

5 878509



UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO

**ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

297595

**DISCREPANCIAS EXISTENTES EN EL
OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO
PUBLICO SIMPLIFICADO Y LOS DEMAS
TESTAMENTOS OTORGADOS ANTE
NOTARIO PUBLICO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

CLAUDIA CONSUELO MARIN CHAVEZ

DIRECTOR DE TESIS:

LIC. AGUSTIN LEÑERO BORES

MEXICO D.F.,

2001



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis papás, por su infinita comprensión, amor, apoyo y sabiduría que me han brindado durante toda mi vida; porque son la guía para fortalecer mi camino dando lo mejor de mi misma a los demás.

A mis hermanos Jorge, Alicia, Luis, Laura, Leticia y Cecilia, por el cariño que hemos compartido siempre.

A mis sobrinos Jorge y Pablo por su cariño y alegría.

A mi familia, porque en ella he valorado lo grande que es compartir momentos importantes.

A mis amigos, porque siempre he contado con su apoyo y cariño en todo momento de mi vida.

POR TODO, GRACIAS.

CLAUDIA.

INDICE

INTRODUCCION.

CAPITULO 1 Antecedentes del Testamento y el Notariado.

- 1.1. El Testamento en el Derecho Romano.
- 1.2. El Testamento en el Derecho Español.
- 1.3. Diversas definiciones acerca del testamento.
 - 1.3.1. Modestino.
 - 1.3.2. Ulpiano.
 - 1.3.3. Código de 1884.
 - 1.3.4. Código de Napoleón.
 - 1.3.5. Bonnacase.
 - 1.3.6. Valverde.
- 1.4. El Notariado en el Derecho Romano.
- 1.5. Evolución del Notariado Latino, Sajón y en España.
- 1.6. Evolución del Notariado en México.

CAPITULO 2 Aspectos Generales del Derecho Sucesorio.

- 2.1. Principios que rigen la sucesión.
- 2.2. Tipos de Sucesión
 - 2.2.1. Sucesión Testamentaria
 - 2.2.2. Sucesión Legítima.
- 2.3. La Herencia.
 - 2.3.1. Derechos y obligaciones transmisibles con la muerte.
 - 2.3.2. Derechos y obligaciones no transmisibles con la muerte
- 2.4. El Albacea.
 - 2.4.1. Concepto y Designación de Albacea.
 - 2.4.2. Obligaciones, Derechos y Prohibiciones.
 - 2.4.3. Clases de Albacea
 - 2.4.4. Terminio del cargo de Albacea.

CAPITULO 3 Los Testamentos y el Notario Público en general.

- 3.1. Concepto, características y elementos fundamentales del Testamento.
- 3.2. De la capacidad para testar y heredar.
- 3.3 Formas de los testamentos.
 - 3.3.1 Testamento Público Abierto.
 - 3.3.2 Testamento Público Cerrado.
 - 3.3.3 Testamento Ológrafo.
 - 3.3.4 Testamento Público Simplificado.
 - 3.3.5 Testamento Privado.

- 3.3.6 Testamento Militar.
- 3.3.7 Testamento Marítimo.
- 3.3.8 Testamento Hecho en País Extranjero.
- 3.4. La revocación, nulidad y caducidad del testamento.
- 3.5. De los Legados
 - 3.5.1 Definición y concepto de heredero y legatario.
 - 3.5.2 El legado.
 - 3.5.3 Elementos del legado.
 - 3.5.4 Derechos y obligaciones de los legatarios.
 - 3.5.5 Aceptación, renuncia y entrega del legado.
 - 3.5.5.1 Legados nulos.
 - 3.5.5.2 Ineficacia de los legados.
 - 3.5.6 Clases de legados.
- 3.6. Concepto y Actividades del Notario.
- 3.7. Obligaciones y Derechos del Notario.
- 3.8. El Instrumento Notarial.
 - 3.8.1. Documento Notarial.
 - 3.8.1.1. Escritura Pública.
 - 3.8.1.2. Acta Notarial.
- 3.9. La Responsabilidad Notarial.
- 3.10. Definición y Clases de Fe Pública.

CAPITULO 4 El Testamento Público Simplificado.

- 4.1. Origen y Motivos de la creación del Testamento Público Simplificado.
- 4.2. Definición y características del Testamento Público Simplificado.
- 4.3. Requisitos para el otorgamiento del Testamento Público Simplificado.
- 4.4. Elementos de Existencia dentro del Testamento Público Simplificado.
 - 4.4.1 El derecho de acrecer en el Testamento Público Simplificado
- 4.5. Puntos por los que se considera que existen discrepancias en el otorgamiento del Testamento Público Simplificado y los demás Testamentos otorgados ante Notario Público.
 - 4.5.1 Falta de unidad de la herencia. El problema de la revocación.
 - 4.5.2 Excepción al principio de unipersonalidad del testamento.
 - 4.5.3 Institución de legatarios únicamente.
 - 4.5.4 Omisión de la designación de albacea y creación de ente Jurídico nuevo.
 - 4.5.5 Desprotección de los acreedores del de cujus.
 - 4.5.6 Deficiente procedimiento de titulación notarial.
 - 4.5.7 Naturaleza jurídica sui generis.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRUDUCCION

A partir de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, publicadas el 6 de enero de 1994, se introdujo a este cuerpo legal una nueva figura llamada "Testamento Público Simplificado", cuyo artículo es el 1549 Bis.

El Testamento Público Simplificado es aquel que se otorga ante notario, respecto de un bien inmueble cuyo valor no exceda del equivalente a veinticinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, al momento de su adquisición; y en el caso de regulación, no importa el monto del mismo.

El Testamento Público Simplificado pretende facilitar los medios para la transmisión de bienes, derechos y obligaciones del de cujus a los legatarios, evitando así gastos excesivos y ahorrando tiempo con la tramitación simplificada.

Esta figura tiene como fin introducir una nueva regulación que facilite y agilice tanto el otorgamiento de disposiciones testamentarias, como la tramitación de las correspondientes sucesiones, principalmente entre personas de escasos recursos. En la iniciativa de esta reforma se comenta que la regularización de la tenencia de la tierra ha sido a la fecha un problema constante, debido entre otras causas, a que gran número de personas muere sin dejar testamento.

El Testamento Público Simplificado tiende más que a todo a atender las necesidades de interés social, ya que el legislador quiso introducir un llamado testamento de tipo "popular" que solucionara los problemas de la irregularidad de la tenencia de la tierra. Se creó entonces un régimen de excepción para regir al Testamento Público Simplificado, el cual propone nuevas figuras jurídicas dentro del mismo como son la creación de un representante especial, el derecho de acrecer y demás procedimientos muy distintos que se estudiarán, tanto para su otorgamiento como para la llamada tramitación simplificada.

El objeto del presente trabajo es el de analizar la figura del Testamento Público Simplificado para poder emitir una crítica y una propuesta, estableciendo si el empleo de este testamento es o no recomendable y si con su otorgamiento se cumple con los objetivos para lo que fue creado.

Por lo anterior, analizaremos los antecedentes que rodean al derecho sucesorio y a los diversos tipos de testamentos regulados por nuestro derecho para entonces poder conocer los puntos débiles del Testamento Público Simplificado y los problemas y conflictos que presenta. Se procederá a estudiar el objetivo principal del artículo 1549 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, con lo que expondremos los elementos principales de este testamento, los requisitos que exige la ley para su otorgamiento, y su finalidad.

Todo esto para poder determinar si al crearse el Testamento Público Simplificado se cumplió con el fin de introducir una figura que facilitará el otorgamiento de disposiciones testamentarias, reduciendo así el número de intestados, y asimismo, si con este testamento se vuelve más eficaz la tramitación de las sucesiones, reduciendo así el problema de la irregularidad de la tenencia de la tierra.

CAPITULO 1. ANTECEDENTES DEL TESTAMENTO Y DEL NOTARIADO.

1.1 El Testamento en el Derecho Romano.

La institución del testamento es considerada por la generalidad de los tratadistas como una de las más lentamente elaboradas en la historia de las instituciones jurídicas, no adquiriendo su completo desarrollo e importancia sino en el derecho romano.

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

La institución de heredero legítimo se manifestaba en un testamento, de manera que la esencia de este acto jurídico consiste en establecer a un continuador de la personalidad del difunto, que correspondía a la libre elección de este. A consecuencia de esta función y para tener más seguridad de que el heredero aceptaba desinteresadamente, el de cuius mostraba tendencia a privar al heredero de las ventajas materiales que podría producirle la aceptación de la herencia, repartiendo gran parte de los bienes entre los legatarios: la función del heredero era la de actuar no la de poseer.

El patrimonio recogido por el heredero toma el nombre de herencia o sucesión, y como sanción de su derecho posee una acción civil in rem, la *petitio hereditatis*. "La partición de herencia sanciona el derecho del heredero civil, y por ella el demandante quiere hacer reconocer en justicia su cualidad de heredero. Es, pues, una acción que tiende a obtener una sucesión, es decir, el conjunto de un patrimonio, y no de las cosas consideradas a título particular". (1)

(1) FERNANDEZ GONZALEZ, José: *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Nacional, México, 1963, p. 659.

El heredero era designado de dos modos: por el difunto o por la ley. Los romanos admitieron con razón preeminencia de la voluntad del difunto sobre la del legislador para la elección del heredero, y la ley de las XII Tablas sanciona para el padre de familia el derecho de elegir él mismo quien deba continuar su personalidad. Manifiesta su voluntad en un acto llamado testamento. Cuando un heredero testamentario es nombrado regularmente, aceptado por este, a nadie más pertenece la sucesión. Pero el padre de familia puede morir intestato, es decir, sin haber hecho testamento válido, entonces, solamente en este caso, la ley designa heredero, llamado ab intestato. Es la ley de las XII Tablas quien hace esta designación, eligiendo el heredero en la familia civil, sin preocuparse del lazo de la sangre. De manera que, según el Derecho Civil, hay dos clases de sucesiones: una regulada por la voluntad del difunto o sucesión testamentaria, y la otra por la ley, o sea sucesión ab intestato.

La sucesión testamentaria y la sucesión ab intestato han existido desde el origen de Roma, y La Ley de las XII Tablas sólo ha hecho sancionar costumbres que estaban en vigor desde hacia ya tiempo. El jefe de familia, en virtud de su omnipotencia, era dueño de elegir, con la aprobación de los pontífices y de las curias, el continuador de su culto y de su persona civil. De hecho, y durante los primeros siglos, debía ser muy poco frecuente el uso de este derecho habiendo hijos, por estar designados todos para recoger los bienes sobre los cuales ya tenían una especie de copropiedad. Pero, a medida que los lazos de familia se aflojaban y que las formas del testamento se hicieron de acceso más fácil, la práctica se generalizó y casi siempre el pater familias testaba antes de morir.

El testamento en el derecho romano "es un acto solemne por el cual una persona instituye a su heredero o a sus herederos". Es una manifestación de última voluntad, es decir, un acto esencialmente revocable. Esta última circunstancia no causa graves problemas jurídicos, ya que se trata al mismo tiempo, de un acto unilateral". (2)

La institución de uno o más herederos era un elemento indispensable del testamento romano, la cabeza y la base del testamento. Si la institución de heredero faltaba, o tenía un defecto jurídico o no era eficaz, todas las demás disposiciones del testamento romano quedaban igualmente sin eficacia.

(2) MARGADANT S., Guillermo Floris: El Derecho Privado Romano, Ed. Esfinge, México, 1989, p. 462.

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.

En el Derecho Civil las formas más antiguas del testamento fueron:

- a) La *calatis comitiis* (en tiempo de paz), esta se hacía delante de los comicios por curias convocadas a este efecto, y en presencia de los pontífices, pues a la evolución de la sucesión no sólo interesa la transmisión del patrimonio, sino también la del culto privado. El jefe de familia declaraba delante de los comicios reunidos a quién elegía por heredero, dando los comicios su aprobación a esta elección, lo cual hacía del testamento una verdadera ley. Este testamento se hacía dos veces al año.
- b) La *in procinctu* (durante la guerra), se hacía delante del ejército equipado y delante las armas. El jefe de familia soldado que quería testar antes de marchar al combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas, que representaban la asamblea del pueblo. Este testamento sólo se practicaba en tiempo de guerra.
- c) Al lado de éstos testamentos que sólo podían hacerse dos veces al año o al iniciarse una batalla, los romanos buscaron otras formas testamentarias, que pudieran utilizarse en cualquier momento, y así se introdujo el testamento *mancipatorio* o el testamento en forma de contrato. En este caso el testador celebraba una compraventa ficticia con el *familiae emptor*, el cual era el adquirente del patrimonio y jugaba el papel de un heredero. Este testamento tenía la ventaja de poder hacerse en cualquier momento, pero el inconveniente era que el jefe de familia no podía usarlo a favor del hijo que tenía bajo su autoridad, porque la *mancipatio* no era posible entre ellos, además la enajenación debía producir un efecto inmediato, y al parecer, el testador no tenía ningún medio jurídico de revocarla, como acto bilateral; ya que no podía anularse por la voluntad unilateral de una de las partes; y debía ir acompañado de una amplia publicidad.
- d) El testamento *nuncupativo*, en el cual un ciudadano podía testar oralmente declarando en voz alta el nombre del heredero y sus últimas voluntades, delante

de siete testigos. Este testamento ofrecía menos garantía que el *mancipatio* pero tenía la ventaja de hacerse más rápidamente y de no exigir ningún escrito.

En cambio, el Derecho Pretorio, siempre se inclinaba a la simplicidad de las formas, en donde el pretor se declaraba dispuesto a conceder la *bonorum possessio* (herencia) al heredero instituido en un testamento regularmente hecho, según el Derecho Civil; pero en tiempo de Cicerón para entregar la *bonorum possessio*, bastaba con que el testamento estuviese escrito en tablillas y llevando el sello y nombre del testador y los siete testigos.

En el Derecho del Bajo Imperio se simplifica la legislación sobre los testamentos, y de la fusión de las reglas de Derecho Pretoriano y del Derecho Civil nació una nueva forma de testar La *Tripertitum*, la cual recibe este nombre porque toma sus reglas del Derecho Civil, del Derecho Pretoriano y de las Constituciones Imperiales. Este testamento consistía en que el testador de antemano escribía su testamento sobre tablillas presentándoselas a los siete testigos, y cada uno de los testigos al igual que el testador ponía su *subscriptio* debajo del testamento (declaración expresa de que habían intervenido con carácter de testigo), cerrándose después las tablillas y poniendo cada testigo su sello y escribiendo su nombre cerca del sello. Estas formalidades debían hacerse en un solo acto y sin interrupciones.

Este testamento ofrece gran analogía de formas con nuestro testamento actual, debido a que Justiniano decidió que el ciego pudiese testar dictando sus voluntades en presencia de siete testigos ante un *tabularius* que poco después hacía el papel de notario de nuestra época.

1.2 El testamento en el Derecho Español.

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

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

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

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

Los testamentos abiertos, eran aquellos por virtud de los cuales, tanto el Notario como los testigos, en general, podían conocer el contenido del mismo, teniendo el testador, la facultad de poder elegir de entre varias formas, como fueron las siguientes:

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

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

Tercero.- Aquel que se contemplaba para los tiempos de peste, el cual solo requería de tres testigos vecinos del lugar.

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3 Diversas definiciones acerca del testamento.

1.3.1 Modestino.

Según Modestino el testamento es una justa disposición, decisión, de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho para después de su muerte.

“Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia, de eu quad quis post mortem suam, fieri velit”. (3)

(3) DE IBARROLA, Antonio: Cosas y Sucesiones, Ed. Porrúa, México, p 515.

1.3.2 Ulpiano.

Ulpiano define al testamento como una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de la muerte.

“est mentis nostrae justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat”. (4)

Sin embargo, la definición de Modestino sobre el testamento, es también defectuosa como la de Ulpiano, porque identifica al testamento con cualquier declaración de última voluntad, no expresando lo que le distingue de la institución de heredero como condición esencial. Pero de la definición de Modestino debe deducirse que la voluntad bien consignada del difunto no tiene fuerza cuando no se expresa conforme a las reglas del Derecho.

1.3.3 Código de 1884.

El Código de 1884 definía al testamento en su artículo 3237 como: “Acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”. (5)

Esta definición es muy estrecha, ya que no se tomó en cuenta que muchas veces en el testamento se hacen revelaciones de paternidad, se reconocen deudos, 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. Esta definición se tomó en parte del artículo 1739 del Código Portugués, y en parte del artículo 662 del Proyecto Español de 1882.

(4) *Ibidem*. P. 515

(5) *Ibidem*. P. 515

1.3.4 Código de Napoleón.

El Código de Napoleón lo define como un acto revocable, por medio del cual el testador dispone, para el tiempo en que ya no exista, de todos sus bienes o de parte de ellos.

1.3.5 Bonnetcase.

Para Bonnetcase el testamento es un acto jurídico solemne cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor, su voluntad para la época que seguirá a su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuario como extrapeuario. El testamento según Bonnetcase, tiene las características de ser revocable, ya que el testador no se obliga a nada; no es necesario que englobe todos los bienes del difunto; surte efectos únicamente en caso de muerte; no es un contrato, ya que no hay acuerdo de voluntades; es un acto en el cual el testador nombra como heredero a quien él desee y el heredero es el que decide aceptar o no la herencia; además es unilateral, debido a que la transmisión en el testamento es gratuita; no se puede desempeñar por Procurador, aunque antiguamente el testamento si podía otorgarse por Comisario, es decir, una persona otorgaba el testamento a nombre de otra en virtud del poder que se le confería por esta; y la última característica es que era individual, ya que no podían testar dos o más personas en el mismo acto; y tampoco se puede heredar un provecho recíproco, o ya a favor de un tercero.

1.3.6 Valverde.

En cuanto a Valverde, él definía el testamento como un negocio unilateral, personal y autónomo, en el cual la voluntad expresada no produce efectos hasta después de la muerte del que lo hace.

1.4 El Notariado en el Derecho Romano.

En las sociedades primitivas no se conoce ni se necesita Notariado ni instrumentos de autenticación, entre otras razones, porque los actos jurídicos tienen una existencia pública, que es una garantía de que serán respetados.

En Roma hubo multitud de escribanos con nombres diversos, cuya posición varia según sus funciones; Scriba, Librarius, Exceptor, Actuarius, Tabularius, Notaarius y Tabello.

La función notarial existió desde los primeros tiempos, aunque no estuviera creado el funcionario competente. Por ello, a este funcionario se le ve multiforme y representado, unas veces por los lugartenientes de los Tribunos de la Plebe, cuyos lugartenientes tenían especialmente a su cargo la custodia de los archivos del Estado que estaban depositados en el Templo de Ceres; otras en los Apparitores del tiempo de la República, empleados asalariados encargados de la redacción de las escrituras y otros servicios subalternos, y entre cuyos funcionarios merecen citarse los Scribas o Librarii; o bien también en el Premiscerius Notariarum, director de la Schola Notariarum, de cuyo organismo salían los Notarios (Notarii) encargados de la formación de los procesos verbales y redacción de escrituras.

Los Scribae eran los encargados de redactar las escrituras formando parte, aunque en forma preeminente, del grupo de funcionarios conocidos con el nombre de Apparitores, que se hallaban al servicio de las autoridades públicas, con retribución de sus funciones.

“La palabra Notarii se deriva de la voz ‘nota’, porque para designar al funcionario se tuvo en cuenta más que la naturaleza de la función, la forma gráfica o material de prestarla, los Notarii tomaron esta denominación a causa de su manera particular de escribir por notas o signos”. (6)

Los Notarios tenían, como atribuciones inherentes a su cargo, las de recoger las discusiones de las Asambleas, las sesiones públicas, las sentencias y mandatos de los Magistrados y Tribunales Militares, y alguna vez se les autorizaba para formular escritos de

(6) BAÑUELOS S, Froylan: Fundamentos del Derecho Notarial, Ed. Sista, México, 1994, p. 17.

carácter jurídico privado. Adquirieron tanta importancia en la vida social y privada, que no vaciló el Cristianismo, desde sus primeros tiempos, en utilizar los servicios notariales, haciendo que los notarios entrasen a formar parte del personal auxiliar del Consejo Superior de la comunidad cristiana, dignificándoles con la ampliación de sus atribuciones.

Otros de los funcionarios que ejercían en Roma atribuciones notariales, ya más concretamente, y que se distinguieron de los demás funcionarios similares, son los Tabulari o Tabularios y los Tabelliones.

En tiempo de los Emperadores Cristianos, y después de la célebre constitución de Caracalla, las escrituras, para el público, se extendían por los escribientes que reemplazaron, en los pueblos, a los prudentes. Y estos escribientes desde entonces principiaron a llamarse Pracmatici o Tabelliones, según ha quedado expresado anteriormente. Estos Tabelliones, al principio, no tuvieron ningún carácter oficial, pero la intervención de testigos en los documentos que redactaban, rodeó a dichos documentos de cierta confianza y garantía, hasta el extremo de llegar a considerarse como Instrumenta Publica o Publice Confecta, haciendo las declaraciones que contenían plena fe, con tal que el Tabelión, bajo juramento afirmase la exactitud de su contenido.

Los documentos públicos, llamados también Publica Monumenta, eran los expedidos por un Magistrado o Tribunal competente por razón de la materia, o del territorio, y que redactaba de oficio un funcionario adecuado. Estos actos tenían fuerza y fe pública, porque no había necesidad de testigos; y además eran de un valor irrefragable porque no podían ser impugnados, ni por testigos, ni por documentos privados.

“Los actos privados eran aquellos que se redactaban privadamente. Tales eran las cartas, las escrituras y apuntes privados, los quirográficos de los deudores, el Apochae de los acreedores, y el Antapochae de los deudores. Su valor era muy distinto de los públicos. A una categoría de éstos la ley, les negaba, expresamente, la fe, es decir, a los actos privados que estaban escritos de mano o por mandado de cualquiera que los presentaba o que eran de hechos privados”. (7)

(7) *Ibidem*. p. 23.

Para completar aquellos actos públicos que no tenían eficacia o para suplir la influencia de los actos privados, se fue formando una nueva clase de documentos que participaban de unos y de otros; y sin llegar a la categoría de un documento público, adquirían mayor eficacia jurídica que el simple documento privado.

Estos actos fueron aquellos que las Constituciones Imperiales calificaron de actos públicos confeccionados por Tabularios, o por Tabeliones, porque eran redactados por unos o por otros.

Tres eran, como se ha dicho los escritores de los documentos en la época romana: Los Tabularios o Tabeliones, los Exceptores y los Notarios.

Los tabularios eran, como ya sabemos, oficiales del Censo; su posición social era bastante elevada, pues entraban en la categoría de ciudadanos siendo la Magistratura más elevada de la ciudad; y era tal la confianza y simpatía que llegaron a inspirar, que se les encargaba hasta de la custodia de los testamentos. Mas esta confianza pública fue desapareciendo al llegar el periodo de la decadencia económica, en cuyo periodo fueron víctimas de la más desenfrenada presión por parte del Fisco. Desde entonces, para la custodia de los testamentos y para la redacción de los documentos privados, fue preferida otra clase de escritores conocida con el nombre de Tabeliones.

También los Tabeliones eran ciudadanos de clases elevadas, siendo el Tabelionato título suficiente para pertenecer a la Curia, es decir, al mayor Consejo ciudadano, formando, como todas las artes y profesiones reunidas, un Colegio.

También los Notarios y los Exceptores, fueron redactores de documentos. Las fórmulas excesivamente rigoristas y complicadas de Derecho Civil Romano, no podían ser recogidas y aplicadas, por quienes, su única ocupación era el estudio. De aquí, los escribanos o escritores particulares o privados y públicos, llamados Scribae, Tabularii, Notarii, Censores y Logographi, según fuere su especialidad. Los Notarii, escribían por medio de notas breves, empleando una gran rapidez. Los Tabularios con carácter de escribanos públicos, podían tomarse, igualmente, de entre los esclavos, y a los cuales podían dirigirse todos los ciudadanos.

Sin embargo, precisa reconocer que la ley jamás exigió, o al menos hasta muy avanzada la civilización romana, para la redacción de los documentos, la presencia de un funcionario especial, siendo libres los particulares para redactar por sí, y escribir sus documentos; o hacerlos mediante la intervención de un Tabellión o de un Tabulario, a quienes se les daba preferencia, porque los Tabularios ostentaban un oficio público que imprimían garantía de veracidad y los Tableiones poseían conocimiento del derecho, que daba al documento indiscutible garantía de legalidad.

"Más Justiniano imprimió a toda esta materia mayor orden y seriedad, legislando sobre ella en el Código y en las Nueva Constituciones y Auténticas. En el Código o Codicis Repetitae Praelectionis, aparecen el Libro X, Título LXIX, (LXXI) dedicado a los Tabularis, Scribis, Logographis et Censualibus; el Libro XII, título XII, que lleva por epígrafe De Premicerio et secundicerio et notariis; y en el Liber Constitutionum Novellarum, se encuentran la Constitución XLV que lleva por título De Tabellionibus et ut Protocolia dimittat in chartis y la LXXVI que legisla sobre las siguientes materias: la seguridad y la fe de los instrumentos, y en primer lugar del depósito, del mutuo y de otros documentos escritos privadamente, con o sin intervención de testigos; de los cotejos de escrituras de propia mano; de los documentos expuestos por personas que no saben o saben poco de letras; de oro; de los que se hacen en los campos y de que la ley tenga aplicación en los documentos y contratos futuros". (8)

1.5 Evolución del Notariado Latino, Sajón y en España.

Existen criterios diversos para la clasificación del Notariado Latino y el Notariado Sajón, en la legislación comparada. En realidad, como el Notariado Germánico no tiene carácter uniforme y no supone una manera distinta de concebir la fe pública, se pueden reducir a dos los sistemas de regulación del Notariado: el latino y el sajón, cuya diferencia primordial es la de que en el primero, el Notariado representa al Estado y, en el segundo no.

(8) Ibidem. p. 25.

Sin embargo, aún el Notariado sajón realiza una cierta función pública al autenticar firmas. De manera que, ampliando las notas características de cada uno de estos tipos, podemos dar las siguientes:

a) El Notariado Sajón:

1. Es un profesional y no un funcionario público, excepcionalmente presta autenticidad en los actos en que el Derecho internacional lo exige.

2. Su intervención no hace al documento solemne ni auténtico, ya que se limita a las firmas del documento.

3. Su competencia no es exclusiva, ya que pueden concurrir con él otros profesionales del Derecho: como abogados y procuradores, salvo en materia de protestos y legalizaciones internacionales. El Notario puede actuar ante los Tribunales.

4. La colegiación no es forzosa, aunque existen corporaciones voluntarias de Notarios.

Este tipo de Notariado existe en Inglaterra y en la generalidad de los Estados Unidos de Norteamérica, con algunas excepciones.

b) El Notariado Latino:

1. Es un funcionario público y profesional del Derecho.

2. El documento que autoriza es solemne y auténtico.

3. Su competencia se mueve dentro del campo extrajudicial, aunque se relaciona con la jurisdicción voluntaria.

4. Hay una organización corporativa y una sumisión a la autoridad del Estado a través de los órganos administrativos correspondientes.

Este tipo es el existente en los países latinos y germánicos, europeos y americanos.

En el notariado en España, se distinguen varios periodos que van desde la independencia española de Roma hasta la época contemporánea.

Primer Período.- Comprende desde la independencia de Roma hasta el siglo XIII. Consiste en distinguir el papel de los jueces del papel de los notarios, afirmando que los primeros sólo fallan contiendas, en tanto los segundos tienen por misión él prevenirlas. De este primer período forman parte también las famosas 46 fórmulas visigóticas (año 600), según las cuales, los órganos necesarios para la formación de los instrumentos públicos, son: los otorgantes y los testigos presenciales.

Segundo Período.- Comprende del siglo XII al siglo XV. Se caracteriza porque en él se determina la función como pública. Le dan su sello básico las Leyes de Don Alfonso X, El Sabio, o sea, el Fuero Real y las Siete Partidas. Este segundo período se caracteriza porque se reconoce la función instrumental, como de interés social, imponiéndose en inmuebles y testamento. El escribano tenía que procurar conocer directamente a los otorgantes; intervenían tres testigos, como mínimo en las cartas públicas. Los escribanos debían llevar su registro o minutario, por año, y al final ponían su seña o signo, debiendo conservar el registro. La redacción tenía que hacerse sin abreviaturas y manuscrito por el notario, o por otro escribano. Las cartas podían ser reproducidas, previa autorización del Alcalde. A la muerte del escribano, sus archivos eran recogidos por el Alcalde ante testigos, para ser entregados al sucesor. En las partidas se determinan los requisitos generales para todas las escrituras sobre los actos y contratos más usuales.

Tercer Período.- Denominado de Reforma de los Reyes Católicos, comprende dos épocas: La primera, se inicia antes del descubrimiento de América y no pasa del siglo XV. Las capitulaciones matrimoniales de los Reyes Católicos. Esta época se distingue por lo siguiente: a) Se restringió el nombramiento de los escribanos, b) Se restringió el comercio con los oficios, c) Se exigió el examen así como otros requisitos para que los escribanos pudieran despachar su nombramiento, d) Los escribanos reales y los públicos de número fueron los únicos capacitados para intervenir en asuntos extrajudiciales, y relacionados con bienes raíces, e) El valor probatorio de las cartas de los escribanos era relativo e inseguro; La segunda época, esta formada por las disposiciones del siglo XVI; las cuales son: a) En 1501 los escribanos provistos en oficios renunciados presentarían los títulos en los Ayuntamientos dentro de los 60 días. b) En 1502 se dispuso que los registros de escrituras se entregasen al escribano sucesor del muerto o privado del oficio. Esta disposición es muy importante, porque reconoce que el fondo de la función instrumental no tiene carácter

patrimonial. c) En 1503 se prohibió nombrar escribanos en los pueblos donde los hubiera de número. d) También en 1503 se dispuso que los escribanos asentaran los derechos que llevan a las partes, tanto en el registro como en las cartas que dieran. e) En el mismo año 1503 se dieron 5 leyes sobre la formación del protocolo y otras disposiciones relativas.

1.6 Evolución del Notariado en México.

Antes del descubrimiento de América, en Tenochtitlán no existieron notarios en el sentido que lo entendemos en la actualidad. Existía un personaje llamado Tlacuilo, quien a manera del escriba egipcio era hábil para escribir y redactar documentos, es decir, era el artesano azteca que dejaba constancia de los acontecimientos por medio de signos ideográficos y pinturas, con lo que se guardaba memoria de ellos.

Para la historia del notariado latinoamericano es importante señalar lo siguiente:

a) La intervención de la Bula Inter Coetera (la bula Inter Coetera del Papa Alejandro VI, Rodrigo de Borja, del 4 de mayo de 1493, señaló a la Corona Española como propietaria de las tierras descubiertas) cuando dispuso: "...Queremos que a sus asuntos firmados de mano de notario público, para ello requerido, y corroborados con sello de alguna persona constituida en dignidad eclesiástica, o de algún cabildo eclesiástico, se les dé la misma fe en juicio, y fuera de él, y en cualquier otra parte...".

b) Entre los integrantes de la expedición realizada por Cristóbal Colón, se encontraba Don Rodrigo de Escobedo, escribano del Consulado del Mar, quien redactaba el diario de la expedición en nombre de los Reyes Católicos. La historia lo considera el primer escribano que ejerció en América sobre todo dando fe de los actos de ocupación de la Corona Española en tierras americanas.

c) Durante la conquista, los escribanos, como fedatarios dejaron constancia escrita de la fundación de ciudades, creación de instituciones, de asuntos que se trataron en los cabildos y de otros hechos relevantes sobre la historia de esa época.

d) Es relevante la figura de Hernán Cortés, porque fue un jurista con profundo conocimiento de las leyes, y que obtuvo esta formación a través del trabajo que desempeñó como ayudante de escribano en Extremadura y Sevilla.

La función fedataria se ejerció en un principio por escribanos peninsulares, que después fueron sustituidos por criollos. Una de las formas de ingreso a la escribanía era la compra del oficio (las Leyes de las Indias las declararon vendibles y renunciables, es decir, susceptibles de ser propiedad privada); habían otros requisitos para el ejercicio, ser mayor de 25 años, de buena fama, cristiano, reservado, de buen entendimiento, concededor del escribir y vecino del lugar. Debía realizar sus escrituras en papel sellado, con letra clara y en castellano, sin abreviaturas ni guarismos y actuar personalmente; también tenían la obligación de leerlos íntegramente, dando fe del conocimiento y de la firma de los otorgantes. Los instrumentos tenían valor probatorio pleno. El escribano era retribuido por sus clientes de acuerdo con un arancel de aplicación obligatoria. El rey señalaba el signo (similar al sello de autorizar actual) que debía usar cada escribano.

En los siglos XVI y XVII los protocolos se constituían por cuadernos sueltos que posteriormente los escribanos cosían y encuadernaban, por lo general, en forma semestral.

En el siglo XVI, en 1573, cuando había terminado la Conquista, se creó la primera organización de escribanos de la Nueva España con el nombre de Cofradía de los Cuatro Santos Evangelistas. Fue hasta 1792 cuando se erigió el Real Colegio de Escribanos de México. Al año siguiente se creó la Academia de Pasantes y Aspirantes de Escribanos. Y es por medio de cédulas, leyes y decretos como se logró una evolución de la actividad notarial en esa época. Este Colegio, junto con el de Abogados, constituyen las instituciones de profesionistas más antiguas de América.

En el México Independiente aún se siguió la costumbre de los oficios públicos vendibles y renunciables entre los cuales se encontraba la escribanía. En 1837 con la Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común, se establecía la aprobación de un examen teórico-práctico como una forma de regreso a la escribanía. En esta época el notario formaba parte de la Judicatura.

En el decreto de 1846, se hizo referencia a los escribanos públicos y de diligencia en materia civil, donde se les integra a los Juzgados y debían recibirse y matricularse en el Colegio de Escribanos de México. Recibirse significaba que debían aprobar dos exámenes y, posteriormente, el supremo gobierno extendía el título y debían incorporarse al Colegio de Escribanos; su número lo fijaba el supremo tribunal. En 1854 se les impuso la obligación de avisar a las autoridades políticas de los testamentos, una vez fenecido el testador, cuando se promoviera ante ellos un juicio sucesorio o los inventarios se presentaran para su protocolización.

En la Constitución de 1857 al entrar el ejército francés y proclamarse el Imperio, se creó una Junta Superior de Gobierno, en donde existía un Poder Ejecutivo, el cual dictó el decreto de 1864, que regulaba las actividades del notariado y, por primera vez, se habló de notario para referirse al escribano.

En el Segundo Imperio, Maximiliano de Habsburgo expidió la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano en 1865 y definió al notario público como funcionario para redactar y autorizar con su firma las escrituras de las últimas voluntades, actos y contratos que se celebraran entre las partes, así como los autores, y demás diligencias de los procedimientos judiciales, que poseía funciones vitalicias, pero podía privársele de ellas temporalmente o de manera perpetua por causa justa y calificada.

En la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal de 1867, se da la confirmación del término de la venta de las notarías, la separación de los actos de notario y del secretario del juzgado y la sustitución del signo por el sello notarial. Esta ley definió al notario como "el funcionario establecido para reducir a instrumento público los actos, los contratos y últimas voluntades en los casos que las leyes lo prevengan o lo permitan".

A principios del siglo XX se estructuró y organizó el notariado en forma definitiva, existiendo ya una regularización sistemática.

Porfirio Díaz promulgó el 19 de diciembre de 1901 la Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios Federales; en esta ley la función notarial se consideró de orden público y se debía conferir por el Ejecutivo de la Unión; su dirección estaba a cargo de la

Secretaría de Justicia, y posteriormente se encomendó al gobierno del Distrito Federal. Cuando no hubiese notario en el lugar, los jueces de primera instancia podían desempeñar las funciones del notario por receptoría. Los instrumentos debían constar en forma original en el protocolo; con el cual se llevaba una carpeta llamada apéndice, en donde se depositaban los documentos relacionados con los actos notariales. Existía un Libro de Poderes, en el cual se asentaban los contratos de mandato, además existía el Libro de Extractos para anotar un resumen del instrumento con mención de su número. Tenía el deber de confirmar un índice general de los instrumentos que hubiese autorizado. Esta ley preveía la expedición de uno o varios testimonios, le daba valor probatorio al documento notarial.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios Federales del 20 de enero de 1932, abrogó a la de 1901. Aunque siguió su método y estructura, evolucionó en unos aspectos: excluyó a los testigos de la actuación notarial y por disposición del Código Civil sólo subsisten los testigos instrumentales en el testamento, estableció el examen de aspirante a notario con un jurado integrado por cuatro notarios y un representante del Departamento del Distrito Federal, y dio al Consejo de Notarios el carácter de órgano consultivo del Departamento del Distrito Federal. Admitía que un notario fuera suplido por alguien quien asumía esa función sólo durante ausencia temporal o definitiva de éste.

Por decreto del 6 de enero de 1944 se reformó la Ley del Notariado para el Distrito Federal y se implantó un nuevo sistema protocolar integral de carácter abierto y obligatorio, esto es, dejaron de usar libros que se empastaran previamente y se sustituyen por folios encuadernables; se cambió de denominación al protocolo abierto especial y se le llamó protocolo especial, se creó el Libro de Registro de Cotejos, y se dio una serie de reglas aplicables a los nuevos formalismos.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios de 1945, regía al notariado como una función de orden público a cargo del Ejecutivo de la Unión, quien a través del Departamento del Distrito Federal la encomendaba a profesionales del derecho que obtuvieron la patente de notario; le correspondía al Ejecutivo discutir todos los reglamentos necesarios para regular la actividad notarial. El avance más importante de esta ley consistió, en que se confirmó el examen de oposición para obtener la patente de notario;

sólo podían participar los que tuvieran la categoría de aspirante a notario. Al amparo de esta ley llegaron a existir hasta 150 notarias; y se terminó con el sistema de adscripción.

La Ley Federal del Notariado para el Distrito Federal de 1980, siguió principalmente la mayoría de los aspectos formales e institucionales de la Ley de 1945, se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones destacando, entre otros; la reforma al artículo 10 (el cual se reformó también el 6 de enero de 1994). Con la cual el notario ya no se considera funcionario o servidor público; la Adición de la sección quinta (artículos 59-A al 59-O), donde se preveía el protocolo abierto especial para los actos y contratos en que interviniera el Departamento del Distrito Federal, y las dependencias y entidades de la administración pública federal cuando actuaran para el fomento de la vivienda o con motivo de programas para la regularización de la propiedad inmueble. (Se utiliza nuevamente el protocolo encuadernable, que estuvo vigente hasta antes de la Ley de 1901).

El arancel del notario para el Distrito Federal, que aún se encuentra vigente, se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 25 de julio de 1988, el cual abrogó al del 31 de diciembre de 1947.

Por decreto del 16 de julio de 1993, se acordó ampliar el número de notarios en el Distrito Federal, por lo que se crearon 50 más y se elevaron su número a 250.

CAPITULO 2. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO.

2.1 Principios que rigen la Sucesión.

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

- a) La existencia de por lo menos un heredero.

En toda sucesión siempre existe un heredero, él sucede al titular desaparecido, es decir, lo sustituye en el lugar que éste ocupaba, porque nunca puede quedarse un patrimonio sin titular, por de pronto, no pueda ser determinado, porque si en la herencia hay bienes, siempre habrá un heredero.

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

- b) Una vez heredero, siempre heredero.

La calidad de heredero del sucesor no puede ser condicionada ni temporal, y de ahí la máxima "*semel heres semper heres (una vez heredero, siempre heredero)*" (9). Esto se desprende también de nuestro Código: no se puede aceptar o repudiar la herencia en parte, con plazo o condicionalmente; la aceptación y la repudiación son irrevocables; la designación en el testamento del día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero, se tiene por no puesta.

(9) ARCE Y CERVANTES, José, De las Sucesiones, Ed. Porrúa, México, 1992, p. 7.

Al respecto nuestro Código establece:

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

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

c) Unidad y Universalidad de la Herencia.

La unidad que tiene el patrimonio hereditario, es decir, la cohesión que tienen entre sí los elementos que lo componen, no se disgrega aunque haya varios herederos, porque este hecho implica solamente la participación de varias personas en esa unidad ya que la parte de cada heredero es cualitativamente igual (de la misma calidad) a la de los demás herederos, aunque puede ser no cuantitativamente igual (en la misma cantidad) que la de los otros. Se está, entonces, en un caso semejante a la copropiedad, porque los herederos tienen derecho a la masa común hereditaria.

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

d) Inmutabilidad de la calidad de los derechos en la transmisión patrimonial.

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

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

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

e) Protección de acreedores.

Así como el autor de la sucesión respondía de sus obligaciones con todos sus bienes por el principio recogido en el artículo 2964 de nuestro Código Civil, su patrimonio hereditario sigue afectando a la responsabilidad de las mismas deudas, por lo que la sucesión del de cujus, en cuanto representa ese patrimonio, puede entrar en concurso o ser declarada en quiebra.

f) Beneficio de inventario.

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

Esta dura situación, de existir en nuestro derecho, produciría un mal contrario a la equidad, para el heredero que aceptara la herencia; y si por el temor a tan funesto resultado el heredero se abstuviera de aceptar, además de las consecuencias técnicas, habría otro resultado perjudicial a la economía, porque habría el riesgo de que quedara

abandonado el patrimonio del difunto, con perjuicio de los acreedores, que no tendrían a quien cobrar, y para la circulación de la riqueza, porque se perderían los bienes.

El remedio a tan funesta situación se estableció por Justiniano en el principio conocido como beneficio de inventario (10).

Es éste un beneficio que concede la ley, beneficio que consiste en la separación de los dos patrimonios. Tal separación produce los siguientes efectos de defensa para el heredero:

1.- Los bienes personales del heredero no quedan al alcance de los acreedores hereditarios. Se paga a éstos únicamente con los bienes del autor que aparezcan en el inventario; por eso se llama beneficio de inventario.

2.- No se extinguen sus derechos por confusión. Se evita la confusión de derechos porque, si el heredero es acreedor, como no paga con sus bienes, tendría derecho a cobrar junto con los demás, y si fuere deudor tendría que pagar su deuda para aplicarla al pago de los acreedores.

3.- Puede adquirir nuevos derechos. Puede el heredero adquirir nuevos derechos ya que, por ejemplo, cuando paga deudas hereditarias se subrogará en la deuda. Puede, si se remata un bien, adjudicarlo.

4.- No se pueden oponer al heredero excepciones procedentes contra el difunto; por ejemplo, si el heredero es deudor de un tercer deudor de la herencia, no cabría la excepción de compensación, porque el acreedor y el deudor del tercero no resultan la misma persona.

(10) DE IBARROLA, Antonio, Cosas y Sucesiones, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 655.

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

2.2 Tipos de Sucesión.

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

2.2.1 Sucesión Testamentaria.

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

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

En nuestro país el sistema de la libertad de testar fue implantado por el Código Civil de 1884 y que el Código Civil vigente retoma. Como en casi todas las disposiciones, en esta también existe una limitación. La única limitante de la libertad de testar es la obligación de dar alimentos a los parientes más cercanos del testador como descendientes, ascendientes y cónyuge, que dependan económicamente de él.

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

El proceso sucesorio de la sucesión testamentaria puede ser tramitado por dos vías: judicial o la extrajudicial. La vía judicial, se refiere al juicio testamentario y no al intestamentario. En ésta vía, el juicio se tramita ante un Juez de lo familiar. Y, la vía extrajudicial, la encontramos regula en el artículo 872 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual dice que cuando todos los herederos fueren mayores de edad y no hubieren sido instituidos en un testamento publico, la testamentaria podrá ser extrajudicial con intervención de un notario, mientras no hubiere controversia alguna. La tramitación extrajudicial, es aquélla que se promueve ante un notario.

El Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal enumera cuatro secciones en el proceso sucesorio:

Primera Sección.- La cual se llamará de sucesión y contendrá en sus respectivos casos:

- I. El testamento o testimonio de protocolización, o la denuncia del intestado;
- II. Las citaciones a los herederos y convocación a los que se crean con derecho a la herencia;
- III. Lo relativo al nombramiento y remoción de albacea e interventores, y al reconocimiento de derechos hereditarios;
- IV. Los incidentes que se promueven sobre el nombramiento o remoción de tutores, y
- V. Las resoluciones que se pronuncien sobre la validez del testamento, la capacidad legal para heredar y preferencia de derechos. (artículo 785 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)

Segunda Sección.- Esta se llamará de inventarios, y contendrá:

- I. El inventario provisional del interventor;

- II. El inventario y avalúo que forme el albacea;
- III. Los incidentes que se promuevan, y
- IV. La resolución sobre el inventario y avalúo. (artículo 786 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)

Tercera Sección.- Se llamará de administración, y contendrá:

- I. Todo lo relativo a la administración;
- II. Las cuentas, su glosa y calificación, y
- III. La comprobación de haberse cubierto el impuesto fiscal. (artículo 787 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)

Cuarta Sección.- Se llamará partición, y contendrá:

- I. El proyecto de distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios;
- II. El proyecto de partición de los bienes;
- III. Los incidentes que se promuevan respecto a los proyectos a que se refieren las fracciones anteriores;
- IV. Los arreglos relativos;
- V. Las resoluciones sobre los proyectos mencionados, y
- VI. Lo relativo a la aplicación de los bienes. (artículo 788 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

2.2.2 Sucesión Legítima.

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

La sucesión legítima es por decirlo de alguna manera, encausada por la ley, el juez y los herederos y albacea una vez designados y aceptados sus cargos y nombramientos. La ley señala las disposiciones a seguir tratando de abarcar todas las situaciones posibles

pensando lo que podría ser la voluntad del difunto. Desafortunadamente, la ley es muy general y no puede atender cada caso específico a la perfección. Aquí entra el Juez, quien es el perito en derecho que conoce el caso de cerca y puede orientar a los interesados y protegerlos. Por último los herederos exponen sus necesidades al Juez quien, siempre obrando conforme a derecho, dispondrá lo mejor posible para la sucesión.

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

La sucesión legítima se abrirá en los siguientes supuestos:

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

2.3 La Herencia.

"La palabra herencia puede entenderse en sentido subjetivo y en sentido objetivo. En el primero, equivale a sucesión universal; en el segundo, a la masa de bienes y relaciones patrimoniales que son objeto de la sucesión".(11).

El término herencia, por lo que respecta a su universalidad, se encuentra definido en el artículo 1281 del Código Civil, el cual a la letra dice:

"Herencia, es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte".

Clemente de Diego citado por De Pina, define la herencia como el patrimonio del difunto, diciendo que lo que en vida del titular se llama patrimonio, a su muerte se convierte en herencia. Pero como el derecho hereditario es título o modo de transmisión a un tercero de ese patrimonio, despréndase de aquí que no forman parte de ésta los derechos intransmisibles, pues se extinguen con la muerte del titular. (12).

Es así como debemos entender a la herencia tanto como la universalidad de bienes y derechos del de cujus, así como la masa de bienes objeto de transmisión a los herederos del mismo.

Atendiendo al comentario de Diego, es muy importante recalcar que la universalidad de la herencia va a comprender todos aquellos derechos que sean susceptibles de transmisión por la muerte, ya que nuestro derecho contempla otro tipo de derechos los cuales se extinguen con la muerte o son imposibles de ser transmitidos por su misma naturaleza jurídica.

(11) DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen Segundo, Ed. Porrúa, México, 1987, p. 265.

(12) *Ibidem* P. 515

2.3.1. Derechos y Obligaciones transmisibles con la muerte.

Los derechos y obligaciones que son susceptibles de ser transmitidos por la muerte son principalmente los derechos patrimoniales, ya que el titular de dicho patrimonio cambia, mientras que siempre existan esos bienes, objeto de derechos y obligaciones. No así los derechos personales, familiares y los de carácter público ya que perecen con el titular de los mismos.

Los derechos y obligaciones patrimoniales los podríamos enumerar de la siguiente forma:

- a) Derechos Reales
- b) Derechos de Crédito, ya sea que surjan por una relación contractual o extracontractual
- c) Obligaciones por compromiso arbitral.

Dentro de los derechos reales, podrían existir como excepción en algunos casos, el usufructo y el uso y habitación, ya que estos derechos pueden ser pactados en un contrato como vitalicios y por lo mismo terminaría el derecho al terminar la vida del titular del mismo. De cualquier manera, el usufructo, el uso, la habitación y la renta pueden ser transmitidos después de la muerte si el difunto así lo hubiere dispuesto en su testamento o el juez hubiere dictado sentencia en este sentido, siempre que los contratos por los que estos derechos nacieron no tuvieren pacto en contrario.

El artículo 205 del Código Civil para el Distrito Federal, nos dice refiriéndose a la posesión de bienes en el matrimonio que:

“Muerto uno de los cónyuges, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión, mientras no se verifique la partición”.

En el caso de aquellas obligaciones cuya fuente nace de una relación extracontractual, también deberán ser transmitidas. Estas obligaciones pueden tener fuentes muy diversas como son:

- Las que nacen de una declaración unilateral de la voluntad,
- Las que nacen del enriquecimiento ilegítimo,
- Las que nacen de la gestión de negocios,
- Las que nacen de la responsabilidad objetiva,
- Las que nacen de hechos ilícitos, delitos o cuasidelitos.

Los tratadistas han discutido ampliamente sobre un problema que ha surgido en los casos de hechos ilícitos y de responsabilidad objetiva. El problema se centra básicamente en el momento de la muerte del titular de la obligación.

Por lo que se refiere al cumplimiento de la obligación originada en un compromiso arbitral, el artículo 612 del Código de Procedimientos Civiles dice, que los herederos del finado habrán de respetar la decisión del autor de la herencia cuando este celebró un compromiso arbitral o estableció alguna cláusula compromisoria.

Existen otros derechos que no son patrimoniales y que pueden ser susceptibles de ser transmitido por la muerte, como los son aquellos del estado civil; por ejemplo, nuestra ley prevé que los herederos puedan llevar a cabo el desconocimiento de un hijo del de cujus (art. 335 del Código Civil), o por otro lado, la acción que compete a un hijo para reclamar su estado, es imprescindible para él y sus descendientes (art. 347 del Código Civil). En el mismo ordenamiento el artículo 385 del mismo ordenamiento dice:

“Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada”.

2.3.2. Derechos y Obligaciones no transmisibles con la muerte.

Estos derechos son los siguientes:

- a) Derechos políticos,
- b) Derechos Personalísimos,
- c) Derechos específicos en los contratos de sociedades mercantiles,

En el caso de los Derechos Políticos, el titular de los mismos al ejercerlos deberá llevar a cabo intervenciones en la vida misma del Estado. Es obvio que nunca podrían transmitirse por muerte estos derechos, si tampoco pueden transmitirse en vida.

Los Derechos Personalísimos, su nombre mismo los califica: personalísimos. No se pueden transmitir los derechos que surgen por un mandato, comodato, el derecho de alimentos, etcétera.

Así, concebimos a la herencia como un Todo; esta se integra por los activos y pasivos del de cujus, por todos los derechos y obligaciones susceptibles de ser transmitidos después de la muerte, y también como la masa de bienes que los herederos recibirán por adjudicación.

2.4 El Albacea.

2.4.1. Concepto y designación de Albacea.

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

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

Rojina Villegas, define al albacea de la siguiente manera:

“Los albaceas son las personas designadas por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de cuyos, así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y división de la herencia. Es decir, los albaceas son los órganos representativos de la comunidad hereditaria para proceder a su administración, liquidación y división y, en su caso, los ejecutores de las disposiciones testamentarias”. (13)

De acuerdo a la definición anterior, tanto el albacea testamentario como el legítimo representan a los herederos, a los legatarios y a los acreedores de la herencia. El albacea es un representante que defiende intereses jurídicamente vinculados, es un órgano de actuación.

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

En cuanto a la designación del albacea, podemos decir que en el caso de que exista un testamento, el testador puede designar expresamente a una persona para desempeñar ese cargo; así lo autoriza el artículo 1681 del Código Civil al decir que “El testador puede nombrar uno o más albaceas”.

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

(13) ROJINA VILLEGAS, Rafael: Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 334.

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

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

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

2.4.2. Obligaciones, Derechos y Prohibiciones.

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

Respecto la del albacea universal son:

- a) La presentación del testamento,
- b) El aseguramiento de los bienes de la herencia,
- c) La formación de inventarios,
- d) La administración de los bienes y la rendición de cuentas del albaceazgo,
- e) El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias,
- f) La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios,
- g) La defensa en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento,
- h) La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren contra ella,
- i) Deducir todas las acciones que pertenezcan a la herencia,
- j) Entregar al executor especial las cantidades o cosas necesarias para que cumpla la parte del testamento que estuviera a su cargo,
- k) Proponer al juez, dentro de los 15 días siguientes a la aprobación del inventario, la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, señalando

la parte de ellos que cada bimestre deberá entregarse a los herederos o legatarios,

- l) Fijar, dentro del primer mes de ejercicio del cargo, de acuerdo con los herederos, la cantidad que haya de emplearse en los gastos de administración y el número y sueldo de los dependientes. (arts. 1706 al 1759 del Código Civil para el Distrito Federal).

Arce Cervantes nos dice que el albacea es un elemento obligatorio de las sucesiones testamentarias o intestamentarias, ya que sus funciones son complejas, como los son principalmente administrar y proteger el caudal relicto en beneficio de los herederos, legatarios, así como de los acreedores del de cujus y como el patrimonio destinado a liquidarse, deberá proceder a realizar esta liquidación y entregar finalmente los bienes a quien le correspondan. (14).

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

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

De Pina comenta que el albacea no puede gravar ni hipotecar los bienes de la sucesión sin consentimiento de los herederos, o de los legatarios, en su caso, ni transigir, ni comprometer en árbitros los negocios de la herencia, sin consentimiento de los herederos, ni dar en arrendamiento dichos bienes por más de un año, sin la autorización que se necesita para gravarlos o hipotecarlos. (15).

(14) ARCE Y CÉRVANTES, José, De las Sucesiones, Ed. Porrúa, México, 1992, p. 195.

(15) DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen Segundo, Ed. Porrúa, México, 1987, p. 391.

2.4.3. Clases de Albacea.

El Código Civil establece una clasificación de albaceas, de la cual podemos distinguir los siguientes:

1. **Universales.-** son aquellos cuya función es la de cumplir todas las disposiciones testamentarias y representar a la sucesión, cuando son designados por el testador. Cuando su nombramiento depende de los herederos o del Juez, dichos albaceas sólo tienen la función representativa de la herencia.
2. **Especiales.-** éstos tienen una función determinada por disposición del testador para cumplir una disposición testamentaria. Estos albaceas sólo pueden ser designados por testamento.
3. **Mancomunados.-** estos son designados por el testador o por los herederos, no pueden actuar en forma separada y será necesario el consentimiento de la mayoría. (artículos 1692 al 1694 del Código Civil)
4. **Sucesivos.-** son aquellos que el testador designa para que desempeñen el cargo en el orden que se indique en el testamento. Cuando fueren varios los albaceas designados por el testador, el albaceazgo será ejercitado por cada uno de ellos, en el orden en que hubiesen sido nombrados, salvo que en el testamento se disponga que desempeñen el cargo mancomunadamente. (artículo 1692 del Código Civil)
5. **Testamentarios.-** son los que designa el testador y cuya función consiste en cumplir las disposiciones hechas por el testador y representar a la sucesión. Pueden ser universales, especiales, sucesivos o mancomunados.
6. **Legítimos.-** son aquellos que designan los herederos, o el Juez en su caso, a falta de albacea testamentario, o cuando éste renunciare, fuere removido o no concluyere en el plazo señalado en el testamento. (artículos 1682 al 1688 del Código Civil)

2.4.4. Termino del cargo de Albacea.

En cuanto a la duración del albaceazgo esta dependerá de la naturaleza del cargo que se desempeña, pues se debe distinguir entre albaceas testamentarios y albaceas legítimos.

El albacea debe cumplir su encargo dentro del término de un año contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento. Este término podrá ser prorrogable siempre que se cumpla por lo dispuesto en los artículos 1737 al 1739 del Código Civil.

Asimismo, el artículo 1745 del Código Civil determina los casos que dan término al cargo de albacea:

- I. Por término natural del encargo.- es decir, la conclusión de todos los asuntos y negocios relacionados con el albaceazgo.
- II. Por muerte.- en este caso termina el cargo pero no el albaceazgo, éste termina hasta que se concluya con los negocios de la herencia, con el nuevo albacea.
- III. Por incapacidad legal, declarada en forma.- aquí igual que en el punto anterior, termina el cargo pero no el albaceazgo, se procede a la designación de un nuevo albacea.
- IV. Por excusa que el Juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores o la Beneficencia Pública.- en este caso igual que los dos anteriores se procede a la designación de un nuevo albacea.
- V. Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo.- el albacea deberá continuar atendiendo los negocios de la herencia, tanto judiciales como extrajudiciales, hasta que se designe un nuevo albacea.

- VI. Por revocación de sus nombramientos, hecha por los herederos.- esta revocación únicamente surtirá sus efectos si para cuando se haga la revocación se nombre en el mismo acto a un sustituto.

- VII. Por remoción.- esta debe fundarse en una causa que conforme a la ley sea suficiente para privar al albacea en el desempeño de su cargo.

CAPITULO 3. LOS TESTAMENTOS Y EL NOTARIO PUBLICO EN GENERAL.

3.1 Concepto, características y elementos fundamentales del testamento.

La palabra testamento proviene de la palabra "testis", que significa testigo, y también de "testas" que significa atestiguar.

El concepto de testamento es, según De Pina Vara Rafael:

"Un acto jurídico unilateral, individual, personalismo, libre, solemne y revocable, mediante el cual quien lo realiza dispone, para después de su muerte de lo que haya de hacerse de sus bienes y derechos transmisibles, y expresa su voluntad sobre todo aquello que, sin tener carácter patrimonial, pueda ordenar, de acuerdo con la ley". (16).

Otro concepto es el que nos da Rafael Rojina Villegas, citando a Rodolfo Sohm, y que es el siguiente:

"Testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma". (17).

Nuestro Código Civil actual en su artículo 1295, define al testamento de la siguiente manera:

"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".

(16) DE PINA V., Rafael: Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 477.

(17) ROJINA VILLEGAS, Rafael: Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 385.

De las definiciones anteriormente transcritas, podemos deducir las siguientes características:

- a) El testamento es un acto jurídico, es decir, una manifestación de la voluntad humana con la intención de producir efectos jurídicos, y no un hecho jurídico, que es: todo acontecimiento fuera de la voluntad humana capaz de producir efectos en el ámbito jurídico.
- b) Es un acto unilateral, esto es, que solo genera obligaciones para una de las partes y derechos para la otra. En contraposición, es bilateral aquel acto en el cual se generan obligaciones para ambas partes.
- c) Es un acto personalísimo, no pueden testar en el mismo acto dos o más personas, la voluntad del testador no puede realizarse por representante alguno, ni tampoco el testador puede nombrar un tercero para que este haga la designación de heredero o legatario de bienes o cantidades.
- d) Es un acto solemne, cuyo propósito es dar a conocer la voluntad del testador para después de su muerte. El artículo 1491 del Código Civil establece que el testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las normas prescritas por la ley. En este caso, la inobservancia de la forma, no produce la nulidad relativa, ya que no cabe la confirmación o ratificación del acto.
- e) Es un acto revocable y libre, el testador de acuerdo a lo que establece el artículo 1493 del Código Civil; es nula la renuncia a la facultad de revocar el testamento, por lo que el testador puede dejar sin efecto el testamento, las veces que él quiera con el otorgamiento de uno nuevo. Asimismo, el testamento es un acto libre, ya que el testador puede designar en las condiciones que quiera, a los herederos, legatarios; bienes, derechos y obligaciones.
- f) Es un *actio mortis causa*, es decir, que surtirá sus efectos hasta la muerte del testador, sin importar el tiempo que haya transcurrido entre su otorgamiento y el fallecimiento.

En cuanto a los elementos fundamentales del testamento, tenemos los siguientes:

- a) Manifestación de la voluntad.- debe hacerse por el testador en forma clara y expresa, es decir, no se acepta una manifestación de voluntad tácita que se pretenda

deducir de hechos, ni tampoco puede el testador manifestar su voluntad mediante señas o monosílabos contestando a las preguntas que se le hagan. (artículo 1489 del Código Civil)

b) Interpretación.- a pesar de que se exige que en todo testamento se manifieste en una forma clara y expresa la voluntad del testador, pueden presentarse problemas de interpretación que la ley resuelva fijando normas generales. Cuando del texto claro del testamento se desprenda en una forma también manifiesta la intención del testador, no existe problema de interpretación, es decir, coinciden la letra con la intención en la manifestación de la voluntad. El problema se presenta cuando el texto resulta distinto o contrario a la voluntad del testador, es decir, cuando se emplean palabras que inducen a error o duda y que parecen contrarias con lo que el testador ha querido significar. En este caso se cita como regla de interpretación el Código vigente: debe prevalecer la intención sobre el texto del documento.

c) Objeto.- para el testamento el objeto puede consistir en la institución de herederos y legatarios o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos. El testamento existe por la simple institución de herederos o legatarios o bien puede faltar ésta, si el testador ejecuta otros actos jurídicos, como reconocimiento de hijos, designación de tutor o, finalmente, puede existir el testamento para el reconocimiento de ciertos deberes a efectos de que se ejecuten después de la muerte. El artículo 1378 del Código Civil, nos dice: El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. De manera que puede no existir institución de heredero o el nombrado ser incapaz o bien pueda renunciar; en estos tres casos existe el testamento. (artículo 1379 del Código Civil)

d) Institución de herederos y legatarios.- cuando la transmisión es a título universal, existe la institución de herederos; y cuando la transmisión es a título particular, entonces se instituyen legatarios. En tal virtud, por institución de heredero debe entenderse al acto por virtud de la cual el testador transmite a una persona la totalidad de su patrimonio o una parte alicuota del mismo, y por institución de legatario el acto por el cual el testador transmite a una persona un bien determinado o determinable, corporal o incorporal, es decir, una cosa o un derecho. La institución de herederos no impide que exista al mismo tiempo la institución de legatarios.

e) Posibilidad del objeto.- en los actos jurídicos debe ser posible; si es imposible, el acto jurídico es inexistente, justamente porque la imposibilidad puede ser física o jurídica,

de manera que el objeto debe ser posible tanto desde el punto de vista físico como jurídico. No basta que los bienes existan en la naturaleza. Es necesario que estén en el comercio, que sean determinados o determinables, para que puedan considerarse como objetos indirectos del acto jurídico.

3.2 De la capacidad para testar y para heredar.

El artículo 1305 del Código Civil establece que pueden testar todas aquellas personas a quienes la ley no les prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho.

En nuestro derecho sólo hay dos casos de incapacidad para testar:

1. Los que no han cumplido 16 años, y
2. Los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio.

En el caso de los menores de 16 años la incapacidad es absoluta.

La incapacidad por los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio es relativa, esto en virtud de que el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez se toma como válido, siempre y cuando, el tutor o su familia presente por escrito una solicitud al juez que corresponda, el cual nombrará a dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen su estado mental. El juez deberá estar presente y hará cuantas preguntas estime convenientes para determinar la capacidad para testar de la persona.

Una vez terminado el examen, se levantará un acta y si el resultado fuera favorable, se procederá al otorgamiento del Testamento Público Abierto ante Notario Público con todas las solemnidades que se requieren. Además de la firma del Notario y de los testigos en el acta, lo harán también el juez y los médicos que intervinieron en el reconocimiento de lucidez del testador.

El Notario, deberá asentar al pie del testamento, que durante todo el acto el testador conservó perfecta lucidez de juicio. A falta de este requisito el testamento será nulo.

Asimismo, el artículo 1312 del Código Civil, establece que, para juzgar la capacidad del testador, se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento.

En cuanto a la capacidad para heredar, como en el caso anterior el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1313 establece que toda persona tiene capacidad para heredar, bien sea testamentaria o legítima, y no pueden ser privadas de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas, y a determinado bienes, pueden perderla por alguna de las siguientes causas:

a) Por falta de personalidad. Los que no hayan sido concebidos a la muerte del testador, o los concebidos que no nazcan viables. Será válida la capacidad de heredar de las personas que nazcan después de otorgado el testamento durante la vida del testador. (artículos 1314 y 1315 del Código Civil)

b) Por delito. El que haya cometido delito, acto inmoral, intentado dar muerte, conducta reprobable en contra del autor de la herencia, sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos; el que haya cometido adulterio, o haya acusado de algún delito al autor de la herencia; por dolo o fraude, violencia física o moral para que haga, deje de hacer o revoque testamento; también en el caso de supresión, substitución o suposición de infante. (artículos 1316 al 1320 del Código Civil)

c) Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento. Por presunción de influjo contrario a la libertad son incapaces de adquirir por testamento los tutores y curadores del menor, a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayoría de edad de aquél, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela; el médico que haya asistido al testador durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del médico a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos. (artículos 1321 al 1323 del Código Civil).

Por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento son incapaces para heredar el Notario y testigos que intervinieron en él, ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado, directores espirituales, de todos ellos además sus cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos. (artículos 1324 al 1326 del Código Civil)

d) Falta de reciprocidad internacional. Son incapaces de heredar los extranjeros, cuando según las leyes de su país no puedan heredar a los mexicanos. (artículos 1327 y 1328 del Código Civil)

e) Utilidad Pública. Dentro de esta incapacidad quedan comprendidas las Iglesias, los extranjeros en lo que toca a la zona prohibida (100 km. en frontera y 50 km. en playa), las sociedades extranjeras para adquirir bienes raíces en la República Mexicana (y las demás enumeradas en el artículo 27 de la Constitución), las sociedades comerciales por acciones, no pueden adquirir por herencia fincas rústicas que se destinen a la agricultura. (artículos 1329 y 1330 del Código Civil)

f) Por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento. Son incapaces de adquirir por testamentos los que se rehúsen a aceptar sin justa causa cargos de tutor, curador, o albacea, o hayan sido removidos de los mismos por mala conducta. (artículo 1331 al 1333 del Código Civil)

De acuerdo a lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal, Rafael Rojina Villegas nos dice que para juzgar de la capacidad o incapacidad para heredar, se toma en cuenta el momento de la muerte del autor de la herencia. Si la causa de incapacidad sobreviene después, no origina la imposibilidad de adquirir bienes por herencia testamentaria o legítima, a no ser en el caso de remoción del cargo conferido por testamento, cuando se comprueba la mala conducta del albacea, tutor o curador. Cuando la institución sea condicional se requiere, además, capacidad en el momento en que se realiza la condición.

Estas capacidades pueden ser prescriptibles o imprescriptibles.

Cuando la incapacidad se impone por motivos de orden público, en cualquier tiempo puede ejercitarse la acción, que es imprescriptible. Se requiere para que alguien sea privado de la herencia que se le ha dejado por testamento, o por sucesión legítima, que exista una declaración judicial admitiendo la causa de incapacidad.

Las incapacidades impuestas por motivos de interés privado son prescriptibles. Si no se ejercita la acción por aquél que tenga interés en la herencia en un término de tres años, prescribe la causa.

Una vez declarada la incapacidad por sentencia, el heredero aparente o sea, el heredero incapaz, debe devolver los bienes que se le han transmitido por herencia o legado. Sin embargo, en protección de los terceros de buena fe, no se acepta la nulidad de todos los contratos, enajenaciones o gravámenes llevados a cabo por el heredero incapaz que haya contratado con dichos terceros, siempre y cuando se trate de actos a título oneroso. En este caso el heredero legítimo no podrá proceder en contra del tercero adquirente y sólo tendrá una acción personal de indemnización en contra del heredero aparente y, naturalmente, el resultado efectivo de esta acción dependerá de la solvencia del heredero incapaz. (artículo 1343 del Código Civil)

3.3 Formas de los testamentos.

Según el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1499, nos dice que por su forma, se pueden encontrar dos tipos de testamentos: los ordinarios y los especiales.

Los ordinarios pueden ser:

- Testamento Público Abierto.
- Testamento Público Cerrado.
- Testamento Público Simplificado.
- Testamento Ológrafo.

Los especiales pueden ser:

- Testamento Privado.
- Testamento Militar.
- Testamento Marítimo
- Testamento Hecho en País Extranjero.

"Los testamentos especiales son aquellos que se hacen tomando en cuenta determinadas circunstancias y sólo en atención a las mismas, se permite recurrir a esa forma privilegiada, no siendo eficaz en los casos ordinarios". (18)

(18) ROJINA VILLEGAS, Rafael: Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 406

Asimismo el artículo 1502 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que no pueden ser testigos las siguientes personas:

1. Los amanuenses del Notario que lo autorice.
2. Los menores de 16 años.
3. Los que no estén en su sano juicio.
4. Los ciegos, sordos o mudos.
5. Los que no entiendan el idioma que habla el testador.
6. Los herederos o legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuges o hermanos. Para el caso de que alguna de estas personas llegare a ser testigo, producirá la nulidad respecto a la disposición que le beneficie, a ella misma o a sus parientes antes mencionados.
7. Los que hayan sido condenados por delito de falsedad.

Las formalidades generales para los testamentos son:

1. Continuidad en el acto.- no puede llevarse a cabo un testamento interrumpiendo el acto para continuarlo en la misma fecha o en otra distinta.
2. Presencia de testigos y/o del Notario en los casos de los testamentos en los que sea requisito.
3. Identidad del testador y su capacidad, que debe ser conocida y apreciada por los testigos y/o el Notario.

3.3.1 Testamento Público Abierto.

Es aquél que se otorga de conformidad con lo estipulado en el artículo 1511 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal.

Esta forma de testar es, desde luego, la más solemne, habiéndose calificado su denominación de testamento público abierto como equívoca, puesto que en cierto sentido también es público (es cuanto a que la autoriza un funcionario de ésta clase y tiene, por

tanto, plena autenticidad) el testamento cerrado, pero en realidad la denominación de público hace referencia a su publicidad más que a la calidad de la función del notario que lo autoriza, aunque esta influye también en ella.

El notario actúa como fedatario, para dar fe del acto en que consiste el otorgamiento del testamento.

El Testamento Público Abierto, es el que se otorga ante notario. El testador expresará de modo claro y terminante su voluntad al notario, quien redactará por escrito el testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, y las leerá en voz alta para que éste manifieste si esta conforme.

En caso de que el testador estuviere conforme firmarán la escritura el testador, el notario y los testigos en caso de que los hubiere, y en su caso el intérprete; asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que se otorgue (artículos 1511 y 1512 del Código Civil).

Para los casos que a continuación señalaremos y que se encuentran previstos en el Código Civil, así como cuando el testador o el notario lo solicitan, dos testigos deberán concurrir al acto de otorgamiento y firmar el testamento testigos instrumentales quienes podrán intervenir, además como testigos de conocimiento:

a) Cuando el testador declare que, no sabe o no puede firmar el documento, uno de los testigos firmará a ruego del testador, y éste imprimirá su huella digital.

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

c) Cuando el testador sea ciego o no pueda o no sepa leer, se dará lectura al testamento dos veces; uno por el notario y otra por uno de los testigos u otra persona que el testador designe (artículos 1513 al 1517 del Código Civil).

El artículo 1518 del Código Civil establece los casos para el testador que ignore el idioma del país, y que a la letra dice:

“Cuando el testador ignore el idioma del país, si puede, escribirá su testamento que será traducido al español por el intérprete al que se refiere el artículo 1503. La traducción se transcribirá como testamento en el respectivo protocolo y el original, firmado por el testador, el intérprete y el notario, se archivará, en el apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto.

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

Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento al intérprete. Traducido éste, se procederá como dispone el párrafo primero de este artículo.

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

El Código Civil para el Distrito Federal, al disponer (artículo 1519) que las formalidades del testamento abierto se practiquen acto continuo, está aludiendo a la unidad del acto, requisito que tradicionalmente viene exigido como garantía de que durante su otorgamiento no se intercalen asuntos ajenos que puedan quitarle seriedad y poner en entredicho la espontaneidad y libertad del testador.

Ahora bien, la función que el notario cumple en el otorgamiento de un testamento no se concreta a dar fe del acto, sino que constituye también una garantía de la corrección del mismo, dado el carácter de técnico del derecho que tiene, como titular de una profesión jurídica reglamentada por el Estado.

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

3.3.2 Testamento Público Cerrado.

Es aquél testamento que es redactado por el mismo testador o por otra persona a su ruego, y además puede ser escrito en papel común.

Este testamento conlleva varios requisitos sin los cuales, éste no será válido.

Una vez que el testador haya redactado su testamento público cerrado, deberá rubricar todas y cada una de las hojas y firmar al calce del testamento.

En caso de que otra persona lo haya escrito a su ruego, éste será quien deberá firmar, rubricar y concurrir junto con el testador con el pliego cerrado ante el Notario, en donde el testador declarará que fue la otra persona quien rubricó y firmó a su nombre y éste firmará en la cubierta con los testigos y el Notario.

El papel en el que esté escrito el testamento, deberá estar cerrado y sellado, o el testador lo hará cerrar y sellar; el testador declarará en presencia del Notario y de tres testigos, que en el pliego que presenta se encuentra su última voluntad.

A continuación el Notario dará fe del otorgamiento, constancia que deberá extenderse en la cubierta del testamento, el cual llevará las estampillas del timbre correspondiente, deberá ser firmada por el testador, los testigos y el Notario, quien además estampará su sello.

En caso de que alguno de los testigos no supieren firmar el Notario deberá llamar a otra persona para que lo haga en su nombre; si el testador no pudiera firmar lo hará otra persona, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos; sólo en caso de urgencia podrá firmar uno de los testigos y el Notario lo hará constar expresamente, bajo pena de suspensión de su cargo por tres años.

Son inhábiles para hacer Testamento Público Cerrado, los que no saben o no pueden leer.

En el caso del sordomudo, éste podrá hacer Testamento Público Cerrado siempre que este escrito, fechado y firmado por él, y que al presentarlo ante el Notario sea con cinco testigos y escriba y firme en presencia de todos que en el pliego se encuentra su última voluntad.

Si quien otorga testamento es sólo mudo o sólo sordo y no puede escribir, podrá hacerlo otra persona en su nombre siempre que el testador lo anote así en su testamento y firme la nota de su puño y letra cumpliendo con las demás solemnidades de este tipo de testamento.

Una vez otorgado el testamento el Notario lo entregará al testador y lo anotará en su protocolo. El testador podrá conservar el testamento, depositarlo en el Archivo General de Notarías o darlo en guarda a una persona de su confianza.

Para que un juez pueda decretar la publicación y protocolización del testamento, este debe de hacer comparecer a los testigos instrumentales, a la persona que haya firmado a su ruego en su caso, y también al Notario, para que reconozcan ante éste, las firmas respectivas, y si el sobre se encontraba en las mismas condiciones a como estaba al momento de su entrega, ya que en caso de que el sobre estuviere abierto, o que llegarán a existir raspaduras, o enmendaduras, éste quedará sin efecto.

Para el caso de que alguno o algunos de los testigos no pudieran presentarse ya sea por enfermedad, muerte o ausencia, el reconocimiento se hará por mayoría de éstos y el Notario.

3.3.3 Testamento Ológrafo.

Es aquel testamento que es escrito de puño y letra del testador, mayor de edad, y que únicamente podrá surtir sus efectos, si se deposita en el Archivo General de Notarías.

Los artículos 1150 y 1551 del Código Civil, establecen que para que el testamento sea válido, además de que es necesario que este escrito de puño y letra del testador, se requiere su firma, con la expresión del día, mes y año en que se otorgó.

Para el caso de que éste testamento tuviere tachaduras, enmendaduras o enterrengones, estas podrán ser salvadas por el testador, bajo su firma, y en caso de omisión, sólo afectará la validez de las palabras con las deficiencias antes señaladas.

El procedimiento para depositar el testamento ológrafo es el siguiente, según los artículos 1553 y siguientes del Código Civil: Una vez que el testador haya hecho su testamento por duplicado, debe de imprimir en cada ejemplar su huella digital.

El depósito se debe hacer de manera personal, y en caso de que el encargado del Archivo General de Notarias no conozca al testador, este deberá hacerse acompañar de dos testigos que lo identifiquen.

El original, dentro de un sobre cerrado y lacrado, debe ser depositado en el Archivo General de Notarias, el cual es requisito que contenga la nota: "Dentro de este sobre se contiene mi testamento.", expresándose a continuación el lugar y la fecha en donde se hace el depósito, siendo la nota firmada por el encargado del Archivo, el testador, y en su caso los dos testigos que lo identificaron cuando intervenga.

El duplicado, también cerrado en un sobre lacrado deberá llevar la nota "Recibí el pliego cerrado que el señor..... afirma contiene original de su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado".

El Código Civil contempla la posibilidad, de que para el caso de que el testador se encontrase imposibilitado para hacer entrega de su testamento ológrafo, el encargado del Archivo General de Notarias deberá ir al lugar en donde se encuentre el testador, para cumplir con las formalidades requeridas.

Los artículos 1557, 1558 y 1559 del Código Civil establecen que una vez hecho el depósito respectivo, el encargado del Archivo General de Notarias, deberá tomar razón en el libro respectivo a fin de que pueda ser identificado y también quede este, bajo su responsabilidad. Para que una vez que el juez promueva juicio sucesorio, el Archivo General de Notarias informe sobre el depósito del testamento, y así sea remitido a este.

Cabe señalar que el testador en todo momento puede retirar del Archivo General de Notarías su testamento, ya sea personalmente o por medio de un mandatario con poder especial otorgado en escritura pública. En cuyo caso se hará constar en acta que para el efecto se levante, y la cual deberán firmar el encargado del Archivo, el testador o el mandatario en su caso.

Sólo en caso de que el original depositado en el Archivo General de Notarías haya sido destruido o robado, se tendrá como formal el testamento duplicado; así lo establece el artículo 1562 del Código Civil. Y en su caso, el original o el duplicado quedarán sin efectos, cuando el sobre estuviere abierto, roto, o las firmas aparecieren con borraduras, raspaduras o enmendaduras aún cuando el contenido no sea vicioso.

Por último, el encargado del Archivo General de Notarías tiene la obligación de no proporcionar ningún tipo de informe sobre el Testamento Ológrafo sino solo al mismo testador, a los jueces competentes, y a los Notarios cuando tramiten la sucesión respectiva.

3.3.4 Testamento Público Simplificado.

Según el artículo 1549-bis del Código Civil para el Distrito Federal en su primera parte, define este tipo de testamento 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 en 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 de cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior de conformidad con lo siguiente...”

De la definición anteriormente transcrita, se deducen las siguientes características:

- Primera.- Que al otorgar este tipo de testamento, es necesario siempre, la intervención de Notario Público.
- Segunda.- Son materia del presente, los bienes inmuebles destinados o que vayan a destinarse a vivienda.

Tercera.- Las posibilidades que tiene el testador para poder otorgarlo, son en principio, por medio de la escritura en que se consigne su adquisición, o aquella en que el objeto sea la regularización hecha por las autoridades del Distrito Federal, o de cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal.

Cuarta.- El precio del inmueble o su valor de avalúo, no tratándose de regularización, no debe de exceder del equivalente de veinticinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de su adquisición.

Según el Diario de los Debates de fecha 11 y 13 de diciembre de 1993 la iniciativa responde a la necesidad de regularizar la tenencia de la tierra y la seguridad en la posesión del suelo de la Ciudad de México. Para lo cual se estableció una figura jurídica que facilite el otorgamiento de la última voluntad, (llámese testamento) en relación con la vivienda que este adquiere (compraventa), mediante un procedimiento de titulación ágil y simplificado.

Esto con la intención de evitar las restricciones en la traslación de dominio de los bienes inmuebles cuando el titular de los derechos fallece y sus herederos legítimos carecen de medios económicos para garantizar la continuidad de los derechos que tienen estos sobre los bienes inmuebles que les corresponden.

Los requisitos del Testamento Público Simplificado, se encuadran dentro de las seis fracciones del mismo artículo 1549-bis del Código Civil, los cuales veremos en el capítulo cuarto siguiente.

3.3.5 Testamento Privado.

Es aquel que se otorga cuando el testador no puede otorgar testamento ológrafo bajo determinadas circunstancias y requisitos:

- a) Que el testador sea atacado por una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo de concurrir al Notario.
- b) Que en la población no exista Notario o juez que actúe por receptoría.
- c) Cuando aunque exista juez o Notario sea imposible que concurran a su otorgamiento.

d) Cuando se trate de militares o asimilados del ejército, y estos entren en campaña o sean prisioneros de guerra.

Para otorgarse el testamento privado se requiere la presencia de cinco testigos, ante los cuales el testador deberá manifestar su voluntad.

El testador redactará el testamento, o si no lo puede hacer, lo hará cualquiera de los cinco testigos. Y en caso de extrema urgencia o en caso de que ninguno de los testigos sepa leer o escribir, se podrá prescindir de la forma escrita y además, el número de testigos se podrá reducir a tres.

Para que la declaración del testador sea válida como testamento privado, es necesario que el testador fallezca de la enfermedad o del peligro en que se hallaba o dentro del mes siguiente, al otorgamiento del mismo.

Para el caso de que el testador muera dentro del mes siguiente, los interesados acudirán inmediatamente después de saber sobre la muerte del testador ante el juez de lo familiar, quien deberá citar al ministerio público y a los testigos, quienes deberán declarar: (artículo 1574 del Código Civil)

- I. El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento.
- II. Si reconocieron, vieron, y oyeron claramente al testador.
- III. El tenor de la disposición.
- IV. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de toda coacción.
- V. El motivo por el que otorgó el testamento privado.
- VI. Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba.

Cabe mencionar que el Código Civil señala que los testigos deberán ser manifiestamente contestes, es decir, que sus declaraciones que rindan ante el juez, deberán coincidir en lo absoluto, con las de los otros testigos. Además de que deberán ser todos mayores de edad, y en caso de que no se encuentren en el mismo lugar, estos serán examinados por exhorto.

Si el juez considera que las declaraciones de los testigos fueron idóneas, y estuvieron conforme a la última voluntad del testador, declarará formal el testamento, y este surtirá todos sus efectos.

3.3.6 Testamento Militar.

Es aquel testamento que sólo lo pueden otorgar tres tipos de personas y bajo determinadas circunstancias.

Estos son: Los prisioneros de guerra, y los militares o asimilados al ejército al tiempo de entrar en acción de guerra o estando heridos en el campo de batalla.

El testamento militar se puede otorgar ya sea por escrito o de manera oral ante dos testigos únicamente.

El procedimiento de este testamento es el siguiente:

Habiendo los testigos recibido el pliego, el cual contiene la última disposición del testador, y estando este cerrado y firmado del puño y la letra del testador, hará entrega de este al jefe de la corporación quien lo deberá remitir a la Secretaría de la Defensa Nacional, y ésta a su vez lo deberá remitir a la autoridad judicial competente.

En caso de que el testador haya dispuesto de su última voluntad de manera oral, los testigos lo harán saber así al jefe de la corporación, y este lo informará a la Secretaría de la Defensa Nacional, y este a la autoridad judicial competente.

El artículo 1582 del Código Civil, nos remite a los artículos 1571 al 1578.

3.3.7 Testamento Marítimo.

Es aquel testamento que se otorga estando el testador a bordo de un barco de

guerra o en una de tipo mercante.

Este testamento debe de constar siempre por escrito. No puede otorgarse de forma oral. Y se requiere necesariamente que sea ante dos testigos y el capitán, los cuales tienen la obligación de firmarlo.

Se aplican además, las reglas del Testamento Público Abierto, con relación a la incapacidad de escribir, firmar, oír, ver, o hablar el idioma español del testador, como lo menciona el artículo 1584 del Código Civil, refiriéndose a los artículos que van del 1512 al 1519 del mismo ordenamiento.

En caso de que sea el capitán quien requiera hacer el testamento, el artículo 1585, establece que quien desempeñará sus veces, será el que lo suceda en el mando.

El testamento marítimo se debe redactar por duplicado, conservándose entre los documentos más importantes del navío, tomándose razón en el diario de navegación, incluyéndose fecha y hora del mismo.

En el primer punto que toque la embarcación, si no es territorio nacional, el capitán, si en el lugar existe un funcionario consular mexicano, agente diplomático o vicedónsul mexicano, depositará un ejemplar del testamento, fechado y sellado, con una copia que deberá constar en el diario del navío.

En caso de que la embarcación llegue a un puerto donde haya agente diplomático, cónsul o vicedónsul mexicano, el capitán entregará uno o los dos ejemplares del testamento.

Una vez que el capitán haya entregado él o los ejemplares a los funcionarios diplomáticos o a las autoridades portuarias, deberá exigir recibo de la entrega y tomar nota en el diario.

Cuando se llegue a territorio mexicano se entregará el otro ejemplar o los dos, si no se dejó en alguna otra parte, en la misma forma antes mencionada.

Mientras que los primeros, a la brevedad posible, deberán enviar los ejemplares a la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual hará publicar en los diarios la noticia de la muerte del testador, y así los interesados puedan proceder a tramitar la apertura ante el juez de lo familiar competente.

También el testamento marítimo, al igual que el militar y el privado, sólo producirá efectos legales si quien lo otorgó fallece dentro del mes de haberse otorgado o desde su desembarque en algún lugar donde conforme a la ley mexicana o a la extranjera, el testador haya podido ratificar u otorgar de nuevo su testamento.

Y si el testador, desembarca en un lugar en donde no haya en donde no haya agente diplomático o consular y no se sabe si ha muerto, ni la fecha del fallecimiento, el artículo 1592 del Código Civil, establece que se deberá proceder conforme al capítulo de los ausentes e ignorados.

3.3.8 Testamento Hecho en País Extranjero.

Es aquel que realizan los ciudadanos mexicanos que se encuentran fuera de su país, ante funcionarios mexicanos. Ya que como se sabe, tanto los consulados como las embajadas, específicamente, los secretarios de legación, los cónsules, y vicecónsules mexicanos, tienen determinadas funciones notariales.

Cuando un testamento se otorga en el extranjero, éste debe de ajustarse a las leyes mexicanas (Códigos Civiles) para que surta sus efectos dentro del territorio nacional.

En cuanto a la forma, puede ser la aceptada por la legislación del país en que se otorga según el principio universal "locus regit actum", es decir; la ley del lugar rige al acto.

En general, lo único que el Código Civil exige, es que en cuanto al fondo se ajuste a las leyes mexicanas y en cuanto a la forma, se someta a las formalidades que requiera según el país de que se trate.

Los funcionarios mencionados remitirán copia autorizada de los testamentos al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que estos publiquen la muerte del testador y los interesados promuevan la apertura del testamento.

Si el testamento fuere ológrafo, el funcionario que intervenga lo remitirá a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores en un término de diez días al encargado del Archivo General de Notarias.

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

3.4 La revocación, nulidad y caducidad de Testamento.

La Revocación.

El testamento es un acto especial revocable. Es decir, un acto de tipo unilateral por medio del cual la persona se retracta del otorgado con la finalidad de dejarlo sin efecto.

Así, el artículo 1493 del Código Civil para el Distrito Federal establece que la renuncia de la facultad de revocar el testamento es nula.

Del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que la revocación del testamento puede ser total o parcial, tácita o expresa.

Estas disposiciones testamentarias, tienen su fundamento principalmente en el artículo 1494 del Código Civil, el cual establece que: el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en este su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.

Por el contrario, se habla de revocación parcial cuando el testador sí expresó su voluntad de una manera expresa de que en el testamento anteriormente otorgado, subsistieren determinadas disposiciones.

El artículo 1496 del Código Civil establece que un testamento puede recobrar su fuerza, en caso de que el testador revoque el posterior y declare que el primero subsista. Es decir, que será voluntad del testador, que el segundo testamento otorgado sea el que quede sin efecto, mientras que el primero sea el que surta todos sus efectos legales.

La Nulidad.

La nulidad es para el maestro De Pina Vara:

"Ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de la ilicitud de su objeto o de su fin, de la carencia de los requisitos esenciales exigidos para su realización o de la concurrencia de algún vicio de la voluntad en el momento de su celebración. La Nulidad puede ser absoluta o relativa". (19)

La nulidad es, según Antonio Ibarrola:

"El testamento carece de valor desde el día en que fue hecho, y sea cual fuere la fecha de la muerte del testador, no producirá efecto alguno. En cambio la revocación y la caducidad suponen un testamento válido en su origen y susceptible de producir todos sus efectos, y que cae en virtud de una causa posterior. Si esta causa proviene de la voluntad del testador, habrá revocación; si es extraña, como el previo fallecimiento de un legatario, habrá caducidad". (20)

Así, el artículo 8 del Código Civil, establece que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

(19) DE PINA V., Rafael: Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 382.

(20) DE IBARROLA, Antonio: Cosas y Sucesiones, Ed. Porrúa, México, p. 1964

La nulidad absoluta, dice el artículo 2226 del Código Civil, por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por un juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado, y no desaparece por confirmación o prescripción.

De acuerdo al artículo 2225 del Código Civil, la nulidad absoluta es producida normalmente por la ilicitud en el objeto, fin o condición.

La nulidad será relativa (artículo 2227 del Código Civil) cuando no reúne los caracteres de la nulidad absoluta. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos. Como causas de esta nulidad relativa el Código Civil menciona el error, el dolo, la violencia, la lesión, la incapacidad y la falta de forma.

La Nulidad por Incapacidad.

El testamento hecho por un incapaz está afectado de nulidad relativa, según los tratadistas Rafael Rojina Villegas y Antonio de Ibarrola. Los cuales en términos generales exponen que los actos jurídicos realizados por un incapaz, existen, y estos pueden ser ratificados para quedar convalidados retroactivamente, o prescribir la ineficacia que los afecta.

Son fundamentos de la anterior afirmación: el artículo 2236 del Código Civil, el cual dice: La acción de nulidad fundada en incapacidad o error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638 el cual establece que la acción para pedir la nulidad prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.

El artículo 3 del Código de Procedimientos Civiles dice que por las acciones reales se reclamarán la herencia, los derechos reales o la declaración de libertad de gravámenes reales.

Y el artículo 1652 del Código Civil establece, que el derecho de reclamar la herencia prescribe en diez años y es transmisible a los herederos.

Pero también existen tesis a favor de quienes piensan que el testamento queda afectado de una nulidad absoluta, ya que la acción es imprescriptible, y además que el testamento no se puede confirmar.

El testamento hecho por un incapaz nunca llega a convalidarse por el tiempo, cualquiera que sea, entre la fecha en que el testador otorgó su testamento y la muerte de éste. Nunca se llega a purgar el vicio de la incapacidad, porque la ley atiende al momento en que el testador otorgó su testamento. Se considera que el artículo del Código Civil que establece un plazo de prescripción en los casos de nulidad por incapacidad o por error, es aplicable únicamente en materia de contratos y obligaciones, pero no en testamentos.

Por otra parte, en materia de testamentos, no puede existir ratificación propiamente dicha, sino lo que se hace es el otorgamiento de un nuevo acto.

Por lo tanto, tratándose de que esta sea nulidad absoluta, no existe ni la prescripción, ni la ratificación. Y además, la acción la puede invocar cualquier interesado.

Nulidad por Vicios de la Voluntad.

La voluntad del testador debe de ser expresada de una manera libre y cierta, exenta de vicios como lo son: el error, el dolo o la violencia.

El error es, según Ignacio Galindo Garfias:

“El falso conocimiento de una cosa (error propiamente dicho) o el total desconocimiento (ignorancia) de ella, y que determina al sujeto en la formación de su voluntad, en un sentido distinto a aquel que se hubiera formado, sin la existencia de esa circunstancia”.

Este tipo de vicio es difícil que se dé en la voluntad del testador, ya que el testamento es un acto jurídico unilateral.

Pero existe la posibilidad de que se dé el error de tipo nulidad.

El artículo 1301 del Código Civil al respecto dice: 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.

El error nulidad puede ser de dos clases. Así lo establece el artículo 1813 del Código Civil al decir que el error de hecho o de derecho invalida al contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contraten, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró este en falso supuesto que lo motivara y no por otra causa.

Según el artículo 1815 del Código Civil se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él a alguno de los contratantes.

El artículo 1816 a su vez establece que el dolo o la mala fe de una de las partes, y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.

En materia de testamentos siendo uno solo el autor, el dolo solo puede provenir de un tercero.

Por lo tanto, el dolo al inducir al error, si este último es motivo determinante de la voluntad, si es causa de nulidad.

El artículo 1487 del Código Civil, establece que es nulo el testamento captado por dolo o por fraude.

La violencia es, según Ignacio Galindo Garfias, citando la definición de Planiol:

“Toda coacción ejercida sobre la voluntad de una persona, sea por la fuerza material o por medio de amenazas, para determinarla a consentir en un acto jurídico”.

Es el artículo 1819 del Código Civil el que da una definición de violencia, la cual dice que existe cuando se emplea la 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, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

En cuanto a materia testamentaria, el artículo 1485 del Código Civil establece, que es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge, o de sus parientes.

En caso de que el testador hubiera sufrido de violencia, éste podrá revocar su testamento en cualquier momento a partir del instante que cese ésta.

La Nulidad por Falta de Forma.

Los testamentos son actos jurídicos solemnes que requieren de determinados requisitos; y además uno de sus principales objetivos es de acuerdo al artículo 1489 del Código Civil, que el testador exprese cumplida y claramente su voluntad.

Es cierto que la ley permite excepciones en un momento determinado, por causas de extrema urgencia.

Así se establece que antes de que pueda llegar a ser nulo un testamento, este es inexistente. (artículo 2228 del Código Civil)

La Caducidad.

La caducidad no es un vicio del testamento, sino que supone su validez, por haberse otorgado cumpliendo todos los requisitos, tanto de existencia como de validez. La caducidad de los testamentos consiste en la pérdida de su eficacia por causas extrañas a la voluntad del testador.

Según el artículo 1497 del Código Civil, las disposiciones testamentarias quedan sin

efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios:

1. Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado.
2. Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado.
3. Si renuncia a su derecho.

La disposición testamentaria que contenga condición de suceso pasado o presente desconocido, no caduca aunque la noticia del hecho se adquiera después de la muerte del heredero o legatario, cuyos derechos se transmiten a sus respectivos herederos.

A las causas de caducidad que quedan expuestas hay que agregar las que se encuentran establecidas expresamente en el Código Civil con referencia a la forma de los testamentos.

3.5 De los Legados.

3.5.1 Definición y concepto de Heredero y Legatario.

De Pina Vara Rafael, define la institución de heredero como:

“La designación hecha por el testador de quien o de quienes han de sucederle a título universal”. (21)

El heredero está considerado como la persona más importante en el derecho sucesorio, ya que como lo define De Pina Vara, este sucede al testador, al de cuyos en la totalidad del patrimonio o en la parte alícuota, de los derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte.

(21) DE PINA V., Rafael: Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 332.

Así, el artículo 1281 del Código Civil establece que la herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

Algunos derechos que no se extinguen por la muerte, son por ejemplo:

1. La obligación que se tiene de pagar alimentos.
2. La acción de desconocimiento de un hijo. (artículo 335 del Código Civil)
3. El reclamo del estado de filiación. (artículo 347 del Código Civil)
4. La acción de investigar de la maternidad. (artículo 385 del Código Civil)
5. La obligación que tienen los herederos respecto de la muerte de un deudor solidario. (artículo 1998 del Código Civil)
6. Y, obligaciones tales como; la oferta al público, la estipulación en favor de tercero, y la promesa de recompensa entre otros.

Existen derechos que si se extinguen por la muerte. Tales derechos son el resultado de las cualidades intrínsecas de la persona, estos son los llamados "intuiti personae".

De acuerdo a lo anteriormente citado, se puede decir que, el heredero es el continuador del patrimonio del de cuius, el cual representa todas las relaciones que tiene con lo pecuario, pero sólo hasta un cierto límite, ya que este solo puede responder hasta donde alcance el activo de la herencia.

El artículo 1378 del Código Civil dice que el testamento otorgado legalmente es válido aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. Por lo tanto, la institución de heredero no es esencial para que un testamento pueda ser válido, ya que el testamento podrá existir, aún cuando la institución no exista, o también cuando el heredero instituido no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

3.5.2 El Legado.

La palabra legado puede considerarse en sentido subjetivo y en sentido objetivo,

significando, en el primero, sucesión a título singular, y, en el segundo, el objeto u objetos legados.

En nuestro derecho positivo, se establece que el legado tiene dos significados:

Como acto de transmisión a título particular de una cosa o derecho, así como los objetos que son transmitidos en sí.

La función o el objeto materia de los legados, puede consistir, en la prestación de un bien, o también de un servicio. Los legados de dar, tienen por objeto la transmisión del dominio, uso o goce de una cosa o de un derecho. Y los legados de hacer, implican una obligación impuesta a un heredero o a un legatario para que realice un servicio a favor del primero.

Los elementos principales de los legados son:

- a) Siempre se hace la disposición a título particular.
- b) El legatario normalmente no responde del pasivo.
- c) El legatario nunca continúa en el patrimonio del autor de la herencia.
- d) El legado es una liberalidad, porque es una transmisión a título gratuito, y sólo puede ser oneroso, en caso de que exista una carga o gravamen, o bajo condición de cumplir otro legado. Pero siempre existe un valor que se transmite gratuitamente, ya que la carga nunca puede ser superior al legado.
- e) Los legados únicamente se pueden transmitir por testamento.
- f) Toda la transmisión de los legados implica que estos deben de ser determinados o determinables.

Por lo anteriormente expuesto, se puede decir que, en el legatario, solo existe una transmisión a título particular, sin tener que responder por las deudas o gravámenes que el de cujus haya dejado. Salvo que expresamente este le hubiere gravado el legado.

Pero existen aquí dos excepciones; la primera se da en el caso de que la herencia se encuentre repartida únicamente en legados, en donde lógicamente el legatario, tendrá

que asumir la calidad de heredero, quedando éste como continuador del patrimonio, y respondiendo de todas las reclamaciones activas o pasivas.

Y el segundo caso se presenta cuando los bienes dejados a los herederos son insuficientes para cubrir los pasivos de la herencia. Aquí, los legatarios tendrán que responder de una manera subsidiaria con los herederos. Es decir, primero se aplican los bienes de los herederos, y si estos no alcanzan, entonces se aplican de una manera proporcional los bienes de los legatarios.

Así, el maestro Rafael Rojina Villegas, define al legado de la siguiente manera:

"El legado consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador de un bien ya sea determinado o que sea susceptible de determinarse, el cual 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 estas se determinen posteriormente". (22)

El legado es una institución típica de la sucesión testada no existiendo en la intestada. Deben considerarse como nulos los legados de cosas que estén fuera del comercio, es decir, de cosas que no sean susceptibles de tráfico.

Tienen capacidad para disponer legado, de acuerdo con el Código Civil, el que la tiene para testar, y para ser legatario el que la tenga para ser heredero.

3.5.3 Elementos del Legado.

Los elementos del legado son de las siguientes clases:

(22) ROJINA VILLEGAS, Rafael: Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 308.

a) Personales.- son el testador, el gravado y el legatario. Como el legado es sólo posible dentro de la sucesión testamentaria, el testador es el sujeto que lega, es decir, quien dispone de una porción de sus bienes para traspasarlos a otra persona a título singular.

Gravado es el sujeto que queda obligado a entregar el legado.

El legatario es la persona que, en la sucesión, adquiere a título singular y que no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos. (artículo 1285 del Código Civil)

El legatario adquiere la consideración de heredero cuando toda la herencia se distribuye en legados (artículo 1286 del Código Civil), pero sin perder su calidad de legatario.

b) Reales.- se encuentran constituidos por todas aquellas cosas o derechos que pueden ser legados.

c) Personales.- están representados por el conjunto de formalidades a que está sujeto el legado como acto de última voluntad.

3.5.4 Derechos y Obligaciones de los Legatarios.

De acuerdo a lo que establece Rafael de Pina, los derechos y obligaciones de los legatarios son los siguientes:

“Derechos: el legatario tiene, además del derecho fundamental de percibir el legado, los siguientes:

a) El de exigir que el heredero o los mismos legatarios entre sí otorguen fianza en todos los casos en que pueda exigirla el acreedor. (artículo 1407 del Código Civil)

b) El de retener la cosa legada, si estuviere en su poder, sin perjuicio de devolver, en caso de reducción, lo que corresponda conforme a derecho. (artículo 1409 del Código

Civil)

c) El de reivindicar de tercero la cosa legada, sea mueble o raíz, con tal de que sea cierta y determinada, observándose lo dispuesto para los actos y contratos que celebren los que en el Registro Público de la Propiedad aparezcan, con derecho para ello, con terceros de buena fe que los inscriban. (artículo 1415 del Código Civil)

d) El de recibir la indemnización del seguro del bien legado que parezca incendiado después de la muerte del testador. (artículo 1416 del Código Civil)

Obligaciones:

a) La de abonar los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada, salvo en contrario del testador. (artículo 1396 del Código Civil)

b) La del pago de las contribuciones correspondientes al legado que se deducirán del valor de éste, a no ser que el testador disponga otra cosa. (artículo 1410 del Código Civil)

c) En el caso de que toda la herencia se distribuya en legados la satisfacción a prorrato entre todos los partícipes de las deudas y gravámenes en proporción a sus cuotas, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa. (artículo 1411 del Código Civil)”

(23)

3.5.5 Aceptación, renuncia y entrega del Legado.

El legado esta sujeto, como la herencia a aceptación y es también susceptible de renuncia.

No puede el legatario, sin embargo, aceptar una parte del legado y repudiar otra; pero si muere antes de aceptar y deja varios herederos, puede uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponde en el legado.

Cuando se dejaren dos legados y uno fuere oneroso, el legatario, no podrá renunciar a éste y aceptar el que no lo sea; pero si los dos son onerosos o gratuitos, es libre para aceptarlos todos o repudiar el que quiera.

(23) DE PINA V., Rafael: Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 331.

El heredero que sea al mismo tiempo legatario, puede renunciar la herencia y aceptar el legado o renunciar a éste y aceptar aquélla.

La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios, y en el estado en que se halle al morir el testador, siendo los gastos necesarios para la entrega a cargo del legatario, salvo disposición expresa en contrario.

Ahora bien, si la cosa legada estuviera en poder del legatario podrá éste retenerla, sin perjuicio de devolver en caso de reducción lo que corresponda conforme a derecho.

En el caso de que los bienes de la herencia no alcancen para abrir todos los legados, el pago se hará en el siguiente orden:

1. Legados remuneratorios.
2. Legados que el testador o la ley hayan declarado preferentes.
3. Legados de cosa cierta y determinada.
4. Legados de alimentos o de educación.
5. Los demás a prorrata.

Tres causas originan la extinción de los legados:

1. Por acto del testador.
2. Por acto del legatario.
3. Con relación a la cosa legada.

3.5.5.1 Legados nulos.

Son nulos los legados en los casos siguientes:

- a) Cuando recaen sobre cosa propia individualmente determinada que no exista en la herencia.
- b) Cuando recae sobre cosa ajena, ignorándolo el testador.
- c) Cuando recae sobre un bien inmueble indeterminado comprendido en género determinado que no exista en la herencia.

3.5.5.2 Ineficacia de los legados.

El legado queda sin efecto antes de la muerte del testador, en los siguientes casos:

- a) Si antes de la muerte del testador perece la cosa, bien sea porque se pierda, se destruya o quede fuera del comercio.
- b) Cuando el testador sufra evicción de la cosa.
- c) Cuando el testador enajena la cosa, pero si la recupera, produce entonces todas sus consecuencias.

Después de la muerte del testador, el legado queda sin efecto en los siguientes casos:

- a) Cuando perece la cosa sin ser imputable este hecho al que debe entregarla.
- b) Cuando muerto el testador, el que deba entregar la cosa sufre evicción.

3.5.6 Clases de Legados.

Tanto en la teoría como en la práctica, existen diversas clasificaciones de legados, la mayoría de estos se encuentran reglamentados en el Código Civil. Algunos de los más importantes que se estudian en la teoría y que se reglamentan, son los siguientes:

- a) Legados de cosa privada y determinada.- Este legado únicamente será válido cuando la cosa esté individualmente determinada y que exista en la herencia.

La propiedad y la posesión se transmiten al legatario, desde el momento de la muerte del autor de la herencia, haciendo suyos los frutos pendientes y futuros. Y como consecuencia, también desde ese momento corre riesgo de que perezca para el mismo legatario. Por último, este legado queda sin efecto, si la cosa perece antes de la muerte del testador, si éste sufre evicción o si la enajena.

- b) Legados de cosa ajena.- Este legado es válido si el testador, a sabiendas de que es ajena, impone la obligación al heredero o al albacea, de adquirirla, para entregarla al legatario. Será nulo si ignora esta circunstancia, es decir, si presume que es propia y con tal carácter la transmite por legado.

c) Legados de cosa indeterminada.- El legado de cosa mueble indeterminada, pero comprendida en género determinado, será válido, aunque en la herencia no haya cosa alguna del género a que la cosa legada pertenezca. Este legado tiene la característica especial de que no transmite el dominio ni la posesión al legatario sino hasta que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento de éste.

d) Legados de géneros.- Comprenden cosas que generalmente se determinan por su cantidad, peso o medida. Para que este legado sea válido, debe indicarse por el testador, la cantidad, peso o medida u otros medios de determinación.

e) Legados de especie.- En este legado el heredero debe entregar la misma cosa legada.

f) Legados de cantidad.- Se refiere al legado en dinero, o sea de una especie determinada: cantidad de dinero.

g) Legados de cosa dada en prenda o hipoteca.- Este tiene dos formas: cosa dada en prenda o hipoteca por el testador para garantizar un adeudo o bien, cosa que recibió en prenda o hipoteca el testador de un tercero para garantizar una deuda de éste.

En ambos casos se aplica la siguiente regla: para la cosa dada en prenda o hipoteca el legatario debe recibir el bien sin el gravamen hipotecario y si tiene que cubrirlo para evitar el remate, se subroga en los derechos del acreedor. La prenda y la hipoteca son a cargo de la herencia porque forman parte del pasivo del testador.

h) Legados de crédito y deuda.- Son aquellos legados en donde el testador quien es el titular de un crédito, dispone que este sea transmitido al legatario, siendo el heredero el que se encuentra obligado para con el legatario, de entregarle todos los documentos y títulos de crédito del testador. Cabe mencionar que este legado comprende los intereses desde la muerte del testador.

i) Legados genéricos de liberación de deuda.- Son aquellos legados en donde el testador libera a su deudor de todas aquellas deudas comprendidas solo hasta antes de

que hubiere dictado su testamento.

j) Legados preferentes.- Son aquellos en donde el testador confiesa reconocer una deuda, y pide que esta le sea pagada. Reconociéndose aquí, un derecho preferencial, únicamente frente a los demás legatarios, pero no así frente a los acreedores.

k) Legados remuneratorios.- Estos únicamente son legados de carácter moral, ya que es una especie de compensación que tiene el testador frente al legatario, respecto de un servicio prestado que el testador no está obligado a pagar. Al igual que el anterior legado, este también se considera preferente a los demás.

l) Legados de alimentos.- Este legado consiste en el derecho del legatario de percibir casa cómoda, vestido y asistencia médica, mientras este sea incapaz de procurarse, o por toda su vida.

Los artículos 1374 y 1375 del Código Civil establecen que el testamento en que no se deja la pensión alimenticia, no es nulo sino inoficioso, subsistiendo el testamento en lo que no perjudique ese derecho.

El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las siguientes fracciones: (artículo 1368 del Código Civil)

1. A los descendientes menores de dieciocho años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de su muerte.

2. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a la que se refiere la fracción anterior.

3. Al cónyuge superstite cuando este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente.

4. A los ascendientes.

5. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente este

impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho solo subsistirá mientras la persona que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

6. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuatro grado, si están incapacitados o mientras no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

Esta pensión alimenticia, es carga de la masa hereditaria, excepto cuando el testador haya gravado con ella alguno o algunos de los partícipes de la sucesión. Señala el artículo 1376 del Código Civil.

Para el caso de que el caudal hereditario no sea suficiente para dar los alimentos a todas las personas enumeradas en el artículo anterior, se deben observar las siguientes reglas: (artículo 1373 del Código Civil)

1. Se suministrarán a los descendientes y al cónyuge superstite a prorrata.
2. Cubiertas las pensiones a que se refiere la fracción anterior, se ministrarán a prorrata a los ascendientes.
3. Después se suministrarán, también a prorrata, a los hermanos y a la concubina.
4. Por último, se ministrarán igualmente a prorrata, a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

El legado de alimentos, dura únicamente mientras viva el legatario, aunque el testador puede disponer que dure menos tiempo. (artículo 1463 del Código Civil)

Así también, si el testador acostumbra en vida a dar al legatario cierta cantidad de dinero por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resulta en notable desproporción con la cuantía de la herencia, señala el artículo 1465.

Y por último, si el testador no señala la cantidad de alimentos, esta se regirá conforme a los que establece el capítulo respectivo de alimentos, con relación a las necesidades del acreedor y las posibilidades del deudor. En este caso, son las

posibilidades de la masa hereditaria.

m) Legados de educación.- Son aquellos legados por virtud del cual el testador designa generalmente a un menor de edad para que éste pueda realizar sus estudios.

El artículo 1466 del Código Civil establece que este durara hasta que el legatario sale de la minoría de edad.

Y que cesa también, si el legatario, durante la minoría de edad; obtiene profesión u oficio con que poder subsistir, o contrae matrimonio. Señala el artículo 1467 del Código Civil.

n) Legados de pensión o renta vitalicia.- El contrato de renta vitalicia es, según el artículo 2774 del Código Civil, un contrato aleatorio por medio del cual, el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o raíz estimadas, cuyo dominio se le transfiere desde luego.

Artículo 2775 del Código Civil, La renta vitalicia puede también constituirse a título puramente gratuito, sea por donación o por testamento.

Este legado de pensión, puede ser establecido por el testador a cargo de un heredero o de un legatario, que en caso de aceptar la herencia o legado, tendrán que cumplir con la pensión o renta vitalicia.

ñ) Legados de usufructo, uso y habitación.- Se entiende por usufructo, el derecho de usar y disfrutar, sin alterar la forma ni substancia los bienes muebles o inmuebles de otra persona. Este derecho es de tipo real, temporal y por naturaleza vitalicio.

Se define como uso: El derecho real que una persona tiene únicamente para usar, los bienes ajenos de otra persona, de una manera temporal y vitalicia, sin alterar su forma ni substancia. Solo en algunos casos se tienen derecho a percibir frutos.

El derecho de habitación, al igual que los dos anteriores, es también un derecho real, temporal y por naturaleza de carácter vitalicio, pero constreñido únicamente para usar sobre una finca urbana, la habitación gratuita de algunas piezas de una casa.

Estos legados son aquellos en donde el testador deja al legatario el uso y goce de un bien de manera vitalicia, aunque el testador tiene el derecho de indicar un plazo determinado.

En el caso de dejar legado a alguna corporación, el artículo 1470 establece que solo durante veinte años este tipo de legados podrán subsistir.

3.6. Concepto y Actividades del Notario.

Es conveniente precisar el concepto de lo que el notario es; es decir, cuál es la idea que de él se tiene en el sistema del notariado latino. Tan pronto como se tenga una idea clara de lo que es el notario, se verá claramente el desarrollo de su actividad en la formación de instrumento público notarial; se hará más inteligible la sustancia, la esencia, el ser íntimo de ese acto; se entenderá más claramente el proceso de su formación y aparecerán los fundamentos en que reposa su validez y su eficacia, su valor jurídico y su trascendencia. Para ello, se debe partir del hecho de que en los actos de la vida diaria de las personas debe existir la coincidencia de las voluntades sobre puntos concretos que ofrecen un interés especial, con el fin de producir efectos legales y jurídicos vinculantes que tienen que manifestarse, salir del terreno interno individual para entrar al campo social. Cuando aquélla expresión externa de los acuerdos de las gentes se hace mediante palabras escritas se da nacimiento al documento escrito que será aquel en que las ideas aparecen representadas por palabras.

Desde tiempo inmemorial la autoridad delegó la facultad de intervenir en la formación de algunos documentos a fin de darles el máximo de fuerza jurídica en ciertas personas; a estas personas el poder público las invistió de la facultad jurídicamente eficaz de dar fe, de certeza y de autenticidad en cuanto a la existencia y formación del documento; la persona en quien el Estado delega ese poder de tan extraordinaria

trascendencia y a quien atribuye la facultad de conferir autenticidad a los documentos en cuya creación y formación interviene en ejercicio de sus funciones, es el Notario.

Así pues, el notario esta investido de una parte del poder público en el aspecto de poder autenticador y está encargado en cuanto ejerza la facultad de que esta investido de dar autenticidad a los actos, contratos, negocios que por mandato de ley o voluntad particular han de pasar ante él, no debemos olvidar que la calidad de auténticos es propia de los actos de la autoridad pública por eso se dice que el poder autenticador es un aspecto del poder público. El notario en el sistema del notariado latino, tiene como misión fundamental documentar; es decir, justificar en documento apoyado en la autoridad estatal los acuerdos realizados entre las partes contratantes y por eso, puede decirse que crea el documento.

El notario cumple con su función pública notarial en la creación y perfeccionamiento del instrumento público, que en el lenguaje común se llama escritura pública y que implica la actividad profesional de redactar, conservar y reproducir los instrumentos públicos tal y como lo establece la legislación vigente, pero con un criterio más amplio.

Dentro de la teoría puede decirse, que lo esencial de la función notarial es dar fe conforme a la ley de los contratos y demás actos extrajudiciales que pasan ante el notario.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su artículo 42 define al notario de la siguiente manera:

“Notario es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídica a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

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

Una vez, que ya se dejó establecido el concepto del notario, vamos a ver las actividades del mismo.

Con pequeñas variantes en el transcurso del tiempo, han existido deberes permanentes que los notarios han de cumplir. Como punto de referencia primero analizaremos en qué consiste el trabajo del notario para después analizar sus deberes.

Podemos encontrar como una de las razones más importantes del ser notarial, la de aconsejar a las partes y redactar el instrumento.

El notario público está catalogado como un profesional del derecho, la Ley del Notariado para el Distrito Federal lo define con ciertas características, empieza por decir que la función notarial es de orden público y corresponde al ejecutivo de la unión ejercerla por conducto del Jefe de Gobierno, quien a su vez encomendará su desempeño a particulares licenciados en derecho mediante patentes; menciona también la referida Ley, que está investido de fe pública y que debe autenticar los actos y hechos jurídicos en que intervenga.

La característica del notario como profesional del derecho, exige la mejor parte de la inteligencia de éste junto con su cultura jurídica, pues es de esta manera como el notario pone en marcha la selección de todo el campo de las normas jurídicas para adecuarlas, afinarlas y aplicarlas al hecho que ha de poner en movimiento a la norma jurídica y que sólo él presencia de modo consciente y expreso, ya que la única forma legal en que el notario puede dar fe de los hechos es mediante el instrumento público. (24).

Conforme al Sistema del Notariado Latino, el notario está considerado como un profesional del derecho, sistema al que pertenece el notario mexicano; el notario es una persona que ha demostrado tener los conocimientos necesarios para actuar como profesional que conoce la ciencia jurídica y cuya función consiste primordialmente en escuchar, interpretar, aconsejar a las partes, preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento notarial, para finalmente inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad correspondiente.

(24). CARRAL Y DE TERESA, Luis; Derecho Notarial y Derecho Registral, Porrúa, México, 1983, p. 45-46.

La facultad autenticadora que tiene el notario surge de la Ley, como consecuencia, los hechos y actos contenidos en los instrumentos que certifica el notario tienen el carácter de auténticos, valen *erga omnes*. El Código Civil y la Ley del Notariado establecen los hechos y actos jurídicos que deben hacerse constar en escritura pública, es decir, con la formalidad notarial. El procedimiento para satisfacerla se encuentra regulado en la Ley del Notariado, y la misión del notario es, entre otras, seguir éste procedimiento para satisfacer plenamente la formalidad notarial. (25).

El notario solo puede autorizar escrituras o actos en su protocolo, no puede actuar en ningún otro instrumento que no sea el suyo, y de igual manera tienen otras prohibiciones los notarios, las cuales se encuentran estipuladas en el artículo 45 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

3.7. Obligaciones y Derechos del Notario.

Todos los notarios, al igual que cualquier profesional, para el buen desempeño de sus funciones tienen obligaciones para con la sociedad. Las cuales son impuestas por las leyes correspondientes, las que tienen que cumplir debidamente para evitar caer en algún tipo de violación a las leyes y tener por consiguiente, sanciones, o en tal caso, hasta pueden llegar a la pérdida de la patente. De igual forma los notarios tienen derechos, los cuales también se encuentran estipulados en las leyes, debiendo ser respetadas por todas las personas a quienes presten sus servicios.

Por lo anterior, vamos a analizar a continuación las obligaciones y derechos del notario en términos generales.

a) Desempeño de la función de manera personal.

El ejercicio del notariado es una función de orden público no delegable, por tanto, no pueden ser encomendadas a un tercero.

(25). PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo; *Derecho Notarial*, Porrúa, México, 1983, p. 153-155.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal establece que, el notario deberá desempeñar la función pública, en la notaría a su cargo y en los lugares en donde resulte necesaria su presencia, en virtud de la naturaleza del acto o del hecho que se pretenda pasar ante su fe.

b) Prestación obligatoria del servicio en asuntos de interés social.

Esta obligación la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del Distrito Federal; la ha definido como todas aquéllas que vayan encaminadas a dar autenticidad y seguridad a los actos en los cuales intervenga la autoridad en beneficio de la colectividad, así como, aquéllos actos en los que coadyuva con la autoridad para preservar condiciones de gobernabilidad, en ámbitos en los cuales pueda dar fe un notario.

c) Suplirse.

El notario esta obligado a celebrar un convenio de suplencia con otro notario, para que recíprocamente cubran sus ausencias temporales, lo cual lo deberá hacer dentro de los noventa días naturales siguientes a la fecha en que la autoridad correspondiente le haya otorgado la patente; de igual forma el convenio realizado entre los notarios que van a suplir sus funciones, establece que los notarios no podrán suplir a otros, sino únicamente entre ellos. En caso, de que en ese término no se encuentre un notario suplente, la autoridad correspondiente designará al notario con quien se celebrará el convenio de suplencia. Esta obligación de suplencia se encuentra regulada por el artículo 182 de la citada Ley del Notariado para el Distrito Federal.

d) Actuar en el Distrito Federal.

El notario deberá actuar dentro de su circunscripción, pudiendo realizar actos que se refieran a cualquier otro lugar, siempre y cuando cumpla con las disposiciones de ley. El notario únicamente realizará actos en otros lugares cuando resulte necesaria su presencia, en virtud de la naturaleza del acto o del hecho que se pretenda pasar ante su fe. Esta obligación de actuar en el Distrito Federal la encontramos en el artículo 34 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Se debe de tomar en cuenta que la forma de los actos debe ceñirse a la legislación del lugar en donde pasen, pero sus efectos deben ser reconocidos por todos los demás estados de la Federación Mexicana, y los extranjeros según sus leyes.

e) Guardar Secreto Profesional.

Esta es una obligación de todo profesionista y que exige la ética; la revelación de secretos es un delito tipificado en el Código Penal del Distrito Federal.

Si el acto ya se inscribió, el solicitante deberá acudir al Registro Público correspondiente a efecto de enterarse por medio de esa institución. De igual forma el artículo 228 fracción II, de la Ley del Notariado, establece que la revelación injustificada y dolosa de datos hecha por un notario, tiene la sanción de suspensión del cargo hasta por un año, y el artículo 229 establece las causas por las cuales el notario es acreedor a la separación definitiva del cargo.

f) Explicar el contenido de los instrumentos.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1946, imponía la obligación de explicar el contenido de los instrumentos a todos los comparecientes, a excepción de que éstos fueran Abogados o Licenciados en Derecho.

En la actualidad no importa que el compareciente sea abogado, se le debe explicar el contenido del instrumento, eso se debe a que las ramas del derecho están demasiado especializadas, por tanto, incluso a un abogado deben explicársele las consecuencias específicas de un documento notarial y sus diversas implicaciones administrativas, fiscales o registrales, las cuales corresponden a una práctica notarial que quizá no maneje con la profundidad necesaria.

g) Leer el instrumento.

El notario también está obligado a dejar constancia como certificación de que el instrumento se leyó por completo.

El artículo 102 fracción XX en su inciso c) de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, establece que el notario hará constar bajo su fe, que les fue leída la escritura a los otorgantes, a los testigos e intérpretes, en su caso; o que la leyeron por ellos mismos.

Es importante señalar que en la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal, también establece la obligación que tienen los notarios de inscribir las escrituras que se otorguen ante ellos. De igual forma la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito y la Ley Federal de Derechos de Autor, establecen ésta obligación de inscribir en el Registro Público correspondiente los instrumentos notariales que lo requieran. Esto debe de tomarse en cuenta para evitar que el notario incurra en algunas de las sanciones previstas por las leyes mencionadas.

i) Testar de oficio.

El artículo 370 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Art. 370.- Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquélla pueda ser identificada. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio, de modo que queden absolutamente ilegibles.”

Lo anterior puede ocurrir en el caso de otorgar una escritura de reconocimiento de hijo, o bien, alguna clase de testamento.

j) Dar avisos.

Como ya se dijo, éste deber es una excepción de lo que se prevé que el notario debe guardar reserva de lo sucedido ante él, y esta obligado a dar aviso, de acuerdo al instrumento de que se trate y de su contenido, según lo establecen las siguientes leyes:

- Ley del Notariado para el Distrito Federal.
- Código Fiscal de la Federación.

- Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera.
- Ley de Inversiones Extranjeras.
- Ley General de Población y su Reglamento.
- Código Financiero del Distrito Federal.
- Aviso de muerte con testamento en el Código Civil para el Distrito Federal.
- Ley Forestal.
- Avisos en Relación con Monumentos.
- Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal.
- Ley General de Asentamientos Humanos.
- Registro Público de la Propiedad.
- Ley Minera y su Reglamento.
- Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.
- Ley Agraria y en el Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional.
- Formalidades en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público (Distrito Federal).
- Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.

Así como se habló de las obligaciones que tienen los notarios, es conveniente señalar los derechos que tienen, ya que no solamente tienen obligaciones que cumplir al prestar sus servicios, sino también derechos que por naturaleza les corresponden por el hecho de prestar sus funciones. Entre los derechos de los notarios podemos señalar los siguientes:

a) Derecho a la autodeterminación.

Este derecho estriba en la adopción y práctica de un criterio jurídico muy particular, siempre y cuando se encuentre ajustado a un marco legal. Esta autodeterminación implica que el notario califique y resuelva cada caso que se le plantea dentro de las diversas soluciones que el mismo admita; debe escoger lo que considere más adecuado y sobre todo considerar la facultad de excusarse de actuar sin caer en responsabilidad de acuerdo a lo que establece el artículo 226 fracción V de la Ley del Notariado para el Distrito Federal; que sanciona al notario si éste se excusa de actuar y no existe ni media, causa justificada.

Un ejemplo de ésta facultad de autodeterminación notarial, es la negativa del notario a actuar en la enajenación de un inmueble, en el cual a los inquilinos no se les ha dado el aviso de dicha enajenación como lo establece el Código Civil para el Distrito Federal, o bien, en su negativa a actuar cuando considere que de acuerdo con la Ley deba intervenir algún otro fedatario o servidor público, incluso cuando la frontera que delimite las funciones de uno y otro sea difusa.

El notario es un profesionista distinto al abogado, según la Ley de Profesiones, ya que al enumerar las profesiones menciona por un lado al Licenciado en Derecho y por otro al notario; el primero de ellos debe de ser siempre parcial a los intereses de su cliente, mientras que el segundo en su función siempre debe de ser imparcial, y en ello fundamentará sus decisiones.

b) A cobrar honorarios.

Este derecho lo podemos encontrar en forma general en el artículo quinto constitucional, el cual habla del hecho de que nadie puede ser privado del producto de su trabajo sino por resolución judicial; así como, nadie está obligado a prestar trabajos sin la justa retribución y sin su consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial. De igual forma señala que los trabajos de índole social serán remunerados en los términos de la Ley. Y en forma particular, se encuentra regulado en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

En materia judicial, el artículo 141 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece:

“... El juez deberá analizar la cotización que se presente por notarios públicos, abogado, corredores públicos o peritos, y para aprobarlo deberá comprender que se apega al artículo respectivo y a las constancias de autos, y en su caso, sólo autorizará la liquidación formulada por lo que resulte de acuerdo a los conceptos señalados”.

Como vemos, el notario esta sujeto a un arancel y si no lo lleva a cabo, estará expuesto, en primer lugar, a una multa; y en segundo lugar, a la suspensión de hasta un año (artículo 227 fracción V de la Ley del Notariado para el Distrito Federal).

c) A la Licencia.

En cuanto a la Licencia, ésta es un derecho necesario que tienen los notarios, debido a que no pueden ausentarse libremente, y para poder hacerlo, tienen que solicitar licencia o vacaciones; ésta se encuentra regulada por los artículos 191, 192 y 193 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

d) A Vacaciones.

En cuanto al derecho que tienen los notarios a vacaciones el artículo 190 de la citada Ley establece:

“Art. 190.- Los notarios podrán separarse del ejercicio de sus funciones hasta por treinta días hábiles renunciables, consecutivos o alternados, cada seis meses, previo aviso que por escrito den a la autoridad competente y al colegio”.

A diferencia de la licencia, aquí se señala que el notario sólo debe de dar un aviso, no necesita que la autoridad determine si se le concede o no su separación por la temporalidad que se menciona.

La función notarial es de orden público y no puede suspenderse al faltar temporalmente el notario en sus funciones, razón por la cual en estas circunstancias la notaría debe de ser atendida por el notario suplente.

e) A Asociación.

Nos referimos al derecho de asociación con otro notario para atender una notaría, en la cual actuarán indistintamente en el mismo protocolo, que será el del notario más antiguo. Este derecho se encuentra regulado por el artículo 186 de la Ley del Notariado.

También es de advertirse que el derecho a la asociación (si así lo permite la legislación correspondiente), podrían practicarla dos o más notarios, sin embargo, la legislación del Distrito Federal sólo admite la asociación entre dos notarios.

Debe entenderse que los notarios asociados deben suplirse entre si, por la naturaleza de la asociación que convienen y que permite la actuación de dos notarios en un sólo protocolo, más es posible que cada uno de los notarios asociados tenga a la vez un suplente que no participa en la asociación. Esto no está prohibido, y su aplicación no contradice la ley.

f) A Excusarse.

Este derecho que tienen los notarios a excusarse, se encuentra regulado por el artículo 182 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal:

“Para suplirse recíprocamente en sus ausencias temporales, en todo tiempo, los notarios celebrarán convenios de suplencia; estos convenios podrán celebrarse hasta por tres de ellos. Mientras subsista un convenio de suplencia, los notarios que lo celebraron podrán suplirse entre si y no podrán suplir a otro notario, salvo la autorización de las autoridades competentes, cuando en los términos del segundo párrafo de este artículo, se trate de suplir a un notario que haya recién obtenido su patente o este en los supuestos del artículo 197. Los notarios que inicien el ejercicio de sus funciones, gozarán de un plazo de noventa días naturales para celebrar tales convenios. Si un notario no encontrare suplente o no lo presentare a la autoridad en el plazo señalado, ésta le nombrará uno”.

Con lo anterior, queda de manifiesto, la importancia de la función pública notarial, la cual obliga a los notarios a intervenir siempre que sea necesario para cumplir con aquéllas demandas que no admiten demora.

g) A La Permuta de Notarías.

La permuta es un procedimiento no regulado por la Ley del Notariado para el Distrito Federal vigente; y consiste en el cambio que un notario hace con otro respecto a la

titularidad de sus respectivas notarías, lo que requiere de practicarse las transmisiones en su universalidad (ubicación, protocolo, número, etcétera) con una relación de causa-habencia plena.

Queda al arbitrio de la autoridad concederla, pero su aprobación no violaría ningún principio legal.

h) A la Reubicación de Notarías.

Merece el mismo comentario que el punto anterior el procedimiento de reubicación de notarías.

Todo notario al amparo de la ley de 1980 debe prestar sus servicios dentro de una oficina ubicada en determinada Delegación Política del Distrito Federal y la cual es asignada por la autoridad, de acuerdo con las necesidades que dichas Delegaciones tengan de notarías, tomando en cuenta, ésta y demás situaciones sociales y urbanísticas se podría conceder el cambio de delegación a un notario, apoyándose esta idea, en que el procedimiento en cuestión no se encuentra expresamente prohibido en la ley.

3.8. El Instrumento Notarial.

El instrumento notarial se encuentra constituido por la escritura pública y el acta notarial. Para poder estudiar el instrumento notarial, es necesario analizar los elementos que el notario requiere para su confección:

a) Protocolo.- etimológicamente el término protocolo está compuesto por dos palabras de origen griego: *protos* que significa primero, y *colao* que significa pegar; entonces el protocolo era lo que estaba escrito a la cabeza del papel de donde solía ponerse el tiempo de su fabricación. Se debe hacer mención que el protocolo surge de Justiniano. En la actualidad, la definición de protocolo se encuentra en el artículo 76 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

“Art. 76.- Protocolo es el conjunto de libros formados por folios numerados y sellados en los que el notario, observando las formalidades que establece la presente ley, asienta y autoriza las escrituras y actas que se otorguen ante su fe, con sus respectivos apéndices; así como por los libros de registro de cotejos con sus apéndices.

En sentido amplio es la expresión que se refiere a todos los documentos que obran en el haber de cada notaría. El protocolo es abierto, por cuanto lo forman folios encuadernables con número progresivo de instrumentos y de libros. En sentido estricto es tanto el conjunto de instrumentos públicos fuente original o matriz en los que se hace constar las relaciones jurídicas constituidas por los interesados, bajo la fe notarial: como la colección ordenada cronológicamente de escrituras y actas autorizadas por el notario y aquellas que no pasaron, y de sus respectivos apéndices, conforme a una periodicidad, procedimiento y formalidades regulados en esta ley; y que adquiridos a costa del notario respectivo son conservados permanentemente por él o por su sustituto en términos de esta ley afectos exclusivamente al fin encomendado y posteriormente, destinados permanentemente al servicio y matricidad notarial del documento en el Archivo como propiedad del Estado, a partir de la entrega de los mismos a dicha oficina, en uno o más libros observando para su redacción y conformación de actos y hechos las formalidades y solemnidades previstas por esta ley, todo lo que constituye materia de garantía institucional de origen constitucional regulada por esta ley.

Los folios que forman el protocolo son aquellas hojas que constituyen la papelería oficial que el notario usa para ejercer la función notarial. Son el sustracto o base material del instrumento público notarial, en términos de esta ley”.

Podemos decir, que existen varias clases de protocolo y son, el ordinario, que es el que el notario normalmente utiliza para la autorización de los actos y hechos jurídicos que sean realizados ante su fe, y que ha quedado descrito en el párrafo anterior; el protocolo abierto, el cual se encuentra regulado por el artículo 77 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

“Art. 77.- Los instrumentos, libros y apéndices que integren el protocolo deberán ser numerados progresivamente. Los folios deberán utilizarse en forma progresiva por ambas

caras y los instrumentos que se asienten en ellos se ordenarán en forma sucesiva y cronológica por el notario, y se encuadernarán en libros que se integrarán por doscientos folios, excepto cuando el notario deba asentar un instrumento con el cual rebasaría ese número, en cuyo caso deberá dar por terminado el libro sin asentar dicho instrumento, iniciando con este el libro siguiente”.

Y, por último esta el protocolo consular, el cual en el artículo 47 inciso d) de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano, se establece que el jefe de una representación consular tiene la obligación de ejercer funciones notariales en los actos y contratos celebrados por mexicanos en el extranjero para ser ejecutados en la República Mexicana, debiendo aplicar las disposiciones establecidas en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, y la Ley del Notariado para el Distrito Federal. La función notarial de los cónsules tiene como característica especial que se lleva en el protocolo especial, el cual debe de ser autorizado por la Secretaría de Relaciones Exteriores con todas las características físicas y jurídicas que establece la Ley del Notariado para el protocolo especial.

b) Apéndice.- es la carpeta en la que se depositan los documentos que tienen relación o son parte de las escrituras o actas. Es considerado como parte esencial del protocolo, y junto con él, es entregado en forma definitiva al Archivo de Notarias. Se encuentra regulado en los artículos 92, 93 y 94 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

c) Índice.- consiste en la libreta donde se asientan, en orden alfabético los nombres de las partes que intervienen en los instrumentos autorizados por el notario, la naturaleza del acto o hecho, el libro al que pertenece y número de folios en los que consta, así como su fecha. Por cada decena de libros se lleva un índice por duplicado. El fundamento del índice se encuentra en el artículo 96 de la citada Ley.

d) Guía.- la ley no ha establecido este elemento, pero la práctica si, en ella se anotan en forma progresiva los instrumentos otorgados por el notario y como se encuentran.

e) Sello.- la ley se refiere a él como "sello de autorizar", ya que es el instrumento que emplea el notario para ejercer su facultad fedataria, pues es el símbolo de la fe pública del Estado. La falta de él produce la nulidad el instrumento o del testimonio. El sello al igual que el protocolo, son propiedad el Estado, aunque el notario debe adquirirlo a su costa.

f) Notaría.- es un concepto independiente de la oficina, es el conjunto de elementos materiales, compuestos por el protocolo, apéndice, índice, guía, sello y archivo, que están al servicio del notario para el ejercicio de sus funciones. La notaría es pública.

g) Oficina.- es el lugar físico donde se establece el notario para realizar sus funciones, es su domicilio legal y donde se encuentran reunidos los elementos de la notaría.

h) Rótulo.- no se encuentra regulado en la ley vigente, pero es el anuncio colocado en la puerta de la oficina, con el nombre completo del notario y el número de la notaría.

i) Archivo.- esta formado por los expedientes, el protocolo y los documentos que forman parte del apéndice. Este archivo no es público, sólo es utilizado por el notario o por la persona que legalmente lo sustituya, ya que en él se encuentran documentos que han sido entregados en forma confidencial. El archivo forma parte de la notaría y no de la oficina. Fue creado por la Ley del Notariado de 1901 y con ella se determinó que el Estado es el propietario del protocolo.

3.8.1. Documento Notarial.

Parte de la base de que la fe pública notarial es siempre documental. Los documentos notariales son aquéllos que constan en forma original en los protocolos: escritura pública y acta. También son los testimonios, copias certificadas y certificaciones.

Por ser el notarial un documento público, tiene pleno valor probatorio y conserva la apariencia jurídica de validez mientras no es declarado judicialmente nulo. La Ley del Notariado en los artículos 100 y 125 señala los dos tipos de documentos públicos que el notario puede hacer constar en el protocolo: la escritura y el acta notarial.

3.8.1.1. Escritura Pública.

La escritura pública es el instrumento público notarial por excelencia, que se utiliza para hacer constar actos jurídicos, es decir, aquéllas manifestaciones humanas en donde la voluntad de las partes es capaz de determinar las consecuencias de derecho de lo que se celebra. Por lo que se puede decir que la escritura se refiere a los actos y negocios jurídicos.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, define a la escritura pública como: "Documento original asentado en el protocolo por medio del cual se hace constar un acto jurídico, que lleva la firma y sello del notario." (26).

La Ley del Notariado para el Distrito Federal regula en su Artículo 100, los instrumentos públicos que se consideran escrituras:

"Art. 100.- Escritura es cualquiera de los instrumentos públicos siguientes:

I. El original que el notario asiente en folios, para hacer constar uno o más actos jurídicos, y que firmado por los comparecientes, el Notario autoriza con su sello y con su firma;

II. El original integrado por lo siguiente:

a) Por el documento en que el notario consigna uno o más actos jurídicos y que deberá llenar las formalidades que este capítulo establece; ser firmado en cada una de sus hojas y al final por los comparecientes y el notario; llevar el sello de éste en los expresados lugares, y agregarse al apéndice con sus anexos. Hará mención de la escritura de la que forma parte y el o los folios en los que se contiene la síntesis a que se refiere el inciso siguiente,

(26). PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo; Derecho Notarial, Porrúa, México, 1993, p. 374.

- b) Por la síntesis asentada por el Notario en los folios que correspondan, en la que se señalen los elementos personales y materiales del o de los actos consignados. Dicha síntesis contendrá el número de hojas de que se compone así como una relación completa de sus anexos y una vez firmada por los comparecientes será autorizada por el notario con su sello y firma”.

Para el otorgamiento de una escritura la ley señala dos posibilidades: una, que se extienda completa en el protocolo; y dos, que se extienda un extracto y el documento complementario se agregue al apéndice.

El notario para determinar el contenido, lenguaje y fórmulas de estilo al elaborar una escritura, debe tener en cuenta las disposiciones aplicables de la Ley del Notariado, del Código Civil y de otras leyes. Los ordenamientos jurídicos modernos disponen que el lenguaje debe de ser claro y sencillo.

La Ley del Notariado, establece que las escrituras se redacten en castellano y se evite toda palabra o fórmula inútil o anticuada (artículos 101 y 102 de la citada ley). De igual forma de que en las escrituras no se pueden asentar abreviaturas, sino que se asentarán con letra clara.

3.8.1.2. Acta Notarial.

El otro documento notarial, que es materia de una porción muy grande de la actividad notarial, es el acta, la cual esta confeccionada para contener la certificación que hace el notario de oído y de vista de hechos materiales o jurídicos específicos.

En la doctrina se han clasificado las actas considerando su contenido, sin embargo, en nuestra legislación, específicamente en el artículo 128 de la Ley del Notariado, no se establece ninguna clasificación, sino sólo se limita a enumerar dentro de las primeras siete fracciones, en forma casuística, los hechos que el notario pueda consignar y dejando en la última fracción la puerta abierta para hacer constar todo hecho que pueda apreciarse de manera objetiva. En la actualidad el presente artículo se ha modificado con la derogación de la cuarta fracción, es decir, la relativa al cotejo de documentos.

El artículo 125 de la misma Ley, define al acta notarial de la siguiente forma:

"Art. 125.- Acta notarial es el instrumento público original en el que el notario a solicitud de la parte interesada, relaciona, para hacer constar bajo su fe, uno o varios hechos presenciados por él o que le consten, y que asienta en los folios del protocolo a su cargo con la autorización de su firma y sello".

Las actas han sido motivo de clasificación doctrinal y legislativa. Por lo que González Palomino (27), considera que existen dos tipos de actas:

a) Las actas que documentan una actividad "pasiva" del notario: una percepción. Son las actas de presencia.

b) Las que documentan una actividad "activa" del notario: actas de protocolización, de notificación o de requerimiento.

En realidad la distinción de González Palomino, tiene su origen en el "Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado", español que determina expresamente las clases de actas notariales que existen: a) actas de presencia, b) actas de notificación y requerimiento, c) actas de referencia, d) actas de notoriedad, e) actas de protocolización, f) actas de depósito ante notario.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, hace distinción entre escritura y acta. de acuerdo con su contenido en la primera se hacen constar actos jurídicos, y en la segunda hechos jurídicos y materiales.

(27). Giménez-Arnau, citado por Derecho Notarial, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, España, 1976, p. 423.

3.9 La Responsabilidad Notarial.

Sobre el notario recae gran cantidad de responsabilidades, ya que el notario es la base y núcleo central de la seguridad jurídica contractual y testamentaria, no lo es el instrumento que no es sino su obra teniendo a él como su autor. Si el notario no responde a la función, si carece de moralidad, competencia jurídica y dedicación profesional, traicionaría por un lado la confianza que el Estado ha depositado en él y por otro a la de la sociedad que también confía en él.

Como consecuencia de lo anterior expresado; la ley debe de ser muy rigurosa con el notario al exigir responsabilidad a quien pudiera burlar la confianza que ha sido depositada al entregarle tal poder o si abusará de él faltando a la misión conferida, ya que diariamente son entregadas a su pericia, consejo y dirección los intereses de los particulares.

La responsabilidad en la que incurre el notario es aquella por la cual incumple las obligaciones que le impone el ejercicio de su función. Las responsabilidades en las que incurre el notario, se dividen en responsabilidad civil, que a su vez, puede ser contractual y extracontractual; responsabilidad administrativa, que puede ser administrativa propiamente dicha y disciplinaria; responsabilidad fiscal; responsabilidad gremial o corporativa; y responsabilidad penal.

3.10. Definición y Clases de Fe Pública.

Tomando como punto de partida lo que encierra la palabra fe en si misma, podemos afirmar que es una convicción interna que se puede tener o no, con respecto a algo no percibido empíricamente, o lo que es lo mismo, la creencia voluntaria que en dado momento se le pudiera tener a lo desconocido. Por otro lado "lo público" es lo conocido, notorio o sabido, inclusive lo perteneciente al Estado.

El concepto jurídico de fe pública prescinde de uno de los elementos principales del acto de fe: la voluntad del que lo realiza. Aquí encontramos una obligación de carácter

jurídico que nos impone la creencia de ciertos actos o hechos, debido a que proceden del Estado.

Con el fin de explicar claramente lo que es la fe pública, el maestro Bañuelos Sánchez afirma que fe es por definición:

“La creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública; asimismo indica que es pública porque es notoria, patente o manifiesta, que la ven o la saben todos. Es por ello que cuando utilizamos estos conceptos en el lenguaje jurídico realizamos un juicio lógico: afirmamos que ésta Fe o creencia es pública y no privada; ésta Fe no privada tiene un contenido jurídico no religioso ni político.” (28).

Al haber expuesto lo anterior se establece claramente que la fe pública proviene del Estado, y aunque éste no actúa directamente, son determinados funcionarios investidos de fe pública los que en su nombre imprimen la verdad legal a los hechos o actos con el fin de autentificarlos, haciendo uso de la facultad o potestad que les confiere. Es así como mediante la fe pública se brinda seguridad jurídica.

Las relaciones humanas imponen la necesidad de crear una institución para asegurar el orden de la vida social; la seguridad en los convenios y contratos, así como los negocios jurídicos que se lleven a cabo. Es mediante la fe pública que se brinda esa seguridad, pues al basarse en la veracidad y autoridad de otros hombres, pasa de ser una simple creencia para convertirse en un medio de comprobación de la existencia de determinados hechos y actos jurídicos.

La fe se manifiesta como la convicción interna de las personas para creer o no en algún suceso que no ha percibido por alguno de sus sentidos.

Si a la palabra fe la calificamos como pública estamos ante la presencia de una creencia impuesta y no optativa, ya que lo público es lo sabido, notorio, conocido o aquello perteneciente al Estado. Cuando se habla de fe pública se trata de una proposición en la

(28). BAÑUELOS SANCHEZ, Froylan: Fundamentos del Derecho Notarial, Ed. Sista, México, 1992, p. 136.

que todos creemos, respecto de un hecho que tenemos por cierto en virtud de que así lo considera el Estado a través de las leyes que lo organizan.

La fe pública es única y el Estado la ejerce por sí mismo, o la delega a servidores públicos o a particulares.

a).- Fe Pública Notarial.- Consiste en la fe delegada a los notarios.

b).- Fe Pública Judicial.- La tiene los secretarios del juzgado (y no el juez) para dar seguridad jurídica. De igual manera, el Ministerio Público, ya sea local o federal, también tiene fe pública (ministerial) en relación a las diligencias en que debe intervenir.

c).- Fe Pública Mercantil.- Esta se encuentra depositada en los corredores públicos, los cuales tienen una función dual, ya que pueden intervenir parcialmente en la intermediación y consolidación de un acto jurídico mercantil, o bien, dar fe de manera imparcial de actos o hechos mercantiles.

d).- Fe Pública Registral.- Se deposita en los directores de los registros, tanto locales como federales. Puesto que la esencia de los registros es dar publicidad a los actos, sus certificaciones tienen fe pública.

e).- Fe Pública Consular.- La tienen los cónsules, en los casos en que la Ley les permite dar fe pública como notarios respecto a actos que pueden tener efectos en territorio nacional.

f).- Fe Pública Administrativa.- Es aquella atribuida al Poder Ejecutivo, que ejerce a través de las secretarías de Estado, y que por técnica legislativa se les concede habitualmente a los oficiales mayores de cada una de ellas. Esta limitada a los actos internos de las Secretarías y se ejerce con base a certificaciones.

g).- Fe Pública Marítima.- Se deposita en el capitán el buque para casos especiales que se den abordaje de una embarcación, pero sólo se puede ejercer en alta mar.

h).- Fe Pública del Registro Civil.- Se deposita en cada uno de los jueces del Registro Civil, para los actos en que por ley tiene que intervenir, que son los referentes al estado civil de las personas.

i).- Fe Pública Agraria.- En la nueva Ley Agraria se da una regulación en sus artículos 28, 58,68, 80 y 114, en donde se atribuyen funciones de certificación en algunos actos a ciertas autoridades agrarias.

j).- Fe Pública Legislativa.- Se atribuye al Poder Legislativo en su ámbito de competencia una fe pública intrínseca, la cual surte efecto en los actos de publicación y promulgación de las leyes. Quienes reciben estas disposiciones deben tener por cierto, verdadero y obligatorio el texto de éstas.

k).- Fe Pública de los Archivos Notariales.- En donde exista Archivo General de Notarías (como en el Distrito Federal), su titular cuenta con fe pública para regularizar instrumentos incompletos que ya estén en su poder.

l).- Fe Pública Eclesiástica.- En el derecho canónico también hay fedatarios con funciones notariales, pero sus atribuciones están limitadas a asuntos internos de la iglesia.

m).- Fe Pública de Particulares.- En algunas ocasiones la legislación puede atribuir efectos fedatarios a particulares que en si no ejercen una función pública, como ejemplo de esto tenemos los documentos que expidan los presidentes o secretarios de consejos de administración de las sociedades, etcétera.

n).- Fe Pública en Materia de Desarrollo Urbano.- Consiste en las formas de regulación territorial en la ciudad capital; en materia certificadora y registral.

CAPITULO 4. EL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

4.1 Origen y motivos de la creación del Testamento Público Simplificado.

El testamento público simplificado aparece regulado por primera vez en el derecho positivo mexicano por el Código Civil para el Distrito Federal el 7 de enero de 1994, fecha en que entraron en vigor las reformas relativas al mencionado Código, que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación un día antes.

Con fecha 11 de noviembre de 1993 fue presentada la iniciativa de ley suscrita por el entonces presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Carlos Salinas de Gortari, que propuso diversas reformas, condiciones y derogaciones a la legislación de la materia.

En dicha iniciativa se dice que "...La creación de un verdadero testamento popular tiene por objeto apoyar al sistema inmobiliario registral, asegurando en un gran porcentaje la no-interrupción del proceso registral de los inmuebles, a través del fallecimiento del otorgamiento de últimas voluntades de los autores de la sucesión con relación a las viviendas que adquieran, así como el establecimiento de un procedimiento sucesorio expedito para la titulación de dichos inmuebles a favor de los legatarios que instituya el propietario, en virtud de que la regularización de la tenencia de la tierra y la seguridad y claridad jurídica en la posesión del suelo urbano han sido prioridades del Gobierno Federal en los asentamientos humanos de las grandes ciudades y en todo el país, pues los beneficiarios de esos programas no formalizan ninguna disposición testamentaria, heredando cuando fallecen, una serie de problemas que van transmitiendo de generación en generación, hasta convertirse en una nueva situación de irregularidad, de tal suerte, que si no se preveía un medio ágil y seguro por el que los propietarios de los predios regularizados formalicen su decisión para después de su muerte sobre la propiedad de dichos predios, se corría el riesgo de que la eficacia de dichos programas se anulara". (29)

(29). Iniciativa de "Decreto de Reforma, adición y Deroga diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, para toda la República en materia Federal, del Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal, de la Ley del Notariado para el Distrito Federal y de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal", sometida a consideración del H. Congreso de la Unión por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Carlos Salinas de Gortari, el 11 de noviembre de 1993.

Así se propuso adicionar una fracción al artículo 1500 del Código y un capítulo III Bis con un artículo 1549 Bis al Código Civil, creando un Testamento Público Simplificado para facilitar la transmisión por causa de muerte de una vivienda, a través de la institución de uno o más legatarios que el adquirente podrá efectuar en el mismo acto de la expedición del título de propiedad en su favor, o en un acto posterior otorgado ante notario un nuevo sistema que si bien se ajustaría, en lo aplicable, a las reglas generales de los testamentos y de los legados, se regiría también por reglas específicas que garantizarán no sólo la eficacia jurídica de los programas de vivienda de interés social y los de regularización de la tenencia de la tierra, sino la posibilidad real de facilitar y economizar el acceso a grandes sectores de la población de escasos recursos al sistema testamentario.

4.2 Definición y características del Testamento Público Simplificado.

Según el artículo 1549 Bis del Código Civil para el Distrito Federal en su parte primera, define este tipo de testamento 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 en que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que llevan a cabo las autoridades del Distrito Federal o de cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior de conformidad con lo siguiente..."

De la definición anteriormente transcrita, se deducen las siguientes características:

Primera.- Que al otorgar este tipo de testamento, es necesario siempre, la intervención de notario público.

El Código Civil lo clasifica, en cuanto a su forma, como un testamento ordinario. Como quedo establecido en el capítulo tercero de este trabajo, el carácter de ordinario corresponde a aquellos testamentos que requieren de formalidades ordinarias, es decir, que no precisan de requisitos adicionales o especiales en su otorgamiento, a diferencia de los testamentos especiales que sí requieren la concurrencia de situaciones y circunstancias

especiales para su otorgamiento. Por ello, resulta claro y evidente que, no obstante la ley lo considera como un testamento ordinario, la propia ley lo regula como un régimen de excepción. Entonces, se trata de un testamento ordinario legalmente, pero con requisitos especiales en su regulación.

Además de ser un testamento ordinario, estamos ante un testamento público, como su nombre lo indica, debido a la necesaria intervención del notario para su otorgamiento. Por lo tanto, este tipo de instrumento es legalmente un testamento ordinario y público. La forma que establece el Código para su otorgamiento es la de la escritura pública ante notario.

Segunda.- Son materia del presente, los bienes inmuebles destinados o que vayan a destinarse a vivienda.

En cuanto a su nota característica más relevante, se trata de un instrumento que contiene una disposición mortis causa a título particular, específica y exclusivamente sobre un inmueble que cumpla con las características siguientes:

- 1) Debe tratarse de un inmueble destinado a casa-habitación; concepto excluyente de cualquier otro tipo de inmueble.
- 2) El valor del inmueble en cuestión no debe exceder 25 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal elevado al año.
- 3) Siempre que se trate de un inmueble objeto de un programa de regularización, no aplica ningún valor máximo, por lo cual el valor del mismo es irrelevante.

Por lo tanto, se trata de un testamento en el cual única y exclusivamente pueden establecerse legados, como requisito indispensable para el mismo. No hay que pasar por alto que en los demás tipos de testamento pueden constituirse también legados, pero ésta es una facultad que se otorga a favor del testador, quien puede decidir libremente si nombra exclusivamente legatarios o no, sin que por ello deje de cumplir con un requisito indispensable para el testamento, a diferencia de lo que ocurre en el Testamento Público Simplificado.

Precisamente esta supuesta "ventaja" es lo que lo hace más atacable, debido a que el legislador supone que el único bien que posee el testador es el inmueble objeto del testamento público simplificado. En este tipo de testamento no se puede disponer de ningún otro bien o derecho de los cuales sea titular el testador. Con ello se llega a la problemática de que se abra una sucesión legítima para que los demás bienes y derechos del testador entren en ella, de acuerdo con el artículo 1599 del Código Civil, y como desde el punto de vista práctico es punto menos que imposible probar que el testador no tenía otros bienes o derechos, en relación con la teoría del patrimonio, pues como consecuencia, siempre que se otorgue un testamento de este tipo, los deudos tendrán que tramitar adicionalmente el juicio sucesorio correspondiente para adquirir el carácter de herederos y nombrar albacea de la sucesión, como tal.

Tercera.- Las posibilidades que tiene el testador para poder otorgarlo, es en principio, por medio de la escritura en que se consigne su adquisición, o aquella en que el objeto sea la regularización hecha por las autoridades del Distrito Federal, o de cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal.

En relación con el momento del otorgamiento, este puede fijarse en varios supuestos:

- a) En el acto de adquisición de un inmueble por el testador. Al momento de que adquiera la propiedad de la vivienda de que se trate, por el título que sea, ya sea que se trate de una compraventa o de una donación, entre otros, puede otorgar el testamento público simplificado dentro de la misma escritura.
- b) En la escritura de regularización de la tenencia de un inmueble en la que intervengan las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal. En ese momento el testador también puede otorgar el testamento público simplificado en la citada escritura que regularice la situación de la vivienda de la que es propietario.
- c) En un acto posterior a la adquisición de la vivienda, o a la regularización de la misma. El testador puede acudir al notario público con posterioridad a la regularización de la vivienda de que se trate o a la adquisición de la misma para otorgar su testamento público simplificado.

Cuarta.- En la regulación del testamento público simplificado se permite que una o más personas lo otorguen en el mismo instrumento, situación que rompe con el principio de unipersonalidad que debe existir en los testamentos. No sólo eso, sino que en el acto de otorgamiento de este tipo de testamento se permite que los testadores se designen legatarios recíprocos o que designen a un tercero. Con ello se atenta contra una de las características esenciales del testamento, que se trate de un acto personalísimo, en el cual no pueden testar conjuntamente dos o más personas. Por todo lo anterior, se va en contra de lo establecido por el artículo 1296 del Código Civil.

El legislador, al crear esta nueva figura jurídica, desconoció el principio de unipersonalidad que rige a los testamentos. La unipersonalidad radica en que la expresión de voluntad del testador debe de libre, consciente, espontánea y sin pasiones que la afecten. De esa manera se protege la libertad para testar. Al existir pluralidad de adquirentes, cada propietario puede instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Igualmente, si el adquirente estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge puede instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento por la porción que le corresponda.

Al omitir el legislador la presencia del principio de unipersonalidad vuelve frágil a este tipo de testamento, ya que no se protege la libertad de testar, permitiendo que la voluntad del testador pueda ser coaccionada o presionada, y de esa forma no quede plasmada en el acto una voluntad libre y espontánea.

Quinta.- Se crea junto con esta nueva figura jurídica, un denominado "Representante Especial".

Esta figura es la de un representante legal del legatario incapacitado no sujeto a patria potestad o tutela, instituido por el testador para que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta del incapaz, es decir, concurrirá a la firma de la escritura de adjudicación de la vivienda.

Al creársele en la fracción correspondiente del artículo 1549 del Código Civil, no se establecieron ni su naturaleza jurídica, ni sus características, ni sus facultades, ni sus

obligaciones, ni que pasaría si no acepta su cargo, ni lo que ocurriría si resultare ser incapaz, ni sus responsabilidades frente al legatario o frente a terceros.

En base a la reforma que los crea, se desprende que la única facultad que ostenta es la de firmar la escritura de adjudicación de la vivienda legada por el testador a favor del legatario incapaz. Este representante especial es un representante legal del legatario incapaz por disposición de ley, cuyo ámbito de facultades es muy reducido, pero no por ello poco importante. Su inclusión en la reforma, a pesar de que trajo aparejadas múltiples cuestionamientos e inconvenientes, tuvo como acierto que no importando que el legatario incapaz no tenga tutor al momento de la adquisición del legado, si el testador nombró a su representante especial, éste podrá firmar el instrumento notarial correspondiente, evitándose así el tener que concurrir ante el juez para que le nombre tutor al incapaz, ahorrándose tiempo y tal vez dinero.

Sexta.- En cuanto a los acreedores alimentarios, en la fracción IV del artículo 1549 del Código Civil, se establece que los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión. Cabe señalar, que aquí de alguna manera, implícitamente se reconoce la necesidad de abrir la sucesión del de cujus.

Ahora bien, la fracción siguiente del propio artículo continúa fijando que los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no les serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713 y 1770 del Código Civil.

De lo anterior se desprende un crédito preferente: el alimentario. Pero no se menciona nada sobre los demás créditos que existieran frente al testador, produciéndose un estado de indefensión a los demás acreedores del testador, si no alcanza el valor del bien para que cobren. Se da preferencia al derecho del legatario, quien cobra a título gratuito, frente al crédito del acreedor del testador, olvidándose el legislador que una de las principales funciones del testamento es darle continuidad a las relaciones jurídicas, tanto derechos y obligaciones del testador, mismas que no desaparecen con su muerte y de tal manera que los acreedores del de cujus resientan lo menos posible su fallecimiento.

Séptima.- La reforma dispuso que la titulación notarial de la adquisición por los legatarios se hiciera en los términos del artículo 876 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Con la inclusión de este nuevo artículo a la ley adjetiva, se quiso facilitar y simplificar la adjudicación del bien a que se refiere la figura en estudio.

La titulación notarial inicia con la exhibición ante el notario público del acta de defunción del testador, junto con el testimonio notarial del testamento público simplificado. Con ello se acredita tanto el interés jurídico del legatario, como su carácter de tal dentro de la sucesión.

El notario da a conocer por medio de una publicación en un periódico de los de mayor circulación que ante él se está tramitando dicha titulación.

Posteriormente, el notario recaba los oficios correspondientes del Archivo General de Notarías y del Archivo Judicial, en los cuales se le informe que dicho testamento fue el último otorgado por el testador y que no existe otro diverso a éste que sirva de base a dicho procedimiento. El notario procede a redactar la escritura de la aceptación o bien, repudiación del legado, misma que posteriormente será inscrita en el Registro Público de la Propiedad correspondiente.

Cabe señalar que en la regulación legal de este tipo de testamento, no se contempla el orden de prelación que contempla la Ley para la liquidación de la herencia en los artículos 1753, 1757 y 1759 del Código Civil y es precisamente la falta de aplicabilidad de dichos tres artículos, junto con el 1713 y 1770 del mismo cuerpo legal, lo que refleja la inseguridad jurídica y el estado de indefensión en que se deja a los acreedores del de cujus.

Adicionalmente, este trámite simplificado de titulación notarial va en contra del principio que establece que los procedimientos sucesorios son universales y atractivos.

4.3 Requisitos para el otorgamiento del Testamento Público Simplificado.

Los requisitos del testamento público simplificado, se encuadran dentro de las seis fracciones del mismo artículo 1549 Bis del Código Civil. Los cuales se transcriben de la siguiente forma:

- I. "Que el precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda del equivalente de 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de la adquisición.
En los casos de regularización de inmuebles que lleven a cabo las dependencias y entidades, a que se refiere el párrafo anterior, no importará su monto.
- II. El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, salvo designación de sustitutos. Para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición a favor de los legatarios, estos fueren incapaces, y no estuvieren sujetos a patria potestad o tutela, el testador también podrá designarles un representante especial que firma el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces.
- III. Si hubiere pluralidad de los adquirentes del inmueble, cada copropietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. En los supuestos a los que se refiere este artículo, no se aplicará lo dispuesto por el artículo 1269 de este Código.
- IV. Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión.
- V. Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble, y no le serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713, 1770 y demás relativos a este Código, y
- VI. Fallecido el autor de la sucesión, la titulación notarial de la adquisición por los legatarios, se hará en los términos del artículo 876 Bis del Código de

Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.”

4.4 Elementos de existencia dentro del Testamento Público Simplificado.

Son elementos de existencia, dentro del testamento público simplificado:

- I. El principio de una declaración unilateral de voluntad, aunque después intervenga el consentimiento.
- II. El objeto.
- III. La solemnidad, y en segundo término la formalidad, como elemento de validez.

4.4.1 El consentimiento, la declaración unilateral de voluntad, el objeto, la solemnidad y la formalidad.

En principio, todo testamento es una declaración unilateral de voluntad, ya que como se establece anteriormente, solo se requiere de una sola voluntad, que es la del testador.

Pero solo es un principio, ya que como lo establece el mismo artículo 1549 Bis, dentro del mismo acto jurídico que es el Testamento Público Simplificado, existe la posibilidad de que se realice una adquisición, una compraventa.

Y así, remitiéndonos al Título de Fuentes de Obligaciones, en su capítulo Primero que es de los Contratos, en el artículo 1754 del Código Civil para el Distrito Federal, al cual nos tenemos que remitir, se establece que:

Para la existencia del contrato se requiere:

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

El consentimiento un contrato es, como recordamos: “El acuerdo que existe entre

dos o más voluntades, con el fin de crear o transmitir derechos y obligaciones. Formado por dos elementos que son la oferta y la aceptación.

Y es ahora que se incluye, además del anterior, un acto jurídico de una naturaleza completamente diferente como lo es el de una compraventa. Teniendo como resultado, un acto jurídico con una doble naturaleza, primero un acuerdo entre dos o más voluntades, y después una declaración unilateral de voluntad.

El Objeto.

Como lo es en todo contrato, el objeto es la manera en como se manifiesta la conducta. Dividiéndose este en directo y en indirecto.

El directo es el crear y transferir derechos y obligaciones, cuya obligación implica una conducta de dar, hacer o no hacer, lo cual es el objeto indirecto. También se considera como objeto del contrato, la cosa material que la persona debe de entregar.

Así, el artículo 1824 del Código Civil establece que: "Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar.
- II. El hecho de que el obligado debe hacer o no hacer".

Por lo tanto, de llegarse a realizar la compraventa, el objeto directo de esta será el transferir derechos y obligaciones respecto de la titularidad del bien. Y el objeto indirecto será esa conducta de dar. No sin olvidar que el objeto material es el bien inmueble.

En relación con el testamento, el objeto, motivo o fin es la disposición de los bienes y derechos para después de la muerte del testador.

La solemnidad, seguida de una formalidad.

La solemnidad en el testamento, siempre ha sido un elemento de existencia o

esencial, ya que de no llenar los requisitos que marca la ley, este pasa a ser inexistente.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, define la solemnidad de la siguiente manera:

“Es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto...” (30)

Al paso del tiempo, la solemnidad se ha venido convirtiendo en una especie de requisito de validez, es decir de formalidad. Aunque si bien, estas no se satisfacen de la manera que marca la ley, el testamento quedará sin efectos, según lo marca el artículo 1520 del Código Civil el cual establece que:

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

Estas cada vez son menos, ya que con las reformas hechas al Código Civil, y el surgimiento del testamento materia del presente trabajo, es de considerar que aquello que fue en un determinado tiempo, un acto en que por seguridad tanto del testador como de los herederos, era la presencia de testigos, este ha desaparecido.

Inclusive el artículo 1511 del Código Civil vigente, el cual trata del Testamento Público Abierto, ya no requiere al notario de los tres testigos idóneos que anteriormente si se le exigían.

Pero, algo se dejó, ya que el artículo 1504 del mismo ordenamiento no se reformó, dejando todavía la posibilidad de que cuando el testador o el notario requieran de testigo o testigos en cualquier tipo de testamento, estos pueden intervenir.

(30) Y GUTIERREZ GONZALEZ, Ernesto: Derecho de las Obligaciones. Ed. Porrúa, México, 1991, p. 257.

Así el artículo establece que: "Tanto el notario como los testigos que intervengan en cualquier testamento deberán conocer al testador o cerciorarse de algún modo de su identidad y de que se haya en su cabal juicio y libre de toda coacción".

Se dice que este tipo de testamento, como cualquier otro, es solemne, seguido en este caso de una formalidad, por la misma razón de lo anteriormente expuesto en relación con lo que respecta a la declaración unilateral, y el consentimiento.

Ya que como se hace mención en los párrafos anteriores, se está hablando en principio, de un solo acto jurídico, con la posibilidad de que tenga una doble naturaleza jurídica (una seguida de otra). Y así, tenemos que al momento de que el testador realice la adquisición del bien inmueble, esto no se va a regir de la misma manera que una solemnidad, sino como lo que es, una compraventa, es decir, un contrato por medio del cual una persona llamada vendedor, se obliga a transferir la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho, a otra persona llamada comprador, quien por esa prestación, se encuentra obligado a pagar un precio cierto y en dinero.

Las formalidades, según el principio general del artículo 2316 del Código Civil establece que: "El contrato de compraventa, no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre un inmueble".

Las formalidades que en este caso se requieren, son básicamente que se otorgue en escritura pública, ya sea como resultado de la regularización o de la adquisición, tal como lo establece el mismo artículo 1549 Bis, fracción primera del Código Civil; "Que el precio del inmueble, o su valor de avalúo, no exceda del equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado a un año, al momento de la adquisición. En los casos de regularización, ... no importará su monto".

4.4.2 El derecho de acrecer en el testamento público simplificado.

Este derecho consiste en la facultad que tiene un heredero o un legatario de adquirir para sí, la parte de la herencia o del legado que su coheredero o colegatario no pudieran adquirir, ya que fuere porque:

- I. Muriera antes que el testador,
- II. Repudiara la herencia, o
- III. Fuere incapaz.

Es el artículo 1549 Bis del Código Civil, el que en su segundo inciso vuelve a reglamentar el derecho de acrecer dentro del testamento público simplificado, al establecer:

"II. El testador, instituirá uno o más legatarios con el derecho de acrecer, salvo designación de sustitutos..."

Por lo anteriormente transcrito, se deduce lo siguiente:

Primero.- Que el testador, instituyendo dos o más legatarios, podrá designar sustitutos, y

Segundo.- Que para el caso de que un colegatario no pudiera adquirir la parte del bien inmueble que le corresponda, y no habiendo designado sustitutos el testador en principio, el o los colegatarios aprovecharán para sí la parte del legado que el colegatario no quiso o no pudo recibir. Por lo que no será procedente la apertura de la sucesión legítima en la parte del legatario incapaz o que repudiara o muriera antes que el testador.

4.5 Puntos por los que se considera que existen discrepancias en el otorgamiento del Testamento Público Simplificado y los demás testamentos otorgados ante Notario Público.

Una vez expuestas las características del Testamento Público Simplificado procedamos a analizar tanto su naturaleza jurídica como sus incongruencias y así poder emitir un conclusión, acerca de si esta nueva figura cumplió con los objetivos para los que fue creada, y finalmente si es recomendable su uso en la práctica.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este testamento, hay que afirmar su regulación en el Código Civil se hizo en base a un régimen de excepción, pero son tantas y ran

importantes y características las excepciones dentro de las cuales se encuadra este tipo de testamento, que se alejó al mismo de la naturaleza jurídica de tal.

El legislador quiso facilitar la eficacia y aplicabilidad de las disposiciones testamentarias de los propietarios de viviendas, y así solucionar el problema de la tenencia de la tierra, introduciendo esta nueva figura jurídica. El modo como se concluyó dentro de nuestro sistema normativo, fue mediante reglas de excepción, como señala la propia iniciativa de ley.

Sin embargo, es imposible que esta figura logre una aplicabilidad y eficacia, ya que se desnaturalizó desde su concepción como tal, al omitir y contradecir los principios generales del derecho sucesorio, de los testamentos, creando un régimen de excepción.

4.5.1 Falta de unidad de la herencia. El problema de la revocación-

Mediante este testamento, que es clasificado por el Código Civil como ordinario, el propio ordenamiento requiere de una situación especial para que exista: que se trate de una vivienda, de una casa destinada a habitación, respecto de las cual se realizará su disposición testamentaria en los momentos y con los requisitos de cuantía analizados en su oportunidad.

Lo interesante en este punto es que mediante este tipo de testamento sólo pueden nombrarse legatarios respecto del inmueble a que se refiere el instrumento notarial en cuestión. El legislador olvidó que desde el punto de vista de la teoría del patrimonio, es prácticamente seguro que el testador sea propietario de otros bienes o títulos de otros derechos, los cuales quedarían fuera de esta disposición testamentaria, lo cual genera un grave problema en atención a que se rompe la unidad de la herencia y a la vocación universal del testamento.

Además también está el problema relativo a la existencia de cualquier otro tipo de testamento, que a lo mejor, por falta de asesoría, el testador hubiere otorgado, ya sea antes o después del testamento público simplificado, ya que según el caso, el uno o el otro,

revocaría al anteriormente otorgado, de acuerdo al artículo 1494 del Código Civil, el cual no marca ninguna excepción.

Ahora bien, realmente no existe problema alguno en el supuesto de que el testamento otorgado con posterioridad sea, por un ejemplo, un testamento público abierto, ya que por ser el testamento por excelencia y de acuerdo a su vocación universal y de objeto ilimitado, aún cuando quedaría revocado el testamento público simplificado, el contenido de éste quedaría abarcado y protegido por el público abierto.

Sin embargo, el problema real se daría en la situación inversa; es decir, si el testamento otorgado posteriormente es uno público simplificado, ya que quedaría revocado el anterior, por ejemplo, uno público abierto, y como el público simplificado es de objeto limitado, sólo contemplaría el inmueble al que haría referencia, obligando a los deudos a abrir la sucesión legítima, la cual, no estaría exenta de problemas.

Por lo anterior, el legislador dio lugar a una nueva clasificación de los testamentos. Por un lado, los testamentos clásicos, que conllevan una vocación universal o que admiten como objeto la disposición genérica de bienes y derechos y por otro lado, el testamento público simplificado, que rompe con la vocación universal y admite como único objeto una disposición particular y específica sobre un determinado bien con las características ya señaladas.

4.5.2 Excepción al principio de unipersonalidad del testamento.

En el Testamento público simplificado se permite que haya pluralidad de testadores.

El principio de unipersonalidad del acto testamentario protege la libertad de testar, al eliminar situaciones que puedan coaccionar o de alguna manera viciar la voluntad del testador. Al permitir la ley que varias personas testen en el mismo acto, se crea una excepción a este principio consagrado en el artículo 1296 del Código Civil.

4.5.3 Institución de legatarios únicamente.

No obstante que el artículo 1286 del Código Civil establece que cuando por voluntad del testador “toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios serán considerados como herederos”, en el caso del testamento público simplificado, el testador únicamente puede designar legatarios, sin que por ello sean considerados como herederos, en virtud de que por éste último tipo de testamento nunca se puede disponer de toda la herencia, por su carácter de disposición mortis causa con objeto limitado y específico.

Asimismo, el testador en un testamento público simplificado no puede designar albacea, ni tutor, ni curador, ni reconocer hijos, ni confesar deudas, ni manifestar ninguna otra de las expresiones que podría hacer en un tipo normal de testamento.

4.5.4 Omisión de la designación de albacea y creación de un ente jurídico nuevo.

La inclusión del llamado Representante Especial, se reduce a un representante legal de actuación específica, instituido por el testador para el caso de que el legatario fuere incapaz y no estuviera sujeto ni a patria potestad o tutela, con el fin de que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces.

Existe una laguna jurídica en cuanto a la regulación del funcionamiento de dicha figura. No se mencionan sus características, facultades, obligaciones, responsabilidades, sin aclarar, por supuesto, su naturaleza jurídica, la que en todo caso, es la de un representante legal, pues encuentra la fuente de su poder y representación en la ley.

La ley estableció su reducido campo de acción. Su única facultad es la de firmar el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los legatarios incapaces. No puede hacer más, ni pagar deudas, ni recibir pagos, ni velar por los intereses de los legatarios, ni representar al legatario en juicio en caso de que surja alguna controversia judicial, ni otorgar poderes. Tampoco reguló el legislador lo que pasaría si el representante no acepta su cargo, ni si aceptándolo cae en estado de interdicción, o simplemente no se designa representante especial alguno para el incapaz.

Por otro lado, en la reforma no se prevé la posibilidad del nombramiento del albacea, que como se dijo anteriormente es el administrador de un patrimonio en liquidación y auxiliar en la administración de la justicia. Queriendo ayudar el legislador, precisamente no se incluyó la posibilidad de nombrar albacea, ya que éste es un administrador de un patrimonio en liquidación, cuestión que no se puede realizar por el otorgamiento de un testamento público simplificado, dado su objeto limitado.

Es así, que ante la falta de albacea, se priva de seguridad jurídica a este tipo de testamento, ya que, en principio nadie velará objetivamente por el respeto de la voluntad del testador.

4.5.5 Desprotección de los acreedores del de cujus.

Como se estableció en el capítulo tercero del presente trabajo, la muerte de una persona, en condiciones normales, no tiene porque agravar las relaciones jurídicas que ella tenía establecida con otras personas. Así, los acreedores del de cujus deben ver protegidos íntegramente sus derechos, de manera análoga a lo que sucedería si estuviera vivo su deudor.

Sin embargo, la reforma únicamente contempla la situación de los acreedores alimentarios, sin hacer referencia alguna a los acreedores en general del de cujus.

Adicionalmente, los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble sin que les sean aplicables las disposiciones de los artículos 1713 y 1770 del Código Civil, con lo cual se desprotege a los demás acreedores del de cujus. El legatario puede llegar a adjudicarse el inmueble sin haber pagado a los acreedores del testador, lo que produciría además de una gran inseguridad jurídica, una gran injusticia al permitir que el legatario, mismo que adquiere a título gratuito, tenga un mejor derecho sobre los acreedores del testador.

Es así como al no haber una continuidad en las relaciones jurídicas del testador que no desaparecen con su muerte, se destruye una de las principales funciones del derecho sucesorio, precisamente el dar continuidad a las relaciones jurídicas aún después de la

muerte del testador, tal y como lo señala el propio Código al definir en el artículo 1295 lo que considera como testamento.

4.5.6 Deficiente procedimiento de titulación notarial.

Así como en la ley sustantiva se pretendió dar una regulación adecuada al testamento público simplificado, en la ley adjetiva se estableció un numeral que regulara el trámite respectivo, llamado de titulación notarial, produciendo un régimen si bien simplificado, restringido, privilegiado y de excepción.

El artículo 876 del Código de Procedimiento Civiles fija un trámite ante notario para la adquisición del inmueble legado muy simplificado, provocando una regulación escueta e insuficiente que no prevé ciertos aspectos, como por ejemplo, el orden de prelación a seguir para la liquidación de la herencia. Ello, aunado con la falta de inclusión en la regulación de la ley sustantiva de los acreedores del testador, a excepción de los alimentarios, origina una situación de inseguridad jurídica para los acreedores del de cujus. Si a ello aunamos una transmisión simplificada y el que no existe en este tipo de testamento la figura del albacea, pueden llegar a producirse situaciones que perjudiquen a los acreedores no alimentarios del autor de la sucesión. Con ello de ningún modo despreciamos la intervención notarial, signo de tranquilidad, certeza y seguridad; pero puede suceder, que el autor de la sucesión establezca varios legados e instruya a sus legatarios para que tramiten rápidamente su adjudicación después de la muerte del de cujus, perjudicando con ellos a los acreedores del mismo, al imposibilitar el cobro de sus créditos, ya que como esta regulado, no hay límite para otorgar testamentos públicos simplificados por persona.

Asimismo, el citado artículo establece que se trata de un trámite de titulación notarial, situación que contradice el principio general que señala que todo procedimiento sucesorio puede ser judicial. De ello se desprende que se trata de un trámite que sólo puede llevarse a cabo ante notario público.

4.5.7 Naturaleza jurídica sui generis.

Una vez estudiados todos los puntos anteriores, llegamos al punto de poder

determinar la naturaleza jurídica del testamento público simplificado.

El régimen de excepción bajo el cual fue regulado produce que el mismo no tenga naturaleza jurídica de testamento. No comparte principios fundamentales que debe seguir un testamento en sí, como son el principio de unipersonalidad del acto, el de unidad de la herencia y la procuración de la continuidad de las relaciones jurídicas del testador. Tiene un poder dispositivo limitado y específico, mismo que pone en tela de juicio su poder revocatorio. Necesita de la concurrencia de requisitos especiales, mismos que ponen en duda su carácter de testamento ordinario. Por tanto, esta figura jurídica de testamento solo tiene el nombre.

Es así, que el testamento público simplificado tiene una naturaleza jurídica propia, debido al régimen de excepción que predica y que rompe con todos los principios generales antes señalados. En todo caso, se trata de una disposición de bienes mortis causa de objeto limitado y específico.

CONCLUSIONES

Primera.- El testamento fue definido por Ulpiano como la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte.

El legado, se entendía en el derecho romano, como una disposición de última voluntad por la que una persona, directamente o por medio de su heredero, confiere a otra un beneficio económico a expensas de su propia herencia.

Segunda.- El concepto de testamento es, un acto jurídico unilateral, individual, personalísimo, libre, solemne y revocable, mediante el cual quien lo realiza dispone, para después de su muerte de lo que haya de hacerse de sus bienes y derechos transmisibles, y expresa su voluntad sobre todo aquello que, sin tener carácter patrimonial, pueda ordenar, de acuerdo con la ley.

Tercera.- Según el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1499, nos dice que por su forma, se pueden encontrar dos tipos de testamentos: los ordinarios y los especiales.

Los ordinarios son: público abierto, público cerrado, público simplificado y ológrafo; y los especiales son: privado, militar, marítimo y hecho en país extranjero.

Cuarta.- Testamento Público Simplificado, es aquél que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura en que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que llevan acabo las autoridades del Distrito Federal o de cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior de conformidad con lo siguiente..."

Quinta.- Como hemos visto en el presente trabajo, en principio los requisitos para que una persona pueda otorgar un testamento público simplificado son bastantes simples, ya que únicamente el valor del bien inmueble no debe de exceder del equivalente a

veinticinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, o que siendo de cualquier valor, este se regularice por las autoridades del Distrito Federal.

Sexta.- El testamento público simplificado es una figura que obedece a fines de carácter social y no jurídico, ya que como hemos mencionado, el legislador en un intento de terminar con el problema de la tenencia de la tierra, crea esta figura para facilitar el otorgamiento de disposiciones testamentarias y con ello acercar a las personas a la figura del testamento para que de esta forma se disminuya el número de intestados, pero como ya hemos visto éste tipo de testamento no alcanza para terminar con este problema, y por el contrario puede llegar a provocar mayores problemas.

Séptima.- Al testamento público simplificado lo ubicaron en un régimen de excepción dadas las características de unipersonalidad, unidad de la herencia y vocación universal del testamento, por lo que sí lo que se pretende es facilitar el otorgamiento de disposiciones testamentarias para darle continuidad a la titularidad de esa tierra, es recomendable difundir el empleo del Testamento Público Abierto, el cual es más eficaz y popular para su otorgamiento.

Además se podría agregar dentro de las escrituras públicas de compraventa que realizan las personas que están en proceso de regularización o que el valor de su inmueble no excede de 25 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal elevado al año, el otorgamiento del testamento público abierto simultáneo pero en instrumento por separado y de forma individual. Así evitaremos la falta de continuidad en la tenencia de la tierra y podremos disminuir el número de intestados.

Asimismo, se puede ayudar a personas de escasos recursos, introduciendo dentro de la legislación fiscal un apartado especial para el otorgamiento del testamento en este tipo de viviendas, en la que se disminuya el pago del impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles, así como los gastos y honorarios notariales, y de esta forma hacer más accesible la adjudicación de los mismos.

Octava.- El testamento público simplificado presenta los siguientes defectos: un poder dispositivo limitado, lo que puede crear situaciones aisladas, lo cual contradice los

principios de unidad de la herencia; la creación de un representante especial para el caso de legatarios incapaces, el cual sólo concurrirá a la firma del instrumento notarial por parte del incapaz y por lo tanto esta figura tiene un objeto limitado que no podrá resolver algún problema que se presente con la sucesión; va en contra del principio de unipersonalidad; hay una ausencia de albacea que pueda administrar el bien hasta su adjudicación; solo reconoce a los acreedores alimentarios, dejando en total inseguridad jurídica a cualquier otro acreedor que exista.

Por todo lo mencionado en los puntos anteriores, podemos concluir que el testamento público simplificado fue creado por el legislador de una forma precipitada y poco clara, con el que más que resolver un problema de tenencia de la tierra, produjo más inconvenientes y cuestionamientos debido a la forma en que esta regulado y a las numerosas discrepancias que existen con los demás tipos de testamentos otorgados ante notario público, a los que rigen en todo momento las formalidades generales del testamento; por lo que no es recomendable el uso de este tipo de testamento público simplificado, ya que no cumple con los fines para lo que fue creado; esto es, el ser un testamento popular que disminuyera con el problema de la tenencia de la tierra y de los intestados.

BIBLIOGRAFIA

I. LEGISLACION CONSULTADA.

1. Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en Materia Federal, Editorial Delma, México, 2000.
2. Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Delma, México, 2000.
3. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Delma, México, 2000.
4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Delma, México, 2000.
5. Ley del Notariado para el Distrito Federal, Editorial Delma, México, 2000.

II. OBRAS CONSULTADAS.

1. ASPRON PELAYO, Juan Manuel, Sucesiones, Editorial McGraw-Hill, Serie Jurídica, México, 1998, pág. 216.
2. BAÑUELOS SANCHEZ, Froylan, Fundamentos del Derecho Notarial, Editorial Sista, México, 1994, pág. 1067.
3. BOLLINI, Jorge A., Jurisdicción Voluntaria, Tercer Punto del Temario, El Notario y la Jurisdicción Voluntaria, Consejo Nacional del Notariado Latino, Consejo Federal del Notariado Argentino, Buenos Aires, 1965.

4. CARRAL Y DE TERESA, Luis, Derecho Notarial y Registral, Editorial Porrúa, México, 1976, pág. 266.
5. DE IBARROLA, Antonio, Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 1120.
6. DE PINA V., Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México, 1994, pág. 984.
7. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 701.
8. FAUSI HAMDAN ADAM, "Elementos y caracteres propios del servicio público", en Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, n. 3, Año 3, México, 1979, pág. 280.
9. FERNANDEZ GONZALEZ, José: Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Nacional, México, 1963, pág.
10. GIMENEZ-ARNAU, Enrique, Derecho Notarial Español, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964, pág. 267.
11. MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, Tomo V Derecho Sucesorio, Editorial Porrúa, México, 1990, pág. 272.
12. MARGADANT S., Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México, 1989, pág. 530.
13. NÚÑEZ LAGOS, Rafael, cita a Oscar Eduardo Saruba, Revista Internacional del Notariado Latino, "El Acto de Notoriedad aplicado a la jurisdicción Voluntaria".
14. PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Derecho Notarial, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 274.

15. RIOS HELLIG, Jorge, La Práctica del Derecho Notarial, Editorial Mc-Graw Hill, Serie Jurídica, México, 1998, pág.
16. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1990, pág. 505.
17. SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 470.