

(4) De Anda Jiménez Jesús. Algunos Comentarios Sobre la Evolución Histórica-jurídica de los Testamentos. Pág. 19

testamentos, que podían firmar en defecto del testador alguno de los testigos.

La Ley XII eximia de ciertas formalidades al testamento hecho por un peregrino o por quien estaba en batalla, dándole la facilidad de hacerlo aún ante simples siervos y oralmente.

Posteriormente surgió el *Fuero Real*, éste nos habla de los testamentos en el Título IV del libro III; dentro de estas disposiciones hay una que limitaba la libre disposición del testador; el que no tenía parientes podía disponer libremente de sus bienes, pero el que los tenía sólo podía disponer de la quinta parte. Se obliga también al escribano a hacer a mano el testamento y si no lo hacía debía poner el sello ante testigos, no pudiendo ser testigo el heredero.

Se establece la revocabilidad de los testamentos y se prohibió el ejercicio de violencia.

Después, en el año de 1265, aparecieron las *Leyes de las Siete Partidas*; dentro de la sexta se transcribieron disposiciones contenidas en las leyes romanas en todo lo relativo al testamento y formalidades del mismo, con la salvedad de que el testamento Nuncupatio, que en Roma era oral, en las leyes de partida se le denominó Nuncupatio al testamento cerrado.

Los *Ordenamientos de Alcalá de Henares* nacieron en 1384 y el testamento otorgado ante escribano público debía hacerse ante tres testigos; cuando no se hiciera ante este personaje debía hacerse ante cinco testigos. Para ser testigo se necesitaba ser vecino del lugar donde se tratara la disposición.

Las *Leyes del Toro* (1505) ampliaron la facultad de testar concediéndola a los hijos mayores de catorce años; la ley cuarta permitía a los condenados a sufrir penas por la comisión de delitos, hacer testamento por medio de apoderado y ante escribano público. Era más fácil testar por sí y no por interposita persona (Ley Toro 4a. y 5a.).

Dentro de la *Novísima Recopilación* (1804) se incluyeron algunas leyes del Toro, como las relativas a la capacidad para testar, la cantidad y calidad de los testigos; se adoptó la medida de exigir que se presentara al Juez la disposición testamentaria dentro del plazo de seis meses a partir de la muerte del testador.

Se reglamentó el testamento militar, estando en campaña los militares podían testar ante dos testigos rogados; este testamento carecía de valor si el militar sobrevivía a las circunstancias especiales de su otorgamiento. Cuando los militares no estuvieran en guerra podían testar igual que cualquier otra persona.

"Se puede afirmar acerca del testamento en la historia que el testador necesitaba ser capaz, que los testigos debían ser idóneos y concurrir en el número exigido por la ley, el que los testigos vieran al testador y lo oyeren, que los testigos permanezcan durante todo el tiempo que se otorgó el testamento lo que debía hacerse en un Solo Acto. Los que no podían hacer testamento quedaban comprendidos: Los que no hubiesen cumplido los 14 años siendo varones y 12 si eran hembras, el loco que solo pudiera hacer en caso de lucidez los sordomudos y los religiosos".(5)

(5) Esquivel Macedo Alejandro, La Intervención del Notario en el Testamento. Pag. 19.

1.3 Derecho Mexicano

Dentro de la época Precortesiana no se conoció en México una institución jurídica equivalente al testamento que fuera autónoma e independiente. El conquistador Cortés destacó la orden del Rey Carlos V, expedida en cédula real de 20 de julio de 1523 en la cual se prometía a los conquistadores que podrían disponer de los indios que se les habían concedido mediante la herencia por sucesión legítima.

"... Más en relación con las formas de testar, la capacidad para hacerlo, las cualidades que debieran reunir los testigos para acudir al testamento, la capacidad para heredar, el objeto del testamento y las nulidades e inexistencias del testamento, rigieron en la Nueva España las disposiciones legales que estaban vigentes en la Metrópoli..." (6)

a) Códigos Civiles de 1870 y 1884

El Código Civil de 1870 trataba de los testamentos en el Título Segundo, "De la sucesión por testamento". Capítulo I. "De los testamentos en general" que figura en el Libro Cuarto. "De las sucesiones"; en los artículos 3374 al 3385. (7)

La misma terminología se trasladó al Código Civil de

(6) Esquivel Macedo Alejandro. Ob. cit., Pag. 24

(7) Bañuelos Sánchez Froylan. Ob. cit., Pag.131

1884 y se trasladaron íntegros los doce artículos del código anterior.

A continuación se citan los artículos del mencionado Código de 1870 (8).

"Art. 3237. El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento."

Con respecto a la definición de testamento, el Código Civil actual contiene una definición mucho más amplia en la que se pueden conocer los nueve elementos que integran esta institución: 1. Es un acto jurídico; 2. Formal y solemne; 3. Unilateral; 4. Revocable; 5. Libre; 6. De última voluntad; 7. Personalísimo; 8. De disposición de bienes; y 9. Por persona capaz.

"Art. 3238. El testamento es un acto personal que no puede desempeñarse por procurador."

Antes del Código de 1870 se podía otorgar testamento por medio de comisario y aunque se le concedían facultades muy limitadas, se podía prestar a abusos.

"Art. 3239. No puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan cuando son instituidos nominalmente."

Este artículo es consecuencia del anterior, ya que si

(8) Artículos tomados de Froylan Bañuelos Sánchez. Ob. cit., Pag.131 citando a Manuel Mateos Alarcón.

no puede someterse a la voluntad de un procurador el otorgamiento de un testamento, tampoco puede hacerse depender de un tercero la subsistencia de las disposiciones testamentarias.

"Art. 3240. Puede el testador cometer a un tercero la distribución de las cantidades que deje a clases determinadas, como parientes, pobres, huérfanos, etc., y la elección de las personas a quienes aquellas deban aplicarse."

"Art. 3241. Puede también cometer el testador a un tercero la elección de objetos o establecimientos públicos o de beneficencia a los que deja sus bienes, y la distribución de las cantidades que a cada uno corresponda."

En los dos artículos anteriores se permite la intervención de un tercero porque no se trata de hacer una verdadera institución, misma que ya fue hecha por el testador; sino solamente se trata de escoger individuos de una clase determinada.

"Art. 3242. La disposición vaga en favor de parientes del testador, se entenderá hecha a favor de los más próximos, según el orden de la sucesión legítima."

En este caso existe la presunción de que el testador quiso beneficiar a su parientes más próximos y se funda en las reglas que rigen la sucesión legítima, según las cuales, el pariente más próximo excluye al más remoto.

"Art. 3243. La expresión de una falsa causa será considerada como no escrita; a no ser que del mismo testamento resulte que el testador no habría hecho aquella disposición conociendo la falsedad de la causa."

"Art. 3244. La expresión de una causa contraria a derecho, aunque ésta sea verdadera, se tendrá por no escrita."

Siendo el testamento un acto de voluntad, es absolutamente necesario para su validez que el testador disponga con conocimiento de causa de sus bienes. Las disposiciones testamentarias hechas por error, arrancadas por dolo o por violencia serán nulas.

"Art. 3245. La designación del día o del tiempo en que deba comenzar o cesar la institución de heredero, se tendrá por no escrita."

"Art. 3246. No pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero."

Este artículo prohibía los testamentos llamados de "hermandad, conjuntos o mutuos". Si se permitiera que dos personas hicieran testamento en el mismo acto unas disposiciones serían condiciones necesarias de las otras, es decir, sería un contrato celebrado entre los diversos testadores y no se podría revocar uno sin el consentimiento del otro.

"Art. 3247 En caso de duda sobre la ininteligencia de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que este respecto pueda rendirse."

Cuando la voluntad del testador esta expresada de una manera clara que no deja lugar a duda, no hay lugar a la interpretación; pero cuando hay obscuridad, entonces procede la interpretación con el auxilio de las pruebas extrínsecas.

"Art. 324B. Si el testamento abierto, sea público o privado se pierde por un evento desconocido del testador, o por haber sido ocultado por otra persona, podrán los interesados exigir su cumplimiento si demuestran debidamente el hecho de la pérdida u ocultación, y lo contenido en el mismo testamento."

La regla que antecede sólo tiene aplicación cuando la pérdida u ocultación del testamento concurre con la pérdida o destrucción del protocolo en el cual consta el testamento original.

b) Código Civil de 1928

La legislación actual, en su libro tercero, conserva la misma terminología que los códigos anteriores: en el Título Segundo, "De la Sucesión por Testamento", Capítulo I, "De los Testamentos en General"; reduciendo a diez el número de artículos referentes; trasladando un concepto parecido al de los códigos anteriores.

En cuanto a la definición que se da del "Testamento", ésta resulta ser mucho más amplia que la anterior: 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. Según la definición anterior, se trata de un acto mortis causa y además es un acto no necesariamente patrimonial. Aunque el testamento no contenga disposición de bienes de ninguna especie, puede tener como contenido la declaración que el testador haga de sus deberes

que han de ser cumplidos por sus sucesores. La definición que se trata supera la noción del carácter únicamente patrimonial que ofrecían nuestros códigos anteriores.

En cuanto a la prohibición de los testamentos "mancomunados o conjuntos" (los que se hacen por dos personas en el mismo acto); ésta se conserva tal y como lo hacían los dos códigos anteriores, con excepción de el testamento público simplificado. Además conserva la prohibición de que la subsistencia del nombramiento de herederos y legatarios, así como la porción de los bienes que ha sido atribuida a cada uno de ellos por voluntad expresa del testador en el testamento, no pueda ser modificada de ninguna manera por la decisión de un tercero, a quien el autor de la herencia pretendiera otorgar facultades para ello.

Dentro de las facultades que si se pueden conceder a un tercero están la de llevar a cabo la partición de la herencia, cuando el testador instituye herederos a personas mencionándolas en forma genérica mediante grupos o clases de personas; así como también el tercero podrá elegir los actos de beneficencia a los cuales deban aplicarse los bienes legados con ese objeto.

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

lo cual nos remite a la aplicación de reglas necesarias para establecer el orden a seguir en la sucesión legítima; recordando que el matrimonio y el concubinato no crean relación jurídica de parentesco entre los cónyuges, ni entre el concubinario y la concubina.

Tanto los códigos de 1870 y 1884 como el actual identifican la causa de la declaración testamentaria con el motivo determinante de la voluntad del testador para disponer de sus bienes a título universal o particular. La falsa causa no es otra cosa que un vicio del consentimiento que anula la institución de herederos o el legado; sin afectar a otras disposiciones testamentarias, en virtud de que los motivos que ha tenido en cuenta en cada disposición son independientes entre sí.

Hablando de la interpretación de los testamentos, este código tiene la regla fundamental que tiene como fin indagar la voluntad del testador por medio de lo expresado en el testamento. En caso de que del contexto del testamento tomado en su conjunto o de lo que revelen otras pruebas fehacientes se concluya que el sentido de las palabras empleadas no expresa la voluntad del autor, debe prevalecer esta sobre aquella; pero el Juez o el intérprete deben fundar el resultado de su labor de interpretación

El cumplimiento de un testamento que se encuentra

perdido o ha sido ocultado, resulta remoto; tanto por la imposibilidad de que se dé el supuesto en los testamentos ordinarios, como por la imposibilidad de comprobar el contenido y que en el otorgamiento se cumplieron todas las formalidades requeridas para los testamentos especiales.

CAPITULO II

CONCEPTOS GENERALES

2.1 Concepto de testamento

Existen muchas y muy variadas definiciones de Testamento, todas ellas con diferentes características según la época y el lugar en el que fueron emitidas. De éstas definiciones se exponen a continuación algunas de las que se consideran más importantes:

"La de Modestino: *Testamentum est voluntatis nostrae iuxta sententiam, de eo quod quis post mortem suam, fieri velit* (Dig. Lib. XXVIII, tit 10., ley 1a.). Una justa disposición, decisión, de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho después de su muerte". (1)

Ruggiero lo definía de la siguiente manera: "Acto esencialmente unilateral, espontáneo, revocable, el testamento es la disposición de última voluntad con que una persona determina el destino de su patrimonio después de su muerte y regula las relaciones jurídicas para el tiempo en que no viva ya; esta voluntad se hace efectiva cuando el sujeto no existe, y por ello precisamente más que cualquiera otra declaración impone este respeto y exige obediencia". (2)

"El Código de 1884 definía el testamento en su

(1) De Ibarrola Antonio. Cosas y Sucesiones. Pag. 483

(2) Ruggiero Roberto De. Instituciones de Derecho Civil. T II. Vol. 2o. Pag. 469

artículo 3,237: Acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos. Extraordinariamente estrecha es la definición... No tuvo en cuenta que muchas veces en el testamento se hacen revelaciones de paternidad, se reconocen deudas, se expresan datos de toda especie que hacen del testamento inclusive un documento que tuvo un valor histórico importantísimo e insustituible para las épocas anteriores a los registros parroquiales". (3)

El maestro Rojina Villegas lo define como: "un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz trasmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma" (4).

Actualmente el artículo 1295 del Código Civil lo define "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".

De acuerdo con las anteriores definiciones y además conforme a la naturaleza jurídica de esta institución y de las disposiciones del Código Civil vigente sobre esta materia, los

(3) De Ibarrola Antonio. Ob. Cit. Pág. 684

(4) Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.IV, Sucesiones. Pág. 289

elementos que la integran son nueve: 1. Es un acto jurídico; 2. Formal y solemne; 3. Unilateral; 4. Revocable; 5. Libre; 6. De última voluntad; 7. Personalísimo; 8. De disposición de bienes; y 9. Por persona capaz.

1. Es un acto jurídico. Al acto jurídico se le define como una manifestación de voluntad que se realiza con la intención de producir efectos de derecho, existiendo una norma jurídica que ampare esa manifestación, definición de la cual se desprenden los siguientes elementos que lo constituyen: a) Una manifestación de voluntad; b) Un objeto, y c) Que los dos elementos anteriores estén reconocidos por una norma jurídica. En el Testamento interviene una sola voluntad, la del testador, por lo que se le encuadra en los actos jurídicos unilaterales; es reconocido por una norma jurídica, y quien lo ejecuta tiene como objeto crear, transferir bienes, derechos y obligaciones, así como la declaración y cumplimiento de deberes aunque nada se disponga respecto de algún bien.

2. Es un acto formal y solemne. En ciertos actos jurídicos el derecho exige determinada forma para que el acto produzca efectos jurídicos, pero cuando estas formas se exigen no solamente para revestir al acto de una forma y poderlo probar, sino para que entren en composición con el acto mismo, se les llama solemnidades. Respecto a los testamentos, faltando el más insignificante de los requisitos de forma establecidos por la ley, estos quedan viciados de nulidad y no puede darse

el acto de convalidación. ni menos se extingue el vicio por prescripción, la única forma de que el testamento sea válido es haciéndolo de nuevo con las formalidades exigidas por la ley.

Según las diversas formas y circunstancias en que el testador emite su voluntad, podemos distinguir entre testamentos ordinarios y testamentos especiales; los primeros requieren mayor solemnidad que los segundos, pero ambos son actos jurídicos solemnes.

3. Unilateral. "La única declaración que le da vida es la del testador; la declaración de aceptación del heredero o legatario no integra el negocio como la aceptación de la oferta en un contrato". (5) Como consecuencia de la unilateralidad se prohíbe que en el mismo acto del testamento tomen parte dos personas; ni tampoco se permite que el heredero o legatario intervengan en el testamento para aceptarlo previamente, ni aún con el carácter de testigo.

4. El testamento es un acto revocable. Característica esencial del testamento es su revocabilidad, el testador puede en cualquier momento variar sus disposiciones o destruir o anular las ya hechas sin sustituirlas por otras. Es nula toda renuncia de libertad a revocar o cambiar las disposiciones del testamento y por el solo hecho de hacer un testamento, queda

(5) Ruggiero Roberto de. Db. Cit., Pág. 470

revocado el anterior, salvo que el testador exprese su voluntad de que el primero subsista en todo o en parte. "Cuando el segundo testamento que revoque al anterior caduca, porque los herederos o legatarios mueren antes que el testador, no acepten la herencia, sean incapaces de heredar o no se cumplan las condiciones estipuladas, no obstante esta caducidad, el segundo testamento revoca al anterior, y es que la caducidad en el caso no implica nulidad del segundo testamento, que es perfectamente válido... No obstante esta caducidad del segundo testamento, el primero queda sin efecto". (6)

5. Libre. No puede el testador obligarse por contrato o convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o bien a transmitir por testamento sólo parte de sus bienes y reservar otra parte para sus herederos legítimos. "Cualquier pacto que en este sentido restrinja la facultad libre de testar, o que implique renuncia de ella, es también inexistente por una imposibilidad jurídica, en virtud de que hay una norma en el derecho positivo, que impide que el acto de renuncia o de restricción a la facultad de testar se lleve a cabo." (7)

La violencia, ya sea física o moral, que compele la voluntad impide que el acto viciado sea eficaz. El código civil vigente sanciona con la nulidad el testamento que se haga bajo

(6) Bañuelos Sánchez Froylan. De la interpretación de los contratos y de los testamentos. Pag. 143

(7) Idea.

la violencia; así mismo, declara nulo el testamento captado por dolo o fraude. Declara que no producen efecto las disposiciones que se fundan en causa expresa que resulte errónea, si fué la causa única que determinó la voluntad.

6. De última voluntad. es decir, "mortis causa", el testamento no produce ningún efecto antes de la muerte del testador. La celebración del testamento no crea ningún derecho a favor de las personas beneficiadas en el testamento; para los herederos o legatarios, antes de la muerte del autor, el testamento es irrelevante en cuanto a negocio jurídico.

7. Personalísimo. La mayoría de los actos jurídicos se pueden ejecutar por medio de un representante, salvo casos excepcionales en que algunos deben ser personales. La ley misma denomina al testamento como un acto personalísimo. Lo anterior consiste en que el testador en persona es el que debe manifestar su voluntad, instituyendo herederos y legatarios, asignando cantidades y distribuyendo bienes. No puede encomendarse a un tercero ni la designación de herederos y legatarios ni la asignación de bienes o cantidades.

8. El testamento es un acto de disposición de bienes. En la mayoría de los casos, el testamento contiene disposiciones patrimoniales, pero esto no excluye la posibilidad de que tenga también otras declaraciones de voluntad y constar todo él de disposiciones no patrimoniales.

Entre las diversas cláusulas no patrimoniales que pueden incorporarse en un testamento según el código, podemos enumerar las siguientes:

"1. Reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio. Ello lo permiten los aa. 367 y 369 fr. IV."

"2. Designación de tutor testamentario. Así lo disponen los aa. 470, 473, 475 y 481."

"3. Encargos especiales al albacea, que pueden tener el carácter de no patrimoniales, pues el a. 1747 que se refiere a ellos no hace distinción alguna." (8)

No es necesario tampoco que la disposición se refiera exclusivamente a cosas propias. Cuando la transmisión de bienes es a título universal, existe la institución de herederos; y cuando la transmisión es a título particular entonces se instituyen legatarios.

9. El testamento debe ser otorgado por persona capaz. Por capacidad se entiende la aptitud legal que tiene un individuo para testar o heredar; por lo tanto, la incapacidad es la falta de esta aptitud. Para poder hacer testamento se exigen dos requisitos: que el testador haya cumplido dieciséis

(8) Azúa Reyes Sergio T. et. al. Código Civil Comentado. Tomo III, Libro Tercero, De las Sucesiones. Pag 59

años, salvo el caso de testamento oídgrafo, para el se requiere tener más de dieciocho años; y que se encuentre en su cabal juicio.

En materia de derecho hereditario la capacidad debe juzgarse al momento en que se hace el testamento, cuando se trate de un acto jurídico perfecto, no habrá de atenderse al momento de la muerte ni al tiempo transcurrido entre ésta y la fecha del otorgamiento.

2.2 Concepto de legado

La función primaria del legado consiste en poder transmitir a una persona, por causa de muerte, alguna cosa en especial; pero sin instituirle heredera.

"Podemos definir al LEGADO diciendo que es una disposición testamentaria por la cual el testador manda una cosa o porción de bienes, a título singular a una persona o a personas determinadas. El legado puede consistir en la prestación de la cosa o en la de algún hecho o servicio". (9)

Según Rojina Villegas la palabra legado tiene dos acepciones, pues significa, ya el acto o disposición en que el testador hace una liberalidad en provecho de alguno, ya la cosa en que consista ésta. " El legado consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, puede consistir en una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho, en favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador, si se trata de cosas determinadas o hasta que éstas se determinen posteriormente". (10)

De la definición se desprenden las siguientes

(9) De Ibarrola Antonio. Ob. Cit., Pag. 832.

(10) Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit., Pag. 75.

consecuencias: (según el mismo autor)

Primera. el heredero adquiere activo y pasivo, siempre bajo el beneficio de inventario; el legatario es un simple adquirente a título particular, que no responde del pasivo, sino de manera subsidiaria, ni continúa el patrimonio del autor de la herencia.

Segunda. El legado siempre implica una transmisión gratuita; aún cuando la ley habla de legados gratuitos y onerosos, la carga que se puede imponer a éstos últimos no puede rebasar al legado y siempre habrá un remanente.

Tercera. Los legados siempre se instituyen en el testamento. La herencia en cambio puede hacerse por testamento o por disposición de la ley. Sólo hay legados testamentarios.

Cuarta. El legado implica la transmisión de un bien determinado o determinable, que puede consistir en un derecho, en una cosa o en un servicio a cargo de un heredero, de otro legatario o de la masa hereditaria.

El legado puede subordinarse a un término suspensivo o extintivo; en cambio, la institución de heredero no puede quedar sujeta a término suspensivo o resolutorio

2.3 Sujetos de Derecho Hereditario

a) Testador

Por "testador" debemos entender a la persona que transmite sus bienes y derechos, por su propia voluntad y por causa de muerte a las personas que él mismo designa.

El código civil vigente en nuestro país reconoce al testador libertad de testar, limitándolo solo a la obligación de dejar alimentos a determinadas personas.

En cuanto a la incapacidad para testar encontramos que por orden del Art. 1306 están incapacitados para testar: I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombre o mujeres; II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.

La capacidad general para celebrar actos jurídicos se adquiere a los dieciocho años, sin embargo, los que hayan cumplido dieciséis años son considerados capaces para testar. Aun cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad o tutela, pueden otorgar testamento sin la intervención ni el consentimiento de la persona que los representa jurídicamente.

Además de las incapacidades señaladas en este artículo existen limitaciones para elaborar testamento para los que no saben o no pueden leer; en cuanto al testamento cerrado.

"Nuestra ley, de acuerdo con el derecho moderno, fija un solo momento (para determinar la capacidad del testador). Art. 1,312: Para juzgar la capacidad del testador se atenderá *especialmente* (! ?) al estado en que se halle al hacer el testamento. Este precepto es igual al 3,287, pero agregó el adverbio *especialmente* en forma completamente desafortunada... En efecto el artículo 666 del Código Civil Español tiene en su lugar el adverbio únicamente, cuya colocación sí se explica y es normal". (11) (sic)

(11) De Ibarrola Antonio. Ob. Cit., Pág. 692

b) Herederos

El heredero es al que se le atribuye la universalidad jurídica del patrimonio del de cujus o una parte alícuota del mismo. Es el sucesor del de cujus en la titularidad de su patrimonio; su carácter no nace de la clasificación que haga el testador, sino del papel que tenga con relación a la herencia, independientemente del calificativo con el que se le designe en el testamento.

Conforme a las reglas contenidas en nuestro código civil la institución de heredero o legatario no es esencial para la validez del testamento, al grado de que este puede existir y tener validez aun cuando aquella no exista, o bien, cuando el heredero o legatario instituido no acepte la herencia o sea incapaz de heredar (art. 1378).

El testador puede instituir herederos sujetando su designación a condiciones, o bien imponerle toda clase de cargas y gravámenes lícitos. Pero no puede sujetarlo a término.

Según el maestro Rojas Villegas, para poder instituir debidamente herederos se deben seguir las siguientes reglas (Derecho Civil Mexicano. Sucesiones T. IV. Pág. 60):

a) El heredero debe siempre instituirse respecto a partes alícuotas del patrimonio hereditario (vgr. un tercio).

b) El heredero debe ser instituido designandolo por su nombre y apellido y si hubiere varios del mismo nombre y apellido, agregando otros nombres y circunstancias que distingan al que se quiere nombrar. Aun cuando no se indique por su verdadero nombre a la persona a quien el testador designa heredero, se le tendrá por tal, cuando no existan dudas sobre su identidad. La designación debe ser personal.

c) La designación del heredero puede ser individual o colectiva.

d) La designación de herederos puede ser simultánea o sucesiva. En la primera todos entran desde luego en el goce de sus derechos a la muerte del testador; en la segunda se sujeta la adquisición hereditaria al orden señalado en el testamento y conforme a las condiciones y requisitos que en él mismo se precisen.

e) La institución de heredero puede ser subcausa, que es aquella en la cual el testador declara el motivo que lo indujo a hacer la designación. Según el código civil vigente, 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.

c) Legatarios

El legatario no continua la personalidad del autor de la herencia ni las relaciones patrimoniales de éste. Para el legatario existe una transmisión del patrimonio a título particular sobre un bien determinado. Esto origina que el legatario solo quede obligado a pagar la deuda o carga con que expresamente el autor de la herencia grave el legado. La situación anterior es la que se presenta en la generalidad de los casos, pero excepcionalmente se obliga al legatario a asumir la función del heredero para representar al autor de la herencia y ser un continuador de su patrimonio; esta situación excepcional se presenta cuando toda la herencia se distribuye en legados, o sea, que no hay institución de herederos. En este caso todo el activo hereditario se transmite a personas determinadas y a título particular y ellos mismos responden del pasivo hasta donde alcance el valor de los legados y continúan el patrimonio del autor de la herencia.

La aceptación de la herencia o legado no produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos o legatarios. éstos jamás son responsables con bienes propio, pues la herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario. Si los bienes que se dejan al heredero alcanzan para cubrir el pasivo hereditario, el legatario recibe íntegro su legado. En el caso contrario, en que los bienes no sean suficientes, los legatarios responden subsidiariamente; primero

se aplican los bienes dejados al heredero y la parte que falte para cubrir el pasivo habrá de distribuirse proporcionalmente entre los legatarios. El legatario nunca puede ser gravado más que hasta donde alcance su legado.

Para los herederos el legado es un gravamen. Si el heredero es único, él pagará el legado; si son varios a cada quien le corresponderá pagar su cuota.

Para la institución del legatario deben observarse las mismas reglas que se utilizan para la institución de heredero. La capacidad para dejar bienes en el testamento por herencia es la misma que para dejar bienes por legado. Las condiciones que pueden imponerse a los herederos, se aplican a los legatarios y las que anulan la institución de herederos, anulan las del legatario. Tanto la herencia como el legado pueden subordinarse a condiciones suspensivas o resolutorias y en ambos casos cumplida la condición existe efecto retroactivo.

Los términos, bien sean suspensivos o extintivos no quedan sujetos a las mismas normas. El legado puede subordinarse a un término suspensivo o resolutorio, la herencia no.

d) Albacea

"Los albaceas, llamados también cabezaleros, testamentarios o ejecutores, son las personas designadas por el testador para asegurar la ejecución y el cumplimiento de lo mandado por él. El albacea es también un órgano representativo de la comunidad hereditaria. En nuestro derecho también hay albaceas en los intestados (POL, I 495 y sigs)" (12)

El albaceazgo se caracteriza principalmente por lo siguiente:

Se trata de un cargo que puede ser testamentario o no; cuando es el testador quien lo nombra, debe hacerlo en el testamento. Cuando no se hubiere designado albacea o el designado no desempeñare su cargo, los herederos elegirán albacea por mayoría de votos.

El cargo es voluntario. pero una vez aceptado, se constituye en una obligación su leal desempeño. También hay una sanción para el albacea testamentario que voluntariamente falta a la confianza del testador, consistente en la pérdida de los derechos que le pudieran corresponder por la sucesión testamentaria.

(12) De Ibarrola Antonio. Ob. Cit., Pag. 867

El cargo de albacea no es gratuito; puede el mismo testador señalar al albacea la retribución que quiera o bien si no la señala la ley le otorga el dos por ciento sobre el importe líquido y efectivo de la herencia y el cinco por ciento de lo que producen las heredades o fincas de cualquier especie, mediante el cultivo o trabajo.

Una de las características del cargo de albacea es el carácter personalísimo; de ahí se deriva que no es delegable. Podrá el albacea servirse de auxiliares que bajo su dirección realicen determinadas actividades, pero en todo caso, bajo la responsabilidad del albacea.

El albacea debe cumplir su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieron sobre la validez o nulidad del testamento. Solo por causa justificada pueden los herederos prorrogar el plazo al albacea y si lo acuerdan no podrá exceder de un año. El albacea no puede ser nuevamente nombrado, sin que antes no haya sido aprobada su cuenta anual.

Las funciones del albacea son complejas pero las fundamentales son las de administrar y proteger el caudal hereditario en beneficio de los herederos, legatarios y acreedores del de cujus y como el patrimonio encomendado a su administración es un patrimonio destinado a liquidarse, a proceder a esa liquidación y entregar los bienes a quienes

corresponda.

Existen diferentes clases de albaceas:

Por lo que hace a sus atribuciones el albacea podrá ser UNIVERSAL o ESPECIAL. Los primeros tienen a su cargo el cumplimiento del testamento o el trámite en el intestado, hasta dejar consumada la sucesión con la partición. El albacea especial lo nombra el testador para dar cumplimiento a alguna disposición especial. Solo el testador puede nombrar éstos últimos.

Se llama albacea LEGITIMO al nombrado por los herederos cuando no hay albacea o el nombrado no desempeña el cargo; se llama albacea JUDICIAL o DATIVO, al nombrado por el Juez.

Las funciones del albacea son las siguientes:

1.- *Garantizar su manejo.* Dada la importancia del encargo que el albacea asume, es forzosa la garantía de su manejo por medio de fianza, hipoteca o prenda, según elija (art. 1708 del C.C.), salvo cuando es heredero y su porción baste para garantizar, pero si su porción no fuere suficiente, garantizará por lo que falte. Solo los herederos pueden dispensar al albacea de la obligación de garantizar.

2.- *La presentación del testamento.* Esto dentro de

los 8 días siguientes a la muerte del testador si es que lo tiene en su poder.

3.- *Asegurar los bienes de la herencia.* No permitir la extracción de cosa alguna si es que no consta la propiedad ajena por testamento, instrumento público o por libros de la casa si el autor hubiere sido comerciante. Debe poner al margen de las partidas, la pertenencia de la cosa si es que ésto no consta por los medios mencionados anteriormente, para que la propiedad se discuta en juicio.

4.- *La formación de inventarios.* Dentro de 10 días después de haber aceptado su cargo el albacea, debe proceder a la formación de inventarios y avalúos y dentro de los 60 días después de la misma fecha deberá presentarlos.

5.- *Administración de los bienes de la herencia.*

6.- *La rendición de cuentas.* Debe rendir cuenta de su administración cada año, la cuenta general y cuando deje de ser albacea por cualquier causa. No podrá ser nuevamente nombrado, sin que antes haya sido aprobada su cuenta anual. No puede el testador dispensarlo de esta obligación.

7.- *El pago de las siguientes deudas:* Mortuorias o sea los gastos de funeral y las que se hayan causado en la última enfermedad del de cujus. Las hereditarias, o sea, las

contraídas por el autor de la herencia independientemente de su última disposición y de las que es responsable con sus bienes. Las testamentarias, o sea las que constan en el testamento.

8.- *La defensa en juicio y fuera de él tanto de la herencia como del testamento.* La obligación se entiende dentro de un límite razonable, no podría obligarse al albacea a sostener la defensa de la validez de un testamento visiblemente inválido.

9.- *La representación de la sucesión en todos los juicios.*

10.- *La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios.*

El cargo de albacea termina:

- I. Término natural del encargo,
- II. Por muerte,
- III. Por incapacidad legal.
- IV. Por excusa que el Juez califique de legítima con audiencia del interesado y Ministerio Público.
- V. Terminado el plazo señalado por la ley.
- VI. Revocación de su nombramiento: la revocación puede hacerse por herederos en cualquier tiempo pero en el mismo acto debe nombrarse sustituto.

VII. Por remoción: No tendrá lugar sino por sentencia pronunciada en el incidente respectivo, promovida por parte legítima.

CAPITULO III

SUCESIONES TESTAMENTARIAS

3.1 Testamento

Nuestro código civil divide las formas testamentarias en dos clases: ordinarios y especiales. Los testamentos ordinarios, son aquellos que se otorgan en situaciones normales; se denominan especiales a los testamentos que solo pueden otorgarse cuando el testador se encuentra en circunstancias extraordinarias y no puede o le es muy difícil otorgar un testamento ordinario.

Para los testamentos ordinarios la ley exige que su otorgamiento sea más riguroso en cuanto los requisitos de forma que en el otorgamiento de los especiales. El testamento ordinario tiene validez mientras no es revocado por el testador, en tanto que el testamento especial pierde su eficacia si el testador sobrevive a las circunstancias extraordinarias que dieron lugar al otorgamiento del acto.

En el Título Tercero, Capítulo I del código civil encontramos las disposiciones generales a todos los testamentos, tanto en lo que se refiere a la identidad del testador, si éste se encuentra en pleno uso de sus facultades, y las condiciones de libertad en que está el testador, como los requisitos de idoneidad de los testigos.

IDENTIDAD. - Según el Diccionario de la Lengua

Española la palabra identidad se refiere al "Hecho de ser una persona o cosa la misma que se supone o busca. Igualdad completa."

Expresa la ley a este respecto que el Notario debe declarar, lo mismo que los testigos, si la persona que esta testando es la misma que dice ser; si es conocida por ellos. De tal importancia es este dato que cuando hay dudas sobre la identidad del testador el testamento es ineficaz mientras no se rinda una prueba posterior de la identidad (art. 1506 código civil). Si la identidad del testador no pudiere ser verificada por el notario o por los testigos, debe declararse así, anotando todas la características que pudieran identificarlo.

El tratadista mexicano Luis F. Uribe considera de tal importancia el hecho de verificar la identidad del testador, que considera nulo el testamento en que no se haya verificado tal formalidad. "...contrariamente a lo que sostienen algunos autores como, por ejemplo, Rojina Villegas, si no se hacen constar estas circunstancias, el testamento es nulo... creemos que esta formalidad de cerciorarse de la identidad del testador, aparte de que lógicamente es indispensable, que es básica, puesto que lo que se pretende, sobre todo, es evitar una suplantación de la persona del testador, problema que surgiría sólo cuando este hubiere muerto y, por tanto, que sería muy difícil de probar, resulta claramente de los preceptos transcritos, ya que precisamente se encuentran en el

Capítulo General que se refiere a la forma de los testamentos y, por tanto, es una exigencia que terminantemente el legislador ha puesto para que se cumpla en todas las diferentes especies de testamentos." (1)

LIBERTAD DEL TESTADOR.- Para que un acto jurídico en general tenga plena validez, debe manifestarse la voluntad del que se obliga, en forma libre, sin coacción de ninguna clase ya sea física o moral, sobre su persona o la de algún pariente. En el testamento se trata también de una solemnidad, el notario y los testigos o, si no interviene el notario al menos éstos últimos, deben hacer constar, de manera expresa y clara que el testador se encuentra libre de coacción. (Art. 1504 del código civil). La ausencia de este elemento de validez acarrea la nulidad absoluta.

CAPACIDAD.- El testamento, como todo acto jurídico, requiere de capacidad para su realización. En este aspecto, la ley requiere dos condiciones: 1.- Haber cumplido dieciséis años (excepto para el testamento ológrafo, que requiere dieciocho años); y 2.- Encontrarse el testador en su cabal juicio, ya sea de manera habitual o accidental respecto de aquellos que padecen enajenación mental y que en intervalos lúcidos pueden otorgar su testamento. "...esta capacidad general no implica

(1) Uribe F Luis. Sucesiones en el Derecho Mexicano. Págs. 176 y 177.

que cualquiera que la tenga pueda hacer testamento mediante cualquiera de las formas establecidas por la ley. Hay pues incapacidades relativas en cuanto a la forma; no puede otorgar testamento público abierto el que no pueda expresar cumplida y claramente su voluntad (1,489 y 1,512); los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento público cerrado (1,530); el demente en un intervalo de lucidez, no puede hacer otro testamento que el público abierto (1307), el menor de edad no puede hacer el ológrafo (1,551). Para usar las formas de los testamentos especiales, es necesario estar en las particulares circunstancias previstas para esos casos (1,501)."

(2)

IDIOMA.- Según lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley del Notariado las escrituras deben escribirse en castellano. Tomando en consideración lo dispuesto por el art. 1503 del código civil (reformado), el testador puede hacer uso de un idioma extranjero siempre que concurra al acto un intérprete designado por el mismo testador, que deberá traducir al español y firmar el testamento.

"El precepto en comentario (art. 1503 del C.C.) parece referirse solo al testamento público abierto o nuncupativo, que se otorga verbalmente en la presencia del notario que lo autoriza."

"En los casos de testamento público cerrado y de testamento ológrafo, el testador podrá nombrar en el mismo pliego del respectivo testamento al traductor del testamento cuando lo ha otorgado en idioma extranjero. Estas dos especies de testamento permanecen en secreto, en sobre cerrado que no será abierto sino hasta después de la muerte del testador. La traducción al español deberá transcribirse junto con el original como parte integrante del testamento otorgado en cualquiera de estas dos formas." (3). En caso de que no se haga el nombramiento del interprete ni se acompañe la traducción, lo hará el Juez que conozca de la sucesión.

FECHA.- Por orden de nuestra legislación se deben incluir en el texto del documento la fecha y la hora (ver artículos 1512, 1531, 1551, 1594 del código civil).

TESTIGOS.- Anteriormente los testigos que intervenían en el testamento, junto con el notario, estaban encargados de probar más tarde, con testimonios imparciales, que en el momento del otorgamiento no se produjo ninguna causa de nulidad y se cumplió una formalidad; en la actualidad y según las reformas publicadas en el Diario Oficial de seis de enero de mil novecientos noventa y cuatro, los testigos son meramente opcionales de conformidad con el artículo 1513 del código civil, ahora se considera que la fe pública del notario es

(3) Azúa Reyes Sergio T. et al. Código Civil comentado. Libro Tercero. De las Sucesiones. Pag 109.

suficiente. La regla general es que toda persona puede ser testigo y excepcionalmente algunas personas no pueden hacerlo. La doctrina francesa nos habla de incapacidades naturales y legales (contenidas en el artículo 1502 del código civil).

Las naturales son: Existe imposibilidad para los menores de dieciséis años (fracc. II), el legislador considera que antes de esa edad, el menor no puede darse cuenta de la importancia del acto, ni prestar la atención suficiente para declarar respecto del cumplimiento de las formalidades. Tampoco, pueden ser testigos los dementes, ciegos, sordos o mudos (fracc. III, y IV); la prohibición para los dementes no es solo para los que están sujetos a interdicción sino para los que por cualquier circunstancia, aunque sea transitoria, no pueden dar testimonio de lo que aconteció en el acto de testar. No pueden ser testigos los que no entiendan el idioma del testador (fracc. V), puesto que no podrían comprender sus disposiciones.

Las legales son: No pueden ser testigos del testamento los amanuenses del notario que lo autorice (Art. 1502 fracc. I del C.C.). La palabra amanuence significa aquella persona que escribe al dictado, pero la opinión generalizada de los tratadistas es que esta fracción está mal redactada, ya que debería abarcar a cualquier persona que dependa económicamente del notario y se encuentre subordinada a él. Igualmente son incapaces para ser testigos los herederos o legatarios instituidos o sus descendientes, ascendientes, cónyuge o

hermanos (fracc. VI), por considerarse que puedan tener un interés directo o indirecto en el testamento; están afectados de parcialidad, la sanción que se dá en este caso es que se produce la nulidad de la disposición que beneficie al testigo o a sus parientes. Los que hayan sido condenados por delito de falsedad (fracc. VII) no pueden ser testigos puesto que no se puede confiar en su dicho.

"Por otra parte, la Ley del Notariado del D.F. dispone que queda prohibido a los Notarios actuar como tales en caso de que intervengan por sí o en representación de tercera persona, su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grados, los consanguíneos hasta el 42 grado y los afines en el colateral hasta el 22 grado o si interesa a él mismo o sus citados parientes (Art 35, III y IV), bajo la pena de nulidad de la escritura." (4).

CONTINUIDAD EN EL ACTO DE CELEBRACION.— El autor mexicano Luis F. Uribe considera que éste es un requisito esencial y que por lo tanto, cualquier testamento que se interrumpa para ser continuado en otra fecha, esta viciado de nulidad absoluta. (5)

(4) Arce y Cervantes José. Ob. Cit., Pag.114.

(5) Uribe Luis F. Ob. Cit. Pag. 175.

3.2 Validez, nulidad y revocación de los testamentos

Inexistencia.- Acto inexistente es aquel que no reúne los elementos que supone su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es imposible concebirlo.

El artículo 2224 del código civil manifiesta lo siguiente: "El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado".

"En México, en principio, no existen los contratos solemnes y por ello el legislador no incluyó la solemnidad entre sus requisitos de existencia. Sin embargo, si hay otros actos jurídicos solemnes, como el matrimonio" (6)

"Un ejemplo de inexistencia en el testamento sería el caso en que se suplanta a la persona del testador. En este caso falta por completo el consentimiento." (7) En este caso la inexistencia acarrea todas las consecuencias a que se refiere el artículo 2224 transcrito anteriormente.

(6) Bejarano Sánchez Manuel. Obligaciones Civiles. Pag. 51

(7) Uribe Luis F. Ob. Cit., Pag. 201

La inexistencia no requiere de declaración judicial para que no surta efectos, pues debido a que no existe el acto, nunca pudo haber producido tales efectos.

NULIDAD.- Doctrinalmente podemos encontrar que a la nulidad de los actos jurídicos se le suele dividir en: nulidad absoluta y nulidad relativa, según sus características y consecuencias.

La *nulidad absoluta* tiene las siguientes características: 1. El acto produce provisionalmente sus efectos, es decir, que la sentencia que pronuncie el Juez al respecto destruye retroactivamente dichos efectos. 2. Siempre requiere una sentencia que resuelva que el acto es nulo, lo anterior es por que el acto esta produciendo sus efectos y se requiere de una resolución judicial que destruya todos los efectos que ha producido el acto. 3. No puede confirmarse por voluntad de los interesados; el acto es nulo para todo el mundo y cualquier persona puede ejercitar la acción de nulidad, si se diera la posibilidad de la ratificación a alguno de los interesados, en los casos de nulidad absoluta, se dejaría sin derecho a todas las demás personas que pueden ejercitar esa acción de nulidad. 4. Es imprescriptible, no importa el tiempo transcurrido desde la celebración del acto nulo, un acto que se realiza en contra de las leyes prohibitivas o del interés público no debe producir efectos por el simple transcurso del tiempo. 5. Como se dijo anteriormente, puede hacerse valer por

cualquier interesado.

El artículo 2226 del código civil manifiesta al respecto: " La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción."

La *nulidad relativa* se reviste de las siguientes características: 1. La nulidad relativa no es inmediata, 2. La acción de nulidad no corresponde a todo el mundo, es una facultad reservada sólo al incapaz o la persona cuyo consentimiento esta viciado. 3. Es susceptible de confirmación, ésta consiste en una renuncia a la acción de nulidad y convierte en válido un acto que antes era anulable. 4. Es prescriptible, es decir, que se tiene un término para el ejercicio de la acción de nulidad. Es conveniente aclarar que basta la existencia de cualquiera de las características mencionadas para clasificar la nulidad como relativa.

Nulidad por incapacidad. - Como se dijo anteriormente, el testamento como todo acto jurídico requiere de una capacidad para ejecutarlo y que surta todos sus efectos legales. La regla general es que todos tienen capacidad para testar, es decir, pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe ese derecho. La capacidad es un elemento que sólo se requiere para

la validez de los actos jurídicos (por regla general). Tanto el Maestro Rojas Villegas como Antonio de Ibarrola exponen dos tesis diferentes en cuanto al tipo de nulidad que afecta al testamento hecho por un incapaz.

La primera de ellas es la aceptada por los autores citados y consiste en considerar que el testamento está afectado de nulidad relativa; lo anterior se debe principalmente a que en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (Art. 638) considera a la acción de herencia como una acción real. "Ahora bien, la acción real de herencia como hemos visto prescribe en diez años. Por tanto, la acción es prescriptible y basta ese solo dato para clasificar la nulidad como relativa." (8)

Esta misma tesis que estudiamos sostiene que el testamento hecho por un incapaz es susceptible de ser ratificado, aunque no se trate de una ratificación retroactiva. Se refieren a la ratificación que se hace con la celebración de un testamento nuevo, con las solemnidades necesarias y las mismas disposiciones.

La otra tesis que exponen los mencionados autores es la de la nulidad absoluta. "Se dice: el precepto que establece

(8) Rojas Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo IV Sucesiones. Pag. 328.

la prescripción en casos de nulidad por incapacidad es aplicable a los contratos, no a los testamentos. El artículo 638 es fácil aplicarlo en materia de contratos: basta determinar cual es al acción real o personal originada por el acto: pero en materia de testamentos, como el testamento implica una transmisión a título universal, no existe base para fijar el término de la prescripción." (9)

Se argumenta que el transcurso del tiempo no convalida el testamento hecho por un incapaz y que la ratificación tácita no existe en materia de testamentos. No hay un término expreso de prescripción y el término general esta reservado para las obligaciones. La ratificación de un acto conlleva la convalidación retroactiva del mismo; si no hay convalidación retroactiva no hay ratificación en términos jurídicos. Lo que se hace es volver a otorgar el testamento como si fuera nuevo y éste surtirá sus efectos hasta la muerte del testador y no en la fecha en que se otorgó el acto.

Nulidad por vicios de la voluntad.— La voluntad del autor o de las partes que celebran un acto debe manifestarse en forma cierta y libre, es decir, exenta de vicios. Son vicios de la voluntad la violencia, el error y el dolo.

Nulidad por violencia.— El código civil al hablar de

(9) De Ibarrola Antonio. Cosas y sucesiones. Pag. 738.

los vicios del consentimiento (art. 1819) manifiesta lo siguiente: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

El principio anterior se aplica también en materia de testamentos, con la excepción de que para los testamentos no hay disposición especial que limite el grado de parentesco del testador para considerar viciada la voluntad. En este caso es factible aplicar el artículo 1300 del código civil y que se entienda que se refiere a los parientes más próximos, según la sucesión legítima.

El artículo 1485 del código civil supone la existencia de la violencia moral al establecer lo siguiente: "Es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes."

Según el artículo 2228, la falta de forma exigida 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.

En el caso de nulidad del testamento por causa de

violencia tenemos tres de las principales características de la nulidad absoluta, tales como que no es susceptible de ratificación, es imprescriptible y puede intentarse por cualquier interesado.

Al respecto el Maestro Luis F. Uribe acoge la tesis de la nulidad absoluta (que consideramos correcta) por lo siguientes: En cuanto al vicio de la violencia encontramos que por disposición de la ley, el Notario y los testigos o, en su caso, éstos nada más, deben cerciorarse y hacer constar que el testador se encuentra libre de toda coacción; cuando el testador se encuentra sujeto a violencia física o moral, no es solo un vicio de la voluntad, sino un vicio en una solemnidad necesaria al testamento que motiva la NULIDAD ABSOLUTA.

"De todas maneras y a pesar de esa redacción tan confusa (la del art. 1486 del Código Civil), en nuestra opinión y según todas las disposiciones relativas que hemos mencionado, un testamento que se dicta cuando el testador ha sido amenazado o bien se ha captado por dolo o fraude, está atacado de nulidad absoluta." (10)

Nulidad por error. - "En lenguaje común es un concepto falso de la realidad, es una creencia no conforme con la verdad. Ocasionalmente, el error sufrido por el autor de un

(10) Bejarano Sánchez Manuel. Ob. Cit., Pag. 95

acto jurídico vicia su voluntad y provoca la nulidad del acto, pero no todo error produce tales efectos jurídicos; es decir, no todo error tiene trascendencia para el Derecho." (11)

El código civil (Art. 1813) dispone que el error que vicia el contrato es el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan y que ese motivo haya trascendido exteriormente, es decir que haya evidencia que lo haga comprobable.

En materia de testamentos, el artículo 1301 del Código Civil identifica la causa de la declaración testamentaria con el motivo determinante de la voluntad del testador para disponer de sus bienes.

El nombramiento de herederos o legatarios se hace por alguna causa que induce al testador y que sin ella no se hubiera producido nunca la institución. En materia de contratos se admite la nulidad por error aunque no se haya expresado la causa (Art 1813 del código civil) pero en materia de testamentos, el error debe aparecer en el texto y debe ser lo único que determinó la voluntad del testador. La falsa causa motiva la nulidad sólo de las disposiciones que se hubieren hecho con ese motivo; debemos tomar en cuenta que los motivos

(11) Uribe F. Luis. Ob. Cit., Pág. 211

que se tuvieron en cada disposición son independientes entre sí.

"Para el error aplicamos, en materia de nulidades, las mismas conclusiones que hemos expuesto en materia de incapacidad. Es decir, existen las dos tesis; la que considera que la acción de nulidad es prescriptible y, por consiguiente, la nulidad es relativa, ya que falta una de las caracterizaciones de la absoluta, aun cuando se reconozca que en este caso, como en todos los de nulidad, no puede haber ratificación del testamento". (12)

Nulidad por dolo.- El código civil (Art. 1487) manifiesta que es nulo el testamento captado por dolo o fraude y en su artículo 1815 define al dolo como cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido.

Para que el dolo produzca la nulidad del testamento, debe inducir al error y que éste sea el motivo determinante de la voluntad. En cuanto al error se aplican las mismas tesis de nulidad absoluta y relativa que se han expuesto.

Nulidad por falta de forma.- El testamento es un acto

(12) Rojas Villegas Rafael. Ob. Cit., Pág. 334

jurídico solemne "...en virtud de que la ley exige un verdadero molde formal, es decir, un conjunto de formas que reunidas dan la categoría o tipo formal correspondiente al testamento de que se trate, de tal manera que si no se observan no llega a constituirse ese molde formal." (13)

La regla general es que cualquier acto que se realice debe revestirse de la forma que le prescribe la ley para que produzca los efectos jurídicos según su naturaleza. En ciertos casos, y dada la importancia del acto, se requieren además de las formas comunes una especial. En estos casos, la falta de formal especial requerida (solemnidad) tiene por inexistente la voluntad exteriorizada. "Cuando no se observa sustancialmente el molde formal, entonces al omitirse la solemnidad, el testamento será inexistente..." (14)

El testamento no es anulable por *simulación* porque esta figura no puede darse en él. La simulación implica que hay partes que declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas, y como el testamento es un acto jurídico unilateral, no puede existir esta causa de nulidad.

REVOCACION DE LOS TESTAMENTOS.- El carácter de revocabilidad en los testamentos es una característica esencial

(13) Rojas Villegas Rafael. Ob. Cit., Pág. 339.

(14) Idem. Pág 342.

de los mismos, puesto que el testador expresa lo que será su última voluntad, expresión que se hace en un momento determinado pero que con el tiempo puede llegar a cambiar.

Por revocación debe entenderse la anulación o retracción que hace una persona de un acto ejecutado con anterioridad y que unilateralmente puede dejar sin efecto.

De tal importancia es esta característica de los testamentos, que un testamento anterior queda revocado de pleno derecho por uno posterior, si el testador no expresa en éste su voluntad de que subsista en todo o en parte. La revocación produce efectos aunque el segundo testamento caduque por incapacidad o renuncia de herederos o legatarios.

El reconocimiento que se hace de un hijo, dentro de un testamento queda subsistente aunque se revoque el testamento en que se hizo dicho reconocimiento (Art. 367 del código civil). El perdón concedido al ofensor en un testamento no se entiende revocado por la revocación del testamento.

En general, la facultad de revocación que posee el testador se entiende referida a las disposiciones hechas por causa de muerte. En cuanto a las disposiciones que no son propiamente testamentarias, su revocabilidad se juzga según las reglas de el acto respectivo.

3.3. La forma de los testamentos

Teniendo en cuenta la forma, existen dos clases de testamentos, los realizados en circunstancias normales, que son los ordinarios (público abierto, público cerrado, ológrafo y público simplificado); y los otorgados en situaciones excepcionales que corresponden a los llamados especiales (privado, militar, marítimo y el hecho en país extranjero).

a) Público abierto

Anteriormente el artículo 1511 del código civil establecía lo siguiente: "Testamento público abierto, es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos." La anterior definición incluía en ella el requisito de que concurrieran con el notario tres testigos. Según la reforma publicada en el Diario Oficial de seis de enero de 1994, dos testigos concurrirán al acto cuando el testador o el notario lo soliciten, suprimiéndose la exigencia anterior.

A esta clase de testamento se le denomina público por que se otorga ante notario, y en su caso ante dos testigos.

El autor debe expresar su voluntad de viva voz ante el notario, éste redactará por escrito y transcribirá en el protocolo las cláusulas del testamento; el testador expresa su voluntad en términos propios, pero el notario puede usar

términos más apropiados. Una vez redactado el texto lo deberá leer en voz alta, y si el autor del acto manifiesta su conformidad será firmado por él, el notario y en su caso los testigos. Es requisito esencial del testamento que se asiente el lugar, el año, el mes, el día y la hora en que se otorgó.

Cuando el testador no puede o no sabe firmar uno de los testigos firmará a su ruego y el testador imprimirá su huella digital.

La persona que sea completamente sorda podrá hacer este tipo de testamento y si sabe leer, será el propio testador quien dé lectura a su testamento. Si no sabe leer o no pudiere hacerlo, el testamento será leído por la persona que él designe.

Cuando el testador es ciego o no pueda o no sepa leer, se dictará al notario el testamento en forma normal, pero concluida su redacción será leído dos veces; la primera por el notario que lo autoriza, y la segunda por uno de los testigos u otra persona que el testador designe.

El extranjero que desconozca el idioma castellano, redactará por sí mismo su testamento, el cual será traducido por un intérprete. La traducción se transcribirá a la letra en el protocolo, y el original se archivará en el apéndice del acta notarial. Cuando el testador no sabe o no puede leer o

escribir, el intérprete escribirá el testamento que le dictará el autor del testamento en el idioma extranjero y la traducción al castellano se transcribirá como testamento en el protocolo del notario. El original redactado en el idioma extranjero se agregará al apéndice de la escritura. En este caso el intérprete puede intervenir como testigo de conocimiento.

En el testamento público abierto se deben cumplir las formalidades respectivas en un solo acto, que comenzará con la lectura del testamento y el notario dará fe de haberse llenado aquellas.

b) Público Cerrado

El testamento público cerrado, también llamado místico o secreto, toma su nombre de "cerrado", del hecho de que el notario y los testigos reciben la última voluntad del testador en un pliego cerrado, y por ende la desconocen. (15).

En este tipo de testamento no se exige que sea escrito por el propio testador, (salvo el caso del sordo mudo) ya que puede valerse de otra u otras personas. En este aspecto encontramos que la persona que escribe a ruego del testador es solo un medio para hacerlo y no requiere tener capacidad para

(15) Cecilia Licón Vite. Código Civil Comentado. Libro Tercero. de las Sucesiones. Pag. 124

obrar. Además de que el testador no está obligado a indicar el nombre de la persona que escribió a menos de que hubiere rubricado y firmado en lugar del testador.

El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento, pero si no supiere o no pudiere hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona a su ruego. En este último caso la persona que haya rubricado y firmado por el testador deberá concurrir junto con éste al acto de presentación del pliego o sobre cerrado que contiene las disposiciones testamentarias ante el notario y los testigos. En ese acto, el testador deberá declarar que aquella persona rubricó y firmó en su nombre, y ésta firmará en la cubierta del pliego o sobre junto con los testigos y el notario.

Para poder hacer testamento público cerrado no es necesario saber o poder escribir, sino saber y poder leer.

El testamento público cerrado se perfecciona al momento en que el notario da fe del otorgamiento, antes de ese acto es solo una expectativa escrita en un papel. La fecha del acta notarial es la que corresponde a la del acto de última voluntad.

Para asegurar el carácter de "secreto" hasta la apertura de la sucesión en esta forma de testamento, se exige que el papel en que se contienen esas disposiciones o el que le

sirva de cubierta deberá estar cerrado y sellado o lo hará el testador en el acto del otorgamiento. El testador simplemente hace la presentación del pliego o sobre ante el notario y los testigos y manifestará encontrarse ahí contenida su última voluntad.

En la cubierta del sobre o pliego deberá el notario dar fe del otorgamiento, con expresión de las formalidades requeridas, sin que pueda subsanar tal omisión el hecho de que esa constancia se haya extendido en protocolo. Además debe el notario asentar lo conducente a la identidad del testador y la circunstancia de encontrarse libre de coacción.

El acta de otorgamiento deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario. La firma del testador es indispensable en su carácter de otorgante del testamento, si no pudiere firmar el testador lo hará otra persona en su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos salvo en casos de suma urgencia y de que el notario haga constar esa urgencia. En cuanto a los testigos, deben comparecer y firmar, si alguno de ellos no supiere firmar se requerirá la presencia de otra persona para que lo haga en su nombre, de modo que siempre haya tres firmas. La intervención del notario, su firma y sello, justifica el carácter público de este testamento.

Si el testador es sordo-mudo es necesario que sepa

escribir, ya que sus disposiciones deberán ser anotadas de puño y letra, firmarlas y fecharlas, además de que para su presentación se requieren cinco testigos ante los cuales el testador escribirá que en aquel pliego se contiene su última voluntad y que va escrita y firmada por él.

El notario levantará razón en su protocolo, indicando el lugar, hora, día, mes y año en que el pliego que contiene el testamento fué presentado ante él y hecho que sea será entregado al testador para que éste resuelva sobre la guarda y custodia del testamento, consevandolo en su poder, o puede darlo en guarda a una persona de su confianza o depositarlo en el Archivo Judicial.

En el casos en que se quiera depositar en el Archivo Judicial, el testador se presentará ante el encargado del archivo para que tome razón de la presentación y depósito en el libro que con tal finalidad debe llevarse. En testamento es un acto personalísimo, pero su presentación en el Archivo Judicial se puede confiar a un mandatario, en cuyo caso, el testimonio de la escritura en que conste el contrato de mandato especial quedará unido al pliego testamentario.

Es facultad del testador retirar su testamento del Archivo Judicial, solo se tienen que cumplir las mismas formalidades que para su entrega.

Una vez que un testamento cerrado sea recibido por el Juez, éste hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento. En caso de que no sea posible la comparecencia de la mayor parte de los testigos o el notario, el Juez deberá cerciorarse por medio de prueba pericial, de la autenticidad de la firma del testador, de que la firma que aparece en la cubierta es la del notario, para lo cual servirá de firma indubitable la que aparece en la razón que obra en el protocolo del propio notario.

Los testigos que puedan comparecer reconocerán la firma que aparece como suya en la cubierta del testamento, así como la del testador y deberán declarar junto con el notario que en su concepto el pliego testamentario se encuentra cerrado y sellado, en caso de que no sea así el testamento pierde su eficacia.

Cumplidos que sean los requisitos anteriores por el Juez, se procederá a la diligencia de apertura o publicación del testamento, en la cual firmarán al margen del testamento todas las personas que hayan intervenido en la diligencia, con el juez y el secretario y se pondrá el sello del juzgado.

c) Público Simplificado

Este tipo de testamento es de reciente creación (reforma publicada en el Diario Oficial de 6 de enero 1994),

con la adición de un capítulo III Bis, que se compone por un sólo artículo 1549 Bis, el cual lo define como aquel que se otorga ante Notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal.

Por razones de orden no se explica el funcionamiento de este tipo de testamento en este capítulo, toda vez que es materia del capítulo siguiente.

d) Ológrafo

"En síntesis el testamento ológrafo es el manuscrito íntegramente, que firmado por el autor de la herencia, consta en un documento privado que el testador deposita en el Archivo General de Notarías en sobre cerrado y firmado." (16)

En esta clase de testamento la edad requerida para hacerlo es de 18 años, tanto el contenido como la firma del testamento deben ser del puño y letra del autor y debe contener la fecha completa en que se otorga. Además se permite a los

(16) Sergio T. Azúa Reyes, et. al. Código Civil Comentado. Libro Tercero de las Sucesiones. Pág. 137.

extranjeros el uso de su propio idioma para éste testamento, sin que se tenga que traducir al momento de su otorgamiento.

Si el testamento contiene palabras tachadas, enmendadas o entrerengiones, las salvará el testador con su firma, en caso contrario, la nulidad solo afectará lo tachado o enmendado y no al testamento en su integridad.

El testamento ológrafo debe redactarse por duplicado, imprimiendo el testador en cada uno de los ejemplares su huella digital, uno de ellos será depositado en el Archivo General de Notarías. Ambas copias tienen la misma validez, pero el documento que sirve para la apertura del juicio sucesorio, es el depositado en el Archivo General de Notarías. Los dos ejemplares del testamento se deben colocar en sobres cerrados, y llevarse al archivo mencionado, en donde deberá quedar depositada una copia, y la restante le será devuelta al testador, con la anotación hecha por el encargado del Archivo General de Notarías de que se recibió el pliego original del testamento y el que se entrega es duplicado, así como el lugar y la fecha en que se hace la constancia y las firmas de los comparecientes.

El depósito en el Archivo General de Notarías debe hacerlo en forma personal el testador, y si éste no es conocido por el encargado de esa oficina debe presentar dos testigos que lo identifiquen. En caso de imposibilidad del testador para

acudir a la citada oficina, el encargado de ésta debe trasladarse al lugar en que se encuentre el testador. Este debe poner en el sobre, de su puño y letra la mención de que el sobre contiene su testamento, con mención de la fecha y la hora en que se hace el depósito. Todo lo anterior deberá ser firmado por el testador, el Director del Archivo General de Notarías y por los testigos de identidad en su caso.

El testamento ológrafo tiene una existencia privada, le está prohibido al Director del Archivo General de Notarías proporcionar informes sobre la existencia del mencionado testamento a menos que se trate de la apertura de la sucesión hereditaria y la información la requiera un Juez o Notario.

Este testamento puede ser retirado de la mencionada oficina en cualquier momento, a voluntad del testador y se puede retirar por medio de un mandatario especial, cuyas facultades consten en instrumento público; con las respectivas consecuencias de su revocación.

e) Testamento Privado

El testamento privado se admite siempre que no se pueda acudir a las formas ordinarias y por motivos de urgencia, tales como la imposibilidad derivada de una enfermedad grave, el hecho de que no exista juez o notario en la población, o bien que éstos no puedan concurrir al otorgamiento; y cuando

los militares o asimilados del ejército entren en campaña o sean prisioneros de guerra (parecido al testamento militar).

Este testamento se realiza siempre en presencia de cinco testigos idóneos y puede ser escrito u oral, éste último caso, siempre que ninguno de los que concurran a su otorgamiento sepa escribir o bien se trate de un caso de suma urgencia, en cuyo caso se reduce el número de testigos a tres.

El testamento solo tiene validez si el testador muere de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba o dentro de un mes de desaparecidas las circunstancias especiales que le dieron origen.

Los testigos que concurran a un testamento privado deberán declarar circunstancialmente lo que señala el artículo 1574 del código civil : 1. El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento; 2. Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador; 3. El tenor de la disposición; 4. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción; 5. El motivo por el que se otorgó testamento privado; y 6. Si saben si el testador murió de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba. En caso de que haya contradicciones entre los testigos, se pueden presentar dificultades para ejecutar el testamento. En caso de que los testigos sean contestes, el juez, a petición de los interesados, declarará que sus dichos son el formal testamento

de la persona de quien se trate.

Para el caso de que muera o no comparezca alguno de los cinco testigos, se hará la declaración con los restantes, con tal de que el número no sea inferior a tres y que éstos estén libres de cualquier tacha. Los testigos también pueden ser examinados por medio de exhorto.

f) Testamento Militar

Este tipo de testamento se considera especial debido a que al momento de entrar en acción de guerra, se corre un peligro de muerte. El artículo 1579 lo define de la siguiente manera: "Si el militar o el asimilado del ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra", esta disposición especial se hace extensiva a los prisioneros de guerra.

Como se desprende de la misma definición, se puede hacer este testamento en forma oral o escrita, si se hace en esta última forma, el pliego cerrado se entregará a los testigos quienes adquieren la obligación de entregar dicho pliego al jefe de la corporación al momento en que muera el testador. La Secretaria de Estado respectiva es la que se

encargará de remitir el testamento al poder judicial.

Cuando se tratare de testamento otorgado en forma oral, los testigos harán del conocimiento del jefe de la corporación sobre la existencia y disposiciones del testamento, una vez que haya fallecido el testador, y se procede de la misma manera que en el testamento escrito.

Por disposición de la ley se aplican también los artículos 1571 al 1578, dentro de los cuales se encuentra la disposición que manda que el testamento quede sin efecto si el testador no muere en la acción guerra de que se trate, de su herida, en su situación de prisionero de guerra, o en general dentro del término de un mes de desaparecida la causa que le dió motivo.

g) Marítimo

Este tipo de testamento puede ser utilizado por aquellos que se encuentren en alta mar o a bordo de navíos de la Marina Nacional.

El testamento marítimo solo puede otorgarse en forma escrita, en presencia de dos testigos y del capitán de la embarcación; si es éste quien quiere hacer testamento, desempeñará sus veces el que deba sucederle en el mando.

El testamento se hace por duplicado, registrándolo en el Diario de la nave, si el barco arribare a un puerto en que haya agente Diplomático, Cónsul o Vicecónsul deberá entregarse una de las copias, por el capitán, con una copia de constar en el Diario de la embarcación. Cuando se arriba a un puerto dentro del territorio nacional, se entrega el otro ejemplar o ambos, a la autoridad marítima del lugar. El capitán deberá obtener recibo por su entrega y lo citará por nota en el Diario. La entrega se hace a la Secretaria de Relaciones Exteriores, quien deberá publicar mediante edictos la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento.

El testamento marítimo solo producirá efecto si el testador muere en el mar o dentro de un mes contado desde el desembarque.

h) Hecho en País Extranjero

En principio podemos considerar que el testamento hecho en país extranjero requiere para ser válido, únicamente haber sido formulado conforme a las leyes del país en que se otorgó. El testador puede concurrir ante Notario o cualquier funcionario que pueda válidamente autorizar el acto jurídico, o ante los secretarios de legación, cónsules o vicecónsules mexicanos, quienes autorizarán un testamento que en realidad podríamos llamar ordinario, a elección del testador.

Estos funcionarios están obligados a remitir una copia de los testamentos ante ellos otorgados a la Secretaría de Relaciones Exteriores, el cual hará publicar la noticia de la muerte del testador en un periódico para que los interesados promuevan la apertura del testamento.

Tratándose de testamento ológrafo, el funcionario que intervenga en el depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores al encargado del Archivo General de Notarías.

En el caso de testamento público cerrado, puede el testador confiar la guarda del mismo al Secretario de Legación, Cónsul o Vicecónsul, quien hará mención de esa circunstancia y dará recibo de la entrega.

El papel en el que se otorguen este tipo de testamentos deberá llevar siempre el sello de la legación o Consulado respectivo.

CAPITULO IV

TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO

4.1 Decreto de seis de enero de 1994

El testamento público simplificado es una figura jurídica creada por decreto publicado en el Diario Oficial de fecha seis de enero de 1994, decreto que adiciona y deroga diversas disposiciones del código civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal, del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, de la ley del notariado para el Distrito Federal y de la ley orgánica del Departamento del Distrito Federal.

En cuanto al código civil, se hicieron varias modificaciones, en relación al derecho de familia y los contratos, se suprimió la autorización judicial que requerían los cónyuges para contratar entre sí. En materia de mandato su formalización se actualizó en función de la cuantía del negocio. En materia de testamentos se suprimió la necesidad de que comparecieran tres testigos al testamento público abierto y se redujo la participación de dos a un solo intérprete para el testador que ignore el idioma del país. Por último, tuvo lugar la reforma que más nos interesa al código civil, en los artículos 1500 y 1549 Bis, introduciendo una figura novedosa en materia de testamentos, el llamado testamento público simplificado y cuyo funcionamiento y críticas se reservaron para este capítulo.

En relación al código de procedimientos civiles se reformó el artículo 876 y se adicionó el 876 Bis. éste último artículo permite a los legatarios en el testamento público simplificado tramitar directamente ante notario la adjudicación del inmueble y se les exhime de la obligación de dar garantía para responder de los gastos y cargas generales de la herencia.

Por último, el decreto de referencia contiene reformas a la ley del notariado para el Distrito Federal y que entre otras cosas implanta el sistema de folios en la conformación del protocolo ordinario y conserva un protocolo especial para hacer constar los actos en que intervengan las autoridades del Distrito Federal. También se modificó la forma de calificar a los sustentantes del examen de oposición para obtener la patente de notario. Así mismo, se obliga a los notarios a atender asuntos de interés social, cuando sean requeridos por las autoridades del Distrito Federal. Se aclara la intervención que tendrán en asuntos electorales. La responsabilidad de los notarios podrá ser investigada a petición del particular que resulte afectado o bien por la autoridades de Distrito Federal que tengan conocimiento de alguna irregularidad.

Para nosotros, la reforma más interesante es la creación del testamento público simplificado, que como veremos más adelante tiene pocas probabilidades de éxito en la aplicación práctica; con motivo de contradicciones existentes

entre las disposiciones generales a los testamentos y las disposiciones particulares que se crearon para éste.

De ahí que sea válido el preguntar el por qué de la aprobación de el decreto que se estudia, por las cámaras de senadores y diputados respectivamente.

En principio se hace notar que la iniciativa de reforma enviada por el ejecutivo a la cámara de senadores (que en este caso fungió como cámara de origen), plantea al testamento público simplificado como una solución a la discontinuidad que existe en los programas de regularización de tenencia de la tierra, "...las personas mueren intestadas y sus herederos por varias generaciones no tramitan los respectivos juicios sucesorios, debido a lo dilatado y costoso de los trámites y a los impuestos acumulados que se deben cubrir. Esta situación se ha convertido en una de las nuevas causas de irregularidad en la tenencia de la tierra de tal suerte que si no se prevé que los propietarios de los predios regularizados tengan un medio ágil y seguro para que voluntaria y libremente puedan formalizar su decisión para después de su muerte sobre la propiedad de dichos predios, se corre el riesgo de que la eficacia de dichos programas se anule." (1)

Sin embargo, aún y cuando la intención de la

(1) Iniciativa de reforma del decreto que creo el testamento público simplificado. Párrafo 102.

iniciativa en principio parece era buena, no se cuidaron los aspectos técnicos de la nueva figura. Se le quiso beneficiar de manera extraordinaria y se llegó a extremos tales como permitir la realización de testamentos "mancomunados o recíprocos", la limitación al testador de que en su testamento sólo se le permita testar sobre un sólo bien, disposiciones que se contravienen con las disposiciones generales a los legados y otras contradicciones que se estudiarán más adelante.

Sin embargo no hay que olvidar que también encontramos motivos políticos para formular un decreto de las características de el que estudiamos. El alcance y beneficio de la reforma está evidentemente sobrevaluado, tal y como lo expresó el senador Muñoz Ledo en el debate correspondiente "...No nos opondremos desde luego, a éstas reformas que simplificarían trámites, aligeran problemas relacionados con la viudez y la orfandad; tienden a limitar el abuso, la especulación e, incluso el atropello por indefensión derivada de la pobreza y de la ignorancia". (2)

La creación del testamento público simplificado fue encomendada al Colegio de Notarios del Distrito Federal, sin embargo la figura creada no corresponde a un técnica jurídica correcta, no respeta principios que rigen a los testamentos, se le exime de cubrir ciertas formalidades y requisitos esenciales

a la elaboración de un testamento ordinario.

El hecho de que la redacción de la reforma hubiera sido confiada al Colegio de Notarios del Distrito Federal, no quiere decir que no se debía revisar antes de que fuera aprobado el proyecto; al respecto es interesante citar lo manifestado por el diputado Juan Hernández Mercado "Tanto en el desarrollo y formulación de la iniciativa, tenemos entendido, se consultó a los notarios del Distrito Federal. Por lo que el voto de apoyo al presente dictamen no solo lo es por los avances que en él se contienen, sino también es un voto de confianza, que en primera instancia ya ha sido otorgado por el Senado de la República y que no dudamos esta soberanía ratificará en favor de la institución del notariado de esta ciudad capital". (3)

Como veremos más adelante, nunca debió ser aprobada la creación del testamento público simplificado.

4.2 Funcionamiento del Testamento Público Simplificado

A continuación se explica el funcionamiento de esta figura, tal como lo señala el código civil, sin entrar al análisis del mismo, toda vez que esto es materia del subcapítulo siguiente.

El primer requisito de esta forma de testamento es una limitante al valor de la cosa sobre la cual se va a testar, el cual no debe exceder de 25 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal elevado al año, o bien, que se trate de la regularización de un inmueble, que se haga por las autoridades del Distrito Federal o cualquier entidad o dependencia de la Administración Pública Federal, en cuyo caso no importa el monto.

El testador puede instituir uno o más legatarios, y puede además designar un representante especial para que firme el instrumento notarial en lugar de aquellos que al momento de firmarse el testamento sean incapaces.

En caso de que hubiesen dos o más compradores, todos pueden designar legatarios en el mismo acto respecto de su porción, lo mismo sucede cuando el comprador del inmueble está casado bajo el régimen de sociedad conyugal.

Una vez muerto el testador, los legatarios pueden reclamar directamente la entrega del legado, aún antes de que se forme el inventario y sin garantizar los gastos ni cargas generales de la herencia.

Para que los legatarios puedan escriturar el bien legado a su nombre pueden concurrir ante el Notario, exhibiendo copia certificada del acta de defunción del testador y testimonio en el que obra el testamento público simplificado.

El notario debe hacer una publicación en un periódico de mayor circulación, para dar a conocer que ante él se está tramitando la titulación notarial del bien legado mediante testamento público simplificado, señalando los nombres del testador, del legatario y en su caso el parentesco entre ellos.

Hecho lo anterior, el Notario debe recabar informes sobre la existencia de otro testamento de el Archivo General de Notarías, del Archivo Judicial del Distrito Federal y los demás archivos u oficinas similares de el último domicilio del autor de la herencia.

Si el testamento público simplificado es el último se continua con el trámite, el notario hace constar en un instrumento los documentos que se le presentaron y la conformidad expresa del legatario en aceptar el legado. Este instrumento se debe inscribir en el Registro Público de la

Propiedad o en su caso el instrumento notarial puede hacer constar la repudiación expresa del legado.

También pueden testar en este último instrumento los nuevos adquirentes, conforme a las disposiciones aplicables al Testamento Público Simplificado.

4.3 Análisis jurídico del Testamento Público Simplificado

Una vez que tenemos conocimiento sobre el funcionamiento y motivos que dieron causa para crear el testamento público simplificado, es hora de entrar en el análisis jurídico de esta figura, es decir, estudiar a fondo los aciertos y errores que lo rodean.

a) Unilateralidad y libertad en el testamento público simplificado

El testamento público simplificado esta en contravención a diversos principios jurídicos que rigen a los testamentos en general, tales como el estipulado en el artículo 1296 del código civil, y según el cual se prohíben los testamentos recíprocos, prohibiendo que dos o más personas hagan testamento en un solo acto, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero.

La unilateralidad y libertad del testamento, asegura que la disposición sea libre y no se encuentre sujeta a la voluntad de otra persona. Cuando dos personas realizan un acto al mismo tiempo pueden convenir sobre las manifestaciones de voluntad y sujetar las de uno de ellos a la voluntad del otro, mediante convenios. En este caso hablamos de un testamento sujeto a las disposiciones de otro.

Sin embargo el nuevo artículo 1549 Bis permite que

cuando haya pluralidad de compradores, puedan hacer testamento simplificado "...cada copropietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Cuando el testador estuviese casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponde..." Lo anterior es una violación que el artículo permite al principio de unilateralidad y libertad del testamento. En la elaboración de éste no deben concurrir más voluntades que la de un solo testador, para evitar convenios y lesionar la libre disposición de los bienes del testador. (artículos 1296 y 1349 del código civil).

b) Libre disposición de bienes

Por otro lado, ya los códigos civiles de 1870 y 1884 definían al testamento de la siguiente manera: "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de *todos sus bienes o de parte de ellos...*" (4). Y es que se considera que únicamente compete al testador el hecho de decidir si dispone de todos sus bienes o sólo de parte de ellos, se trata de una liberalidad que le debe corresponder según la propia naturaleza del acto y máxime si se trata de un testamento de los llamados ordinarios. No se le debe restringir a testar sólo en una parte de sus bienes y reservar la otra para otro acto.

Cosa distinta sucede con las cuentas bancarias que

(4) Froylan Bañuelos Sánchez. De la interpretación de los contratos y de los testamentos. Pag. 131

quedan fuera de la masa hereditaria mediante un ordenamiento legal específico o las disposiciones de la ley Federal del Trabajo que permite a los beneficiarios del trabajador fallecido percibir las prestaciones e indemnizaciones pendientes de cubrirse, ejercitar las acciones y continuar los juicios, sin necesidad de juicios sucesorios.

El hecho de limitar al testador para elaborar un testamento en que se incluya un solo bien, lo obliga a tener dos o más testamentos (cosa que no sucede en las cuentas bancarias), lo cual resulta incongruente con la necesidad de facilitar los trámites sucesorios de las personas.

Por último debemos hacer notar que el testamento, en su concepto moderno, puede contener disposiciones patrimoniales y extrapatrimoniales, o bien contener únicamente éstas últimas, sin perder por ese hecho su carácter jurídico de testamento; sin embargo, en el Testamento Público Simplificado se retoma un tanto el concepto de códigos anteriores que reservaban al testamento para disponer únicamente de bienes; pues limita su contenido a la disposición de un inmueble y su objeto siempre será la institución de legatarios, sin que pueda contener disposiciones no patrimoniales, tales como el reconocimiento de un hijo.

c) Facilidades económicas

La iniciativa del decreto que el ejecutivo envió al

Congreso dice tener como finalidad para la creación del testamento público simplificado el beneficio a las clases populares, quienes "...no formalizan ninguna disposición testamentaria para después de su muerte, de tal manera que cuando ocurre ese fatal acontecimiento sus familiares o beneficiarios lo que en realidad *heredan* es una serie de problemas..." (5). Supuestamente se propone solucionar un problema para las clases más necesitadas pero solo se le soluciona en parte ya que los demás bienes que puedan tener estas personas quedarán exactamente en la misma situación de irregularidad y el testamento público simplificado solo se refiere a bienes que se destinen a la vivienda.

Si lo que se quiere es beneficiar a las clases de pocos recursos económicos, para que dejen disposiciones testamentarias, lo único que debemos hacer es fomentar la cultura para acostumbrar a hacer testamento, lo cual no sucede en la cultura mexicana en general, problema que se presenta no solo en las clases más necesitadas, se trata de un problema en la manera de pensar de la gente en general.

Lo que es necesario es crear programas que acerquen al público en general, con la figura del testamento y orientarlos para que ellos elijan la forma del testamento que

(5) Iniciativa de reforma del decreto que creó el Testamento Público Simplificado. Párrafo 92.

más les convenga. Por la realización de un testamento público Simplificado, que se haga en instrumento distinto de la escritura de adquisición se están cobrando aproximadamente doscientos nuevos pesos, mediante un programa del Departamento del Distrito Federal en conjunto con el Colegio de Notarios del Distrito Federal; y lo mismo se podría hacer con los testamentos en general mediante un programa especial.

Adicional al costo del testamento público simplificado se debe tomar en cuenta el costo de las publicaciones que deben hacerse en uno de los periódicos de mayor circulación en la República, cuando se hace la titulación notarial de la adquisición por los legatarios instituidos en testamento simplificado, cuyo costo aproximado es de ochocientos nuevos pesos en promedio. Como podemos ver el costo sigue siendo muy alto.

d) Revocación

El testamento es un acto jurídico que por naturaleza es revocable, cuando el testador elabora su testamento no se desprende de sus bienes por el hecho del otorgamiento; para los herederos o legatarios no ha nacido aún ningún derecho, y el testador puede cambiar de opinión sobre la disposición de sus bienes para después de su muerte, por lo que debe tener la facultad de revocarlo en cualquier momento.

Al seguir la misma suerte que los testamentos en

general en cuanto a la revocación, también le es aplicable al testamento público simplificado el artículo 1494 del código civil, según el cual queda revocado de pleno derecho el testamento anterior cuando se otorga uno nuevo. No es necesario revocarlo expresamente y pierde de pleno derecho su carácter, aún cuando el nuevo no contenga disposiciones incompatibles con aquél, tratándose de testamentos no existe la voluntad tácita (artículo 1489 del código civil).

Lo anterior se corrobora con la lectura del artículo que acabamos de mencionar, en relación con el artículo 876 Bis fracción III, del Código de Procedimientos Civiles según el cual el notario al que se le encargue la titulación notarial de la adquisición por los legatarios instituidos mediante testamento público simplificado, no puede continuar el trámite respectivo cuando existiere un testamento posterior, sea de la clase que fuere.

Es interesante determinar la dependencia o independencia que toma el testamento público simplificado de la escritura en que se contiene, tratándose del caso en que se hace en la misma escritura que consigne la adquisición o regularización del inmueble que se destine a la vivienda, que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad.

En estos casos, el testamento público simplificado se

coloca en un apartado en la misma escritura, pero la reforma respectiva nada nos dice de los casos en que el contrato de compraventa referente al inmueble y que se encuentra en la misma escritura tenga algún vicio que le afecte de nulidad relativa. Si hablamos de este tipo de nulidad, encontramos que ésta es convalidable y la compraventa sería válida por convalidación o por prescripción, pero en materia de testamentos, no existe la convalidación y el testamento no se perfecciona por el transcurso del tiempo. La respuesta correcta parece ser que si el adquirente-testador convalidó la compraventa, por ejemplo, tendría que volver a hacer el testamento público simplificado, o cualquier otro, para que tuviera validez su disposición.

e) Formalidades

El Notario ante quien se otorgue un testamento público simplificado, que se contenga en una escritura de compraventa, debe tener especial cuidado en seguir las formalidades que existen para los casos especiales en los que el testador sea ciego, no sepa leer o sea sordo, etc.; formalidades que no se cubren en los casos normales de compraventa y que no fueron contempladas en la creación del testamento simplificado, pero que deben cumplirse en forma supletoria, tomando en cuenta al testamento público abierto.

Al encontrarnos con casos especiales como los que acabamos de mencionar debemos recurrir a la supletoriedad.

misma que tomamos del Testamento Público Abierto, el cual parece ser el más completo.

f) Edad del testador

En cuanto a la edad del testador, encontramos que no se hizo distinción alguna, es decir, que se aplican las reglas del artículo 1306 fracciones I y II, que requieren de haber cumplido dieciséis años y de gozar de cabal juicio (salvo el testamento del demente en un intervalo de lucidez, que se hace con un procedimiento especial). El menor únicamente puede realizar compraventa por conducto de su representante legal. Al contrario de lo que sucede en los testamentos, cuya capacidad comienza a los dieciséis años a excepción del testamento oldógrafo.

Tomando en cuenta las características especiales del Testamento Público Simplificado convendría que el legislador hubiera limitado la capacidad para hacer este testamento al igual que lo hizo en el Oldógrafo, en el que se requiere de la mayoría de edad.

Al exigir la mayoría de edad como requisito en la persona del autor de la herencia para otorgar el testamento público simplificado se protegen los intereses del testador, pues para elaborar esta clase tan especial de testamento se requiere de una madurez para emitir su voluntad acertadamente, libre, en la medida de lo posible: de influencias, presión o

amenazas de terceros. Además de que supuestamente ésta forma de testamento esta dirigida a la gente de pocos recursos, quienes difícilmente podrán tener un inmueble de su propiedad durante la minoría de edad a menos que se trate de herencia.

g) Privilegios del legatario

Según la fracción V del artículo 1549 Bis del código civil, los legatarios instituidos mediante testamento público simplificado, podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no les serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713 y 1770 del mismo código.

En el caso especial de este tipo de testamentos solo se adquiere por medio de un legado un inmueble determinado, lo cual no hace indispensable la realización del inventario, pero eso no impide que existan deudas y cargas de la herencia, mismas que deben ser cubiertas antes de que se paguen los legados.

El hecho de que al testamento público simplificado no le sean aplicables los artículos 1713 y 1770 del citado código disminuye indebidamente la garantía general de los acreedores por créditos que son a cargo del acervo hereditario. Máxime si se trata de una persona de pocos recursos y que quizá su único bien es el inmueble legado mediante testamento simplificado. Hay que recordar que el legatario tiene una responsabilidad subsidiaria con los herederos. Y aún más, si toda la herencia

se distribuye en legados, los legatarios se consideran como herederos (artículo 1286 del código civil) y responden de las cargas de la herencia, no subsidiariamente, sino como únicos obligados y entre ellos se prorratan tales deudas.

Una vez fallecido el autor del testamento público simplificado, los legatarios pueden realizar la titulación notarial de la adquisición mediante el procedimiento extraordinario que señala el nuevo artículo 876 Bis del código de procedimientos civiles.

Se trata de un procedimiento especial que se hace ante un notario, desde el inicio, es decir, sin necesidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional a promover un juicio testamentario.

También en este caso se hicieron concesiones especiales, que no debieron haberse hecho y que ya han sido mencionadas, bastaba con las disposiciones ya existentes en el Código de Procedimientos Civiles relativas a la tramitación ante notarios, de las disposiciones testamentarias. (artículos 872 al 876).

El artículo 873 del citado ordenamiento, refiriéndose al testamento público abierto dispone que el albacea, en caso de que lo haya, y los herederos exhiban la copia certificada del acta de defunción del autor de la herencia y un testimonio

del testamento, haciendo constar la aceptación de la misma y que se haga el inventario. Ordena también al notario hacer dos publicaciones en un periódico de los de mayor circulación, de diez en diez días.

El procedimiento que acabamos de señalar es plenamente compatible con el testamento público simplificado, salvo lo dispuesto para la elaboración del inventario, en el que solo se incluiría un solo bien, sería como si se tramitara cualquier otro testamento ordinario en el que solo se heredara un bien inmueble. Por lo cual era innecesario crear una disposición nueva, en la que el único beneficio que encontramos es la reducción a una de las publicaciones que debe hacer el notario para dar a conocer el trámite que ante él se ventila.

4.4 Formalidades del Testamento

Público Simplificado.

El testamento público simplificado goza de los beneficios de los que goza el testamento público abierto, tales como la de que el testador va a estar asistido del notario, quien puede inclusive asesorar al testador en la elaboración de su testamento, el cual va a estar inscrito en el Archivo General de Notarías, lo que dificulta su pérdida u ocultación.

La reforma que creó al testamento público simplificado es muy pobre en cuanto a los aspectos de aplicación, tales como los casos especiales en los que el testador sea sordo, ciego, no sepa firmar o no sepa leer. En éstos casos se hace necesario recurrir a lo dispuesto para el testamento público abierto y tenemos:

Cuando el testador no sabe o no puede firmar el testamento, debe hacerlo un testigo a su ruego, y el testador debe imprimir su huella digital. Si el testador es ciego, no pueda o no sepa leer, se le debe dar lectura al testamento por dos veces, una por el notario y una por un testigo o una persona que el testador designe.

Si el testador no puede o no sabe escribir, el intérprete escribirá el testamento que dicte aquél y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por el

intérprete que debe concurrir al acto.

El extranjero que desconozca el idioma castellano, redactará por sí mismo su testamento, el cual será traducido por un intérprete. La traducción se transcribirá a la letra en el protocolo, y el original se archivará en el apéndice del acta notarial. Cuando el testador no sabe o no puede leer o escribir, el intérprete escribirá el testamento que le dictará el autor del testamento en el idioma extranjero y la traducción al castellano se transcribirá como testamento en el protocolo del notario. El original redactado en el idioma extranjero se agregará al apéndice de la escritura. En este caso el intérprete puede intervenir como testigo de conocimiento.

El notario ante quien se haga un testamento público simplificado debe tener especial cuidado en hacer constar que se cubrieron las formalidades necesarias en todo testamento, mismas que no son indispensables en todos los casos en que se haga constar solo el acto de la adquisición de un inmueble en términos del artículo 1549 Bis fracción I del código civil.

Si no se cumple con las formalidades de que hablamos con anterioridad solo el testamento estaría atacado de nulidad, la compraventa seguiría siendo válida, por tratarse de dos actos que son independientes entre sí y que cuentan cada uno con sus propios elementos de existencia y validez.

Las formalidades de los testamento deben ser
cumplidas en un solo acto, es decir en forma continua.

4.5 Estudio comparativo entre el testamento público simplificado y los testamentos ordinarios

Como ya hemos observado, las disposiciones que regulan el testamento público simplificado tienen serias incompatibilidades con las disposiciones de los otros tipos de testamentos en general.

Al respecto es interesante citar al diputado Diego Heriberto Zavala Pérez que al respecto manifiesta: "El testamento simplificado no es propiamente un testamento, rompe con los rasgos característicos de esta figura jurídica..." (6). La manera extraordinaria en que se le benefició hace incompatible la existencia de este junto a los testamentos ordinarios, que en general requieren de ciertas formalidades que hacen posible su existencia y de las cuales fueron omitidas como requisitos para la existencia del público simplificado.

Por disposición de ley, es reconocido como testamento, pero de acuerdo con los conceptos doctrinales es difícil encuadrar al Testamento Público Simplificado en el marco de los testamentos. Se asemeja a las disposiciones relativas a cuentas bancarias o a las designaciones para el caso de fallecimiento en algunos contratos.

(6) Diario de debates de la cámara de diputados. Diciembre 17, 1993. Pág 2978

El testamento público simplificado esta lleno de circunstancias atípicas, al igual que los denominados testamentos especiales, pero goza al mismo tiempo de los beneficios del testamento público abierto.

De los testamentos ordinarios el que mayores beneficios otorga es el público abierto, con el cual tiene similitud el testamento simplificado, pero no se tomó en cuenta que precisamente los requisitos especiales del primero son los que lo hacen ser el más seguro de todos los testamentos.

El testamento público abierto otorga al testador las siguientes ventajas:

"1) La primera de ellas es que lo pueden otorgar quienes no saben leer o escribir".

"2) Tiene todas las garantías que al caso presenta la competencia, probidad y la responsabilidad del notario".

"3) Tiene toda la fuerza probatoria de los documentos auténticos" (7).

Lo anterior se hace notar para resaltar la ociosidad de crear al testamento público simplificado, cuando ya se tenía una forma de testar con las mismas ventajas y una

(7) Rojas Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo IV, Sucesiones. Pag. 371

reglamentación coordinada en la que no hay contradicciones además de ser respaldada por una tradición jurídica.

El testamento público cerrado ciertamente tiene algunas ventajas sobre el ológrafo, pero no llega a rebasar la seguridad que otorga el público abierto. En el primero de ellos, el contenido no es conocido por el notario, quien únicamente dá fe de que el testador manifiesta que el documento que exhibe contiene su testamento, y por lo tanto, no puede estar asesorado en la elaboración del mismo.

El hecho de que nadie pueda conocer el contenido del pliego sellado que contiene el testamento cerrado, es considerada por algunos como una ventaja, pero también debe tomarse en cuenta que el testador no es perito en la materia y pudo haber plasmado erróneamente su voluntad, deviniendo en nulidades o ineficacia, por ejemplo. El contenido del testamento permanece en secreto hasta la muerte del testador.

La escritura del testamento ológrafo no exige tantas formalidades e inclusive puede estar escrito en cualquier tipo de papel al igual que el testamento público cerrado.

El testamento ológrafo no requiere de la presencia de un fedatario público, ni se otorga ante testigos. Es una expresión de última voluntad completamente privada; su contenido solo es conocido por el testador y las personas a

quienes él quiera comunicarlo.

Es en esencia la manera más antigua de declarar la última voluntad de una persona.

En los testamentos públicos las formalidades los protegen por estar otorgados ante Notarios, cuya función es dar fe del legal otorgamiento y cuidado del cumplimiento de todas las formalidades que la ley exige para la validez del acto.

Como podemos ver, el testamento público simplificado no tiene margen para compararse con los demás testamentos ordinarios, y en especial con el Público Abierto. Su creación obedece a intereses ajenos a crear una disposición jurídica adecuada que beneficie a los gobernados.

CONCLUSIONES

1.- En el testamento público simplificado pueden testar en el mismo acto dos o más personas, lo cual puede dar lugar a una especie de reciprocidad entre los otorgantes, contraria a la naturaleza unilateral y libre del testamento.

2.- El testador debe tener la facultad de disponer de todos o una parte de sus bienes para evitar multiplicidad de testamentos.

3.- El motivo que dio origen al testamento público simplificado fue esencialmente político y no el de beneficiar económicamente a los legatarios.

4.- El testamento público simplificado queda revocado de pleno derecho por la realización posterior de cualquier testamento perfecto, aún cuando el nuevo no contenga disposiciones incompatibles con aquel, de conformidad con el artículo 1494 del código civil.

5.- El hecho de que al testamento público simplificado no le sean aplicables los artículos 1713 y 1770 disminuye indebidamente la garantía general de los acreedores por créditos que son a cargo del acervo hereditario.

6.- El testamento es un acto solemne que

requiere de ciertas formalidades para los casos especiales en que el testador es ciego, sordo, no sabe leer, etc. y el testamento público simplificado no preve dichos casos, por lo que se deben aplicar en forma supletoria las medidas del testamento público abierto.

7.- Fue ociosa la creación del testamento público simplificado cuando ya se tenía al testamento público abierto, el cual otorga mayores ventajas de seguridad jurídica.

8.- Es necesario crear en la gente en general, la costumbre de hacer testamento para evitar la tramitación de juicios intestados.

9.- Mediante la creación de programas de difusión, se debe orientar a las personas para que escojan, de las formas ordinarias de testar, la que más les convenga para hacer su testamento.

BIBLIOGRAFIA

ARCE y Cervantes José
De las Sucesiones
Editorial Porrúa
México, 1983
Primera edición

BARUELOS Sánchez Froylan
De la Interpretación de los Contratos
Interpretación de los Testamentos
Cárdenas editor y distribuidor
México, 1979
Segunda edición

BAGUEIRO Rojas Edgard
BUEN ROSTRO Baez Rosalía
Derecho de Familia y Sucesiones
Editorial Harla
México, 1990

CICU Antonio
El Testamento
Traducción y notas al derecho español
por Manuel Farrón Martínez
Editorial: Revista de Derecho Privado
Madrid 1959

DE ANDA Jiménez Jesús
Algunos Comentarios Sobre la Evolución
Histórica-Jurídica de los Testamentos
Tesis U.N.A.M.
México, 1944

DE IBARROLA Antonio
Cosas y Sucesiones
Editorial Porrúa
México, 1986
Sexta edición

ESQUIVEL Macedo Alejandro
La Intervención del Notario en el Testamento
Tesis Universidad Panamericana
México, 1991

FERNANDEZ Aguirre Arturo
Derecho de los Bienes y de las Sucesiones
Editorial Cajica
Puebla, Pue. 1963

PLANIOL Marcelo, RIPERT Jorge y
DIAZ Cruz Mario
Tratado Práctico de derecho Civil Francés
Libro V Donaciones y Testamentos
Editorial Cultural, S.A.
Habana, 1946

ROJINA Villegas Rafael
Derecho Civil Mexicano
Libro IV Sucesiones
Editorial Porrúa
México, 1981
Quinta Edición

RUGIERO Roberto de
Instituciones de Derecho Civil
Libro II, Volumen 2º
Editorial Reus
Madrid España

URIBE F. Luis
Sucesiones en el Derecho Mexicano
Editorial JUS, S.A.
Mexico 1962