

80
2ej



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**ANALISIS Y CRITICA DE LA REFORMA AL
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL,
EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA
EN MATERIA FEDERAL; QUE INTRODUCE LA FIGURA
DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.**



T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LARIZZA CAMPOS CADENA**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL.

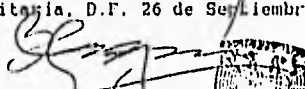
No. 67-96

SR. ING LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,
P R E S E N T E .

La alumna LARIZZA CAMPOS CADENA, elaboró en este Seminario, bajo la dirección del maestro Lic. Miguel Angel Beltran Lara, la tesis denominada "ANALISIS Y CRITICA DE LA REFORMA AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL QUE INTRODUCE LA FIGURA DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO", que consta de 89 fojas útiles.

La tesis de referencia satisface los requisitos necesarios, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F. 26 de Septiembre de 1996.


DR. IVAN LAGUNES PEREZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

ILP'egr.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberme dado la formación académica y humanística necesaria para ser una profesional consciente de su labor social.

A la Facultad de Derecho, sus profesores y maestros.

4

*A mis padres, licenciado Alvaro Campos
Vela por haber despertado en mí la pasión
por el Derecho y profesora María Elena
Cadena de Campos por ser la luz que día a
día ilumina con su amor mi corazón.*

*A mis hermanos, Karla, Cecilia y Alvaro
porque en todo momento y lugar no
olvidemos la importancia de ser hermanos;
gracias por su cariño.*

*A mi cuñado, Rafael Hernández Alarcón
gracias por estar aquí y amar a mi hermana
Karla.*

*A Fernando, por mostrarme el camino para
amar.*

Al los licenciados, José Angel Villalobos Magaña y Mario E. Vivanco Paredes por enseñarme que el único camino al éxito es la disciplina, el estudio y el trabajo honrado.

Al licenciado, Carlos Antonio Morales Montes de Oca y a su esposa Nora Vargas de Morales por la bondad de su alma y la grandeza de su corazón; Dios los bendiga por siempre.

A los licenciados, Efraín M. Virues y Lizos, Alejandro Pérez Teuffer Fournier y A. Gilberto Adame López por el privilegio de contar con su amistad.

A los licenciados, Amando Mastachi Agunrio Ricardo Sánchez Destenave, y Gabriel Benjamín Díaz Soto por los conocimientos transmitidos y la confianza que depositaron en mí.

A mi amiga, Paulina González Rubalcava por una amistad que se ha forjado en el respeto, la honestidad y lealtad.

A mis amigos Raúl Rodríguez Piña, Alejandro Ahuatzi Magaña, José Antonio Sosa Castañeda y Eva Jiménez Ocampo porque su amistad es lo mejor que pudieron haberme brindado.

*Al licenciado Miguel Angel Beltrán Lara
por su ayuda en la elaboración de este
trabajo.*

*A la licenciada Arlet Ramos Alatorre y
señorita Rocío Rodríguez Lara por su
paciencia para que mis ideas quedaran
impresas.*

*A todos mis compañeros que de una u otra
forma han influido en mi vida y compartido
buenos y malos momentos.*

ABREVIATURAS.

C.C. Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

C.P.C. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

L.N. Ley del Notariado para el Distrito Federal.

**ANALISIS Y CRITICA DE LA REFORMA AL CODIGO CIVIL PARA
EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA
REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, QUE INTRODUCE LA
FIGURA DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.**

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION.	1

CAPITULO PRIMERO.

CONCEPTOS GENERALES DE LA SUCESION.

I.- CONCEPTO GENERICO DE CAUSAHABIENCIA.	3
1.- Causahabienca a título particular.	
2.- Causahabienca a título universal.	
II.- CONCEPTO GENERICO DE SUCESION.	4
1.- Sucesión por causa de muerte.	
2.- Elementos de la sucesión por causa de muerte.	
3.- Diversas especies de sucesión mortis causa.	
A).- Sucesión testamentaria y sucesión intestamentaria.	

B).- Sucesión a título particular y sucesión a título universal.

III.- SINTESIS DE LA PROGRESION HISTORICA DE LA SUCESION MORTIS CAUSA Y DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO.

IV.- FUNDAMENTO JURIDICO Y SOCIOLOGICO DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE. JUICIO CRITICO ACERCA DE LA VALIDEZ DE ESTOS FUNDAMENTOS.

14

1.- Fundamento jurídico.

2.- Fundamento sociológico.

3.- Jucio Crítico acerca de la validez de estos fundamentos.

CAPITULO SEGUNDO.

EL TESTAMENTO.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS A LA CLASIFICACION DE LOS HECHOS JURIDICOS.

16

II.- TEORIAS DE CLASIFICACION DE LOS HECHOS JURIDICOS

17

1.- Teoría Clásica de la clasificación de los hechos jurídicos.

2.- Teoría Moderna de la clasificación de los hechos jurídicos.

3.- Ubicación del testamento dentro de los diferentes tipos de actos jurídicos.

III.- DIVERSAS DEFINICIONES DE TESTAMENTO. CONCEPTO DE LA SUSTENTANTE. 22

IV.- CARACTERISTICAS DE LOS TESTAMENTOS. 23

1.- El testamento es un acto unilateral.

2.- El testamento como acto libre y autónomo.
Regulación legal de esta característica del testamento.

3.- El testamento, acto por naturaleza revocable. El pacto de no revocar el testamento.

4.- El testamento como acto personalísimo. Regulación legal de esta característica.

5.- El testamento acto solemne. Consecuencias de la ausencia de solemnidad.

6.- El testamento hecho por persona capaz.

V.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL TESTAMENTO. 30

1.- La voluntad. Reglas de interpretación de la voluntad.

2.- Del objeto de los testamentos.

VI.- PERDIDA DE EFICACIA DE LOS TESTAMENTOS. 31

1.- Testamentos nulos.

A).- Nulidad por ilicitud.

B).- Nulidad por incapacidad.

C).- Nulidad por vicios de la voluntad.

D).- Nulidad por falta de solemnidad.

2.- La revocación del Testamento.

3.- La caducidad del testamento.

VII.- LOS TESTAMENTOS INOFICIOSOS. 38

VIII.- CLASIFICACION DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS. 39

1.- Clasificación de las disposiciones testamentarias por su forma.

2.- Las disposiciones testamentarias por su materia.

3.- Clasificación de las disposiciones testamentarias en relación al causahabiente.

4.- Las disposiciones testamentarias por su revocabilidad.

5.- Disposiciones testamentarias per relationem.

CAPITULO TERCERO.

ANALISIS DE LOS DIFERENTES TIPOS DE TESTAMENTO.

I.- DIVERSAS CLASIFICACIONES DE LOS TESTAMENTOS. 42

1.- Testamentos Ordinarios.

A).- Testamento Público Abierto. Concepto. Solemnidades. Crítica a la reforma del 6 de enero de 1994.

B).- Testamento Público Cerrado. Concepto. Solemnidades. Juicio de la sustentante de este tipo de testamento.

C).- Testamento Ológrafo. Concepto. Solemnidades. Juicio de la sustentante de este tipo de testamentos.

2.- Testamentos Especiales.

A).- Testamento Privado. Concepto. Casos en que está permitido. Solemnidades. Juicio crítico.

B).- Testamento Militar. Concepto. Solemnidades.

C).- Testamento Marítimo. Concepto. Solemnidades.

D).- Testamento Hecho en País Extranjero. Concepto. Solemnidades.

II.- TRAMITACION SUCESORIA.

58

1.- Tramitación Judicial.

2.- Tramitación Extrajudicial.

CAPITULO CUARTO.

ESTUDIO CRITICO DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO EN RELACION A LOS DEMAS TESTAMENTOS.	65
II.- RAZONES DE LA ADICION QUE DA ORIGEN A LA FIGURA DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.	65
III.- TEXTO DE LA ADICION QUE CREA LA FIGURA DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.	67
IV.- CONCEPTO, CARACTERISTICAS Y SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.	71
V.- ANALISIS Y CRITICA DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.	73
1.- Régimen de excepción del Testamento Público Simplificado.	

A).- El problema de la unidad de la herencia y vocación universal del testamento.

B).- El Testamento Público Simplificado y los acreedores del de cujus.

C).- La figura del representante especial en el Testamento Público Simplificado.

a).- Problemas.

b).- Naturaleza jurídica.

c).- Características.

d).- Facultades.

e).- Propuesta.

VI.- RENACIMIENTO DE LOS TESTAMENTOS MUTUOS O MANCOMUNADOS. 80

VII.- DE LA TRAMITACION SIMPLIFICADA 81

VIII.- CUADRO COMPARATIVO DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO Y TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO. 84

IX.- CONCLUSIONES. 85

BIBLIOGRAFIA. 87

LEGISLACION CONSULTADA. 89

INTRODUCCION.

Es de gran importancia tanto para la sociedad como para el individuo que la relaciones jurídicas que originadas en el transcurso de la vida personal y familiar no queden inconclusas cuando fallecemos, toda legislación debe contemplar la regulación de las relaciones jurídicas de las personas que no se extinguen con la muerte; en ese sentido el derecho mexicano no es la excepción al contar con una rama del derecho privado regulada en el Libro Tercero del Código Civil denominada "De las sucesiones"; conteniendo 2 supuestos la "sucesión testamentaria" y la "sucesión intestamentaria" mal llamada por nuestro Código Civil "sucesión legítima".

El trabajo de investigación y reflexión que presento esta basado en la primera de la sucesiones mencionadas, y muy especialmente en la figura del Testamento Público Simplificado; adicionado al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal el día 6 de enero de 1994.

El Testamento Público Simplificado es polémico en virtud de que las normas que lo regulan rompen con algunos principios generales que norma a las sucesiones; incluso se llevo a pensar en si era o no un testamento, si era ordinario o especial dentro de los mismos testamentos, ya que como veremos durante el desarrollo de este trabajo es un testamento limitado a un fin específico.

Del trabajo realizado por nuestros legisladores para crear este nuevo tipo de testamento, lo único notable es que al fin se hayan dado cuenta de que la mayoría de los habitantes de esta ciudad mueren intestados y solo fijaron su atención en los habitantes de escasos recursos, y en relación a sus particulares circunstancias crearon la figura jurídica del Testamento Público Simplificado; sin embargo, no solo los adquirentes de un inmueble regularizado o de interés social, mueren sin haber otorgado testamento. Existen un gran número de juicios y estados intestamentarios, originados en la ignorancia, el descuido, la pereza y el miedo (prejuicio) a otorgar testamento, que nos lleva a cuestionar que la solución de un problema jurídico social de gran magnitud y diversidad se haya solucionado con la creación de una figura jurídico-testamentaria tan estrecha y limitada

Considero que lo realmente importante de las reformas en comento fue suprimir requisitos absurdos al Testamento Público Abierto, haciendo de esta figura la mejor regulada y la más practica de todos los testamentos; ahora lo único que nos falta es hacerla del conocimiento del público y bajar el costo de su otorgamiento para hacerlo accesible a toda la población.

***CAPITULO PRIMERO.
CONCEPTOS GENERALES DE LAS SUCESIONES.**

I.- CONCEPTO DE CAUSAHABIENCIA.

Considero necesario que para el inicio del estudio que me propongo realizar, la primera institución que merece nuestra atención es la causahabencia, voz que no figura en el diccionario de la real academia. La voz causahabiente sí figura en dicho diccionario, y a falta de sustantivo apropiado tal voz resulta más connotativa para nominar la institución que estudiaremos en este punto.

Causahabencia "es la sustitución de la persona de quien directamente emana el negocio jurídico por otra ligada por los efectos de dicho negocio como si éste hubiere emanado de ella".¹

En esta institución encontramos dos sujetos, el causante que es el que dio origen al negocio mismo y que será substituido y la persona que sustituye al autor quedando ligada por los efectos del negocio jurídico como si éste hubiere emanado de ella, al que llamaremos causahabiente.

Existen dos tipos de causahabencia: a título particular y a título universal.

1.- Causahabencia a Título Particular.

Es la sustitución referida sólo a cosa o derechos determinados en forma específica; en el tema que nos ocupa el ejemplo clásico es el del legatario, que recibe sólo la cosa o el derecho específicamente determinado sin obligaciones o cargas de ninguna especie salvo las expresamente determinadas por el testador, de ahí que el artículo 1285 del

¹ ORTIZ Urquidí Raúl, Derecho Civil, tercera edición, editorial Porrúa, México, 1986, pág. 266.

C.C. nos señale al respecto lo siguiente: "El legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de la obligación subsidiaria con los herederos.", sin embargo y tomando en cuenta lo establecido en el artículo 1286 del citado ordenamiento "Cuando toda la herencia se distribuye en legados, los legatarios serán considerados como herederos" y "se proratearan las deudas y gravámenes entre los partícipes; en proporción a sus cuotas a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa." (art. 1411 del C.C.).

2.- Causahabencia a Título Universal.

Es la sustitución referida a la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones; en la todo el patrimonio o una parte alicuota de él. En alusión a nuestro tema el ejemplo sería el del heredero, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1284 del C.C. "...adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes heredados".

II.- CONCEPTO GENERICO DE SUCESION.

La palabra sucesión tiene diversas connotaciones; en el lenguaje vulgar entendemos por sucesión una relación de momento que sigue a otra; la concurrencia de fenómenos sociales los unos a continuación de los otros. En este sentido podríamos hablar de la sucesión presidencial.

Jurídicamente la noción es distinta, entendiéndose por sucesión: "La sustitución de la titularidad de los derechos y relaciones, es decir, cambio de sujeto e identidad en la relación de derecho; la entrada de una persona en el lugar de otra, pero sin que haya un cambio en el objeto de relación".²

La sucesión puede llevarse a cabo de dos formas:

A).- "Inter vivos", o lo que es lo mismo, entre personas vivas sean estas físicas o morales lo que significa que ambas partes se encuentran presentes y concurren a la celebración por sí o por medio de apoderado y

² ARCE Cervantes José, De las Sucesiones, tercera edición, editorial Porrúa, México, 1992, pág. 1.

emiten su voluntad de celebrar el acto. Dicha sucesión será siempre a título particular, o;

B).- "Mortis causa", es decir, por causa de muerte de la cual nos ocuparemos en el punto siguiente.

1.- Sucesión por Causa de Muerte.

La sucesión por causa de muerte es la transmisión de la titularidad del patrimonio de la persona fallecida hacia sus herederos o legatarios.

El profesor Castán Tobeñas en su obra Derecho Civil Español Común y Foral, la define como "La continuación o sucesión por modo unitario en la titularidad del complejo formado por aquellas relaciones jurídicas, patrimoniales activas y pasivas de un sujeto fallecido, que no se extinguen por su muerte, sucesión que produce también ciertas consecuencias de carácter extra patrimonial y atribuye al heredero una situación jurídica modificada y nueva en determinados aspectos".³

2.- Elementos de la Sucesión por Causa de Muerte.

La sucesión "mortis causa" deberá reunir los siguientes elementos:

1.- Existencia de un conjunto de derechos y obligaciones que pertenezcan a una persona física, que sean transmisibles por causa de muerte y susceptibles de apreciación económica.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1281 de C.C., que define la herencia como "...la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.", es preciso saber cuáles son esos bienes, derechos y obligaciones para determinar como está integrado el patrimonio hereditario.

El patrimonio hereditario podrá estar integrado por:

A).- Todos los derechos reales de que era titular el autor, salvo aquéllos que nacen de la desmembración de la propiedad y que deban cesar con la muerte (por ejemplo, usufructo, uso y habitación).

³ Citado por Arce Cervantes José, ob. cit. pág.4.

B).- Las obligaciones nacidas de un derecho de crédito tanto del lado activo como del pasivo; siempre que éstas no se extingan con la muerte.

C).- La posesión que tenía el autor; apoyándonos en la idea de que el heredero entra en el lugar que tenía el testador y por lo tanto tendrá la posesión con las mismas cualidades que éste.

D).- Las cuotas o primas de seguros que el autor de la sucesión en vida hubiere acumulado y que deban ser entregadas por encontrarse sujetas al fallecimiento de éste; ya que las mismas forman parte del patrimonio.

E).- Los bienes y derechos que le correspondan en su caso a título de disolución de sociedad conyugal.

2.- La persona física titular de ese conjunto de derechos y obligaciones al fallecer deja de ser persona.

En nuestra legislación sólo se pierde la capacidad de goce por la muerte y al ser la capacidad un atributo de la personalidad por consecuencia al terminar una concluye la otra.

Por lo que, la terminación de la personalidad es presupuesto lógico jurídico para que exista la sucesión por causa de muerte. Al respecto el artículo 22 del C.C., señala que: "La capacidad jurídica (capacidad de goce) de las personas físicas se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte...".

3.- Que haya otra persona o personas que sustituyan a la fallecida en la titularidad del patrimonio.

Es necesario que la persona o personas que vayan a sustituir al "De Cujus",⁴ posean capacidad y personalidad al momento de la muerte de éste.

Existen sin embargo ciertos impedimentos para que determinadas personas puedan colocarse en el supuesto de heredero; en estos casos

⁴ Se traduce como "de cuya sucesión se trata".

específicos no es importante la capacidad o la personalidad, sino ciertas características y hechos que la ley señala expresamente a las que llamaremos indignidades o prohibiciones para heredar; las cuales serán analizadas al tratar el tema de la capacidad para heredar en el siguiente capítulo.

4.- Que la persona o personas que vaya a sustituir al "de cujus" tengan vocación hereditaria, que jurídicamente les corresponda remplazar al titular fallecido, esto es, que hayan sido designadas en un testamento o que por ley les corresponda sustituir al "de cujus".

3.- Diversas Especies de Sucesión por Causa de Muerte.

A).- Sucesión Testamentaria y Sucesión Intestamentaria.

La sucesión mortis causa por su origen se puede clasificar en:

1.- Testamentaria, cuando la transmisión de la totalidad del patrimonio proviene de un testamento, y;

2.- Intestamentaria, cuando como su nombre lo indica no existe testamento, por lo que la transmisión de la totalidad del patrimonio proviene de los supuestos contemplados en la ley.

Históricamente las sucesiones se habían dividido en tres especies, dos de ellas ya mencionadas, es decir la intestamentaria y la testamentaria; la tercera de ellas era la llamada contractual o pacto sucesorio, que algunas legislaciones permitieron y que en realidad se trataba de un contrato, en México fue reconocida en la época de vigencia de la legislación española. En la actualidad nuestra legislación solamente reconoce la sucesión testamentaria y la intestamentaria; lo anterior en los términos del artículo 1282 del C.C; "La herencia se defiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima".

Es preciso mencionar que no me parece correcto llamar a la sucesión intestamentaria como "legítima", pues considero que ambas sucesiones lo son, entendiendo por legítimo que reúnen los requisitos establecidos por la ley.

Estas especies de sucesión pueden coexistir de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1283 del C.C. que a la letra dice:

"El testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima (intestamentaria).

Lo anterior nos indica que podría suceder que el testador no disponga de todos sus bienes, por ejemplo, cuando instituye sólo legatario pero no heredero y existen bienes distintos al comprendido en el legado; entonces debe abrirse una sucesión testamentaria para que se cumpla con lo dispuesto en el testamento y una intestamentaria para transmitir el resto de los bienes según lo manifestado en el artículo arriba transcrito.

A lo largo de la historia, han existido diversas controversias respecto de la existencia de la sucesión legítima como testamentaria; así, algunos autores niegan todo derecho a la sucesión testamentaria como los socialistas pues es perfectamente lógico que al no admitir el derecho de propiedad no admitan el derecho de sucesión.

Los autores socialistas sostienen que la herencia es contraria a la justicia y al interés social; crea entre los hombres una desigualdad que no puede admitirse en la sociedad sobre todo cuando procede de un hecho ajeno a la voluntad y capacidad del favorecido.

Autores hay como Stuart Mill que sostiene el individualismo, corriente que exige que todo empiece con el individuo. Su tesis respeta el derecho de legar pero no así el de recibir.

En contra de estos argumentos diremos que nunca es más completo el derecho de propiedad como cuando es personal y hereditario, el derecho de testar va naturalmente incluido dentro del derecho de propiedad.

Teodoro Kipp expresa: "sin el derecho de sucesión, la propiedad privada no se hallaría completa, en cuanto a los bienes por nosotros adquiridos, no llegaríamos a ser gran cosa, más que usufructuarios vitalicios."⁵

El Derecho, mediante el testamento, autoriza al propietario a realizar plenamente su derecho de libre disposición a la hora de la muerte, haciendo que su propiedad personal prevalezca sobre los derechos de los familiares. Así frente a la herencia intestada, únicamente conocida por el derecho antiguo, se alza la testamentaria.

⁵ Citado por DE IBARROLA Antonio, Cosas y Sucesiones, editorial Porrúa, México, 1957, págs. 327 y 328.

Sin embargo, no en todas la legislaciones es omnímoda la voluntad del testador; hay casos, hay legislaciones en que el Estado pasando por alto la voluntad de este, establece la herencia forzosa.

Así el Derecho Germánico consagra el principio de que los herederos son creados por Dios en virtud del vínculo consanguíneo, de tal manera que por testamento sólo puede el de cujus instituir legatarios respetando la porción legítima de los herederos.

El Código Civil de 1870 consagró este sistema al crear la institución denominada "DE LA LEGITIMA", entendiéndose por legítima la parte líquida de la herencia después de deducir la deudas hereditarias, que forzosamente debe heredar el testador a sus parientes consanguíneos en línea recta descendente o ascendente, quedando sólo el resto del caudal hereditario susceptible de disposición libre para el testador. En caso de que se violara la legítima, la disposición testamentaria debía reducirse hasta el límite necesario para cumplir con la legítima.

En el mencionado ordenamiento se combinaban las diferentes posibilidades según la concurrencia de hijos legítimos o legitimados, con naturales y espurios; de legítimos y naturales o naturales y espurios; combinándose dichas posibilidades con ascendientes y descendientes en diversos grados.

Después de una acérrima polémica suscitada en el seno de la Comisión encargada de elaborar el Código Civil de 1884, finalmente dicho ordenamiento consagró la libertad de testar.

B).- Sucesión a Título Particular y a Título Universal.

La sucesión por causa de muerte puede clasificarse por el modo en que se recibe por los beneficiarios, presentándose dos especies:

1.- A título universal se transmite a los sucesores la totalidad del patrimonio, y;

2.- A título particular que es la transmisión de un bien o derecho concreto y determinado.

Para hacer la diferencia entre sucesión por causa de muerte a título universal y a título particular podríamos hacerlo desde un punto de vista

subjetivo, tomando como base los sujetos que van a recibirla, esto es:

El heredero es la persona instituida en la universalidad de la herencia o en una parte alicuota de la misma y el legatario es instituido en bienes o derechos específicamente determinados, individuales.

Desde un punto de vista objetivo, la sucesión será universal si se transmite la totalidad del patrimonio del de cujus y será sucesión a título particular aquella en que se transmita bienes individuales, no importando que en la primera al momento de su transmisión esta se encuentre dividida en partes alicuotas. En otras palabras la cohesión que tienen entre sí los elementos que componen el patrimonio, no se disgrega aunque haya varios herederos, porque esta partición sólo implica la participación de varias personas en una misma unidad, es decir, los herederos tienen derecho a la masa común hereditaria no perdiéndose tampoco el carácter de universalidad porque haya transmisiones a título particular (legados) porque estos son liberalidades aisladas.

La diferencia entre los dos tipos de sucesiones aquí estudiados es cualitativa y no cuantitativa porque lo que importa no es cuanto se recibe sino como se recibe.

III.- SINTESIS DE LA PROGRESION HISTORICA DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE Y DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO.

La sucesión en el Derecho Romano durante la primera etapa de su legislación era considerada como un modo de adquirir "Per-Universitaten", es decir, la concibe como una unidad al clasificarla como una cosa incorpórea, compuesta de los derechos y obligaciones de una persona que constituyan su patrimonio.

Este patrimonio pasaba íntegro a un continuador de la persona del de cujus llamado heredero que quedaba dueño del patrimonio y obligado a pagar todas las deudas del de cujus como si él las hubiera contraído, conteniendo también los ideales, las simpatías y antipatías del difunto.

El heredero continuaba la personalidad tanto en el ámbito patrimonial como en el culto familiar.

Según nos señala el tratadista Eugene Petit en su obra titulada "Tratado Elemental de Derecho Romano" los romanos desde un principio

satisfacían un triple interés:

1.- El interés del difunto, en virtud de que si se carecía de herederos, sus acreedores se posesionaban de los bienes de la sucesión vendiéndolos después en bloque, manchando de infamia la memoria del difunto. Ocurre lo contrario cuando hay herederos, pues son éstos quienes pagan los créditos y si no intervienen, los bienes de la sucesión se venden en nombre de éstos, quedando en buen lugar la memoria del difunto.

2.- El interés de los acreedores, pues los mismos adquieren en la persona del heredero un nuevo deudor quien como lo mencionamos debe pagar todas las deudas como si él mismo las hubiera contraído.

3.- El interés religioso, ya que el culto privado entre los romanos tenía mucha importancia porque aseguraba a cada familia la protección de sus "dioses manes", o lo que es lo mismo de sus antepasados difuntos.

El heredero adquiere íntegro el patrimonio del difunto salvo algunos derechos reales como el usufructo, uso y habitación; los derechos personalísimos, como las facultades derivadas del derecho de familia; casi todos los derechos personales o de crédito con excepción de los que hubieren nacido de los contratos de mandato, sociedad y las obligaciones derivadas del delito pues éstos se extinguen con su muerte. Le sustituye también en sociedad, siendo además, en su lugar propietario, acreedor y como se dijo antes deudor, pudiendo ejercer sus acciones y ser perseguido por sus acreedores.

El patrimonio recogido por el heredero toma el nombre de **HERENCIA O SUCESION**.

El Derecho Romano nos ofrecía tres vías de sucesión: la legítima la testamentaria y la oficiosa siendo la más fuerte la oficiosa, ya que corregía los errores de la testamentaria que era la segunda en importancia y por último la legítima.

La sucesión testamentaria y la intestamentaria se excluían, no podían aplicarse al mismo tiempo, principio que se expresó en la frase latina "homo per parte testatu, per parte intestatus decedere potest." que literalmente significa: "nadie puede morir en parte testado y en parte

intestado"⁶

El antiguo derecho romano reconoció tres formas testamentarias; el testamento "calatis comitis" que realizaba el "paterfamilias" frente a la comitia curiada (asamblea político-legislativa integrada por representantes de todo el pueblo) que se reunía dos veces al año; el testamento "in procinctu", realizado por los soldados antes de iniciarse una batalla. En virtud de que estos dos testamentos sólo podían hacerse dos veces al año o al iniciarse una batalla, fue necesario buscar una nueva forma testamentaria que pudiera utilizarse en cualquier momento; apareciendo entonces el tercer tipo testamentario, el testamento "per aes et libram" o testamento mancipatorio, consistente en una venta ficticia ante cinco testigos y "el libripens", efectuada por medio de la mancipatio (modo de adquirir la propiedad regulado por el derecho romano).

En este caso, el testador celebraba una compraventa ficticia con el "Familiae emptor" o sea el comprador del patrimonio al tiempo en que designaba a su o sus herederos y daba instrucciones al primero sobre la forma en que debía repartir su herencia. "Así podía vender todo un patrimonio por un centavo a un comprador heredero, con efectos suspensivos hasta la muerte del vendedor testador, e imponiendo al comprador el deber de repartir parte de los bienes entre terceros (legatarios)"⁷

En el derecho honorario el pretor redujo las formas exigidas por el Código Civil apareciendo así el "testamento pretorio", este testamento debía constar en un documento en el cual se mencionara la designación de herederos; el documento tenía los sellos de 7 testigos (equivalentes a los 5 testigos de la mancipatio, el libripens y el familiae emptor). El emptor familiae se convirtió en albacea recibiendo cerrado el documento que se denomina tabulae. De esta manera se introduce la idea de que el testamento es una declaración unilateral de voluntad haciendo a un lado las ideas de que fuera un contrato o una ley individual.

En este tiempo encontramos también el "Testamento nuncupativo" realizado oralmente ante 7 testigos.

En el derecho imperial apareció un testamento redactado por escrito, que debería llevar la firma y el sello del testador y 7 testigos debiendo realizarse en un sólo día y en un sólo acto.

Justiniano reconoció este tipo de testamento y lo llamó "tripertitum"

⁶ Inst. 2,14,5; Pomponio, D. 50,17,7. MORINEAU Iduarte Martha, IGLESIAS González Román, Derecho Romano, editorial Harla, México, 1987, pág.206.

⁷ F. ORIST Margadant S. Guillermo. El Derecho Privado Romano, primera edición, editorial Esfinge, México, 1960, pág. 264.

por su triple origen, ya que tomó del derecho antiguo que se realizara en un sólo acto y la necesidad de los testigos (los cuales deberían declarar que intervinieron en el testamento con ese carácter); del derecho honorario, los sellos que se colocaban afuera sobre el pliego cerrado y doblado, y; finalmente del las constituciones imperiales el requisito de las firmas del testador y los testigos.

El derecho postclásico conoció el testamento público bajo dos formas distintas:

1.- El "testamento apud acta conditum" realizado en forma oral frente a la autoridad, que levantaba acta correspondiente y la conservaba en sus archivos, y;

2.- El "testamento principi oblatum" que se hacía por escrito y era depositado en los archivos imperiales.

En esta época aparecieron también los testamentos especiales o extraordinarios, que atendiendo a las circunstancias aumentaban o disminuían las solemnidades requeridas por este acto.

Entre los que aumentaron las solemnidades figuran los testamentos otorgados por analfabetos y por los ciegos. En el primer caso, además de los 7 testigos debía firmar una octava persona, cuya firma suplía a la del testador; mientras que el ciego acompañado de sus 7 testigos debía dictar su testamento a un oficial público llamado tabularius.

Entre los testamentos que disminuyeron solemnidades, está el realizado en tiempos de peste, para el cual no se exigía la presencia simultánea de los testigos, con el propósito de evitar el contagio y el otorgado en el campo, para el que sólo se requería de 5 testigos. Contamos también con el testamento del padre a favor de su o sus hijos que se otorgaba en forma oral ante 2 testigos o de forma ológrafa.

Finalmente hablaremos del testamento militar, regido también por normas de excepción relativas tanto a la forma como al contenido.

En primer lugar, no se exigía forma alguna; era suficiente que la voluntad del testador se manifestara de forma clara. Por lo que respecta al contenido, el testamento militar fue una excepción al principio de "que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado", puesto que si el soldado sólo disponía de una parte de sus bienes, se podía abrir para el

resto la sucesión legítima.

Encontramos en este brevísimo desarrollo histórico del testamento que este nació quizá "como una ley especial; pasó por la fase del contrato y luego finalmente al concepto moderno de la declaración unilateral de última voluntad"⁸

IV.- FUNDAMENTO JURIDICO SOCIOLOGICO DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE.

1).- Fundamento Jurídico.

El patrimonio como garantía común y tácita de los acreedores quirografarios; que son aquellos que se constituyen sin garantía específica, la cual se encuentra integrada por todos y cada uno de los bienes y derechos que componen su patrimonio, con las limitaciones señaladas en la legislación positiva y sin más condición de derecho de que esos bienes sean susceptible de valorización económica.

De esta garantía común y tácita que tienen los acreedores quirografarios se desprende el fundamento jurídico de la sucesión por causa de muerte en los siguientes términos:

La transmisión del patrimonio a título universal implica la continuación de las obligaciones contraídas por el de cujus que no se extinguen con su muerte.

Estas obligaciones continúan garantizadas con el patrimonio del de cujus que al fallecer transmite a sus herederos. Esta transmisión como ya se mencionó será a título universal comprendiéndose por consecuencia tanto el activo como el pasivo, cohesionándose así el patrimonio y permitiendo a los acreedores quirografarios mantener sus garantías.

Por lo tanto, la sucesión a título universal es lo que da seguridad jurídica a los contratantes, al saber que en todo tiempo, momento y lugar está garantizada su deuda. Esta garantía tácita constituye uno de los objetivos principales del derecho, pues permite la continuidad de las relaciones jurídicas.

⁸ Ob. cit. FLORES Margadant S. Guillermo, pág. 254.

CAPITULO SEGUNDO. DEL TESTAMENTO.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS A LA CLASIFICACION DE LOS HECHOS JURIDICOS.

Cabe destacar para los fines del presente punto, que tomando en cuenta el origen de los distintos hechos jurídicos, los diversos tratadistas hacen referencia en sus conceptos a diferentes clases de acontecimientos, es decir se desprende que la causación de un hecho puede encontrarse en la naturaleza, en un animal o un ser humano; con o sin intervención de la voluntad en su realización y si interviene, que ello sea en distintos grados, bien creando las consecuencias jurídicas o simplemente aceptándolas, por encontrarse éstas previamente establecidas en determinado ordenamiento legal.

Pues bien, la ausencia absoluta de la intervención humana en un hecho jurídico, su presencia en mínima proporción o su intervención como factor determinante, pero sólo en la realización del mismo, el acatamiento de las consecuencias jurídicas establecidas con antelación en la Ley, o por último, cuando la propia voluntad se manifiesta para la realización del suceso y como elemento creador de dichas consecuencias, son preámbulo de las distintas especies y subespecies del género hecho jurídico las cuales serán analizadas a continuación de acuerdo con la concepción tradicional y la moderna.

II.- TEORIAS DE CLASIFICACION DE LOS HECHOS JURIDICOS.

1.- Teoría Clásica sobre la clasificación de los Hechos Jurídicos.

La doctrina francesa del siglo XIX, notoriamente influida por los acontecimientos jurídicos-legislativos acaecidos en Francia en los albores del mismo, consideró, en forma unánime, la existencia de dos especies correspondientes al género hecho jurídico que son:

A).- Hecho Jurídico en sentido amplio, y;

B).- Acto Jurídico.

De acuerdo con los conceptos vertidos respecto al hecho jurídico en su sentido amplio, las consecuencias del derecho pueden generarse por un acontecimiento puramente material, esto es, con total exclusión de cualquier actividad humana, o por el contrario, por un suceso para cuya realización se requiere la intervención del hombre pudiendo éste desempeñar varios papeles en su verificativo, por ejemplo bien al intervenir sólo pasivamente no siendo sujeto sino objeto del hecho, ser su presencia voluntaria factor fundamental para que tenga lugar el hecho más no la causa del nacimiento de las consecuencias jurídicas y por último, que el elemento humano culmine en la manifestación de la voluntad tanto realizadora del acontecimiento como creadora de las consecuencias jurídicas.

De conformidad con las consideraciones anteriores, por hecho jurídico en sentido amplio se entiende todo aquél acontecimiento natural o del hombre que produce consecuencias de derecho, no obstante que cuando provienen de un ser humano, no existe una intención creadora de los mencionados efectos. Ahora bien, los hechos jurídicos estrictamente hablando según su fuente, pueden ser de dos clases, hechos de la naturaleza y hechos voluntarios. En tal supuesto, denominamos hechos jurídicos materiales o de la naturaleza, a los sucesos realizados sin

intervención de la voluntad humana que es creadora, transmisora, modificadora o extintora de obligaciones y derechos, por ejemplo la tempestad, la salida o puesta del sol, un terremoto, el nacimiento de un animal o de un ser humano, la muerte natural de uno u otro, etcétera, los cuales, desde la óptica jurídica, producen consecuencias de derecho.

Los hechos jurídicos voluntarios se definen como los acontecimientos que producen consecuencias de derecho y en cuya realización interviene en mayor o menor grado la voluntad, pero esa voluntad no determina el sentido de las consecuencias jurídicas producidas, ya que estas se presentan sin que la voluntad mencionada determine sus alcances, límites ó manera de expresarse.

Estos, siguiendo la concepción tradicional francesa, admiten dividirse en lícitos e ilícitos los primeros son cuasicontratos y los segundos delitos y cuasidelitos.

Se denomina cuasicontrato, el hecho por una persona permitido por la ley que lo obliga hacia otra sin que entre ambas exista un convenio; por ejemplo, la aceptación que un heredero hace de una herencia es un cuasicontrato con relación a los legatarios. Se llama delito al hecho por el cual una persona, por dolo o por malicia, causa un daño o un perjuicio a otra. Los delitos y los cuasidelitos difieren de los cuasicontratos en que el hecho donde resulta el cuasicontrato es permitido por las leyes en tanto el que constituye el delito o el cuasidelito es un hecho condenado.

Una vez definido el concepto hecho jurídico en sentido estricto, como especie de su género hecho jurídico y respecto del cual, insistimos, puede haber total exclusión de una voluntad humana, o cuando más, si llega ésta a intervenir, sólo será en la relación del acontecimiento pero no en la creación de consecuencias jurídicas, corresponde ahora ocuparnos del acto jurídico también especie del género hecho jurídico.

"La doctrina francesa, en su generalidad y las que le siguen coinciden en aseverar que la diferencia entre acto jurídico y hecho jurídico strictu sensu estriba en la desigualdad de proyección que tiene la voluntad del realizador hacia el nacimiento de consecuencias".⁹

Siguiendo a Capitant, quien "considera que es una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, modificar, transmitir o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad"¹⁰ y de acuerdo con el maestro Rojina Villegas: El acto jurídico es una manifestación de

⁹ BORJA Soriano, Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, décima edición, México 1985, pág. 85.

¹⁰ Ibidem.

voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.¹¹

2.- Teoría Moderna de la clasificación de los Hechos Jurídicos.

La doctrina francesa en relación con la Teoría General del Hecho Jurídico, que según hemos visto, contempla una doble especie de ellos, a saber hecho jurídico en sentido estricto y acto jurídico, no es la única concebida al respecto pues han aparecido otras reflexiones; pero sin que aquélla haya perdido actualidad.

Estas concepciones modernas se dieron en Alemania durante la segunda mitad del siglo pasado y cristalizaron legislativamente en el Código Civil Alemán vigente a partir del 1o. de enero de 1900, en términos generales, tanto la doctrina francesa como la alemana se fundan en los mismos razonamientos, hecha salvedad que esta última aún profundiza más sus conceptos, acudiendo al mismo tiempo a fundamentos más lógicos.

Según ello procede considerar también un denominador común a los acontecimientos respecto a los cuales el derecho les reconoce producción de consecuencias en su ámbito, que es el hecho jurídico en sentido amplio. Así mismo son conocidas por esta corriente los conceptos de hecho y acto jurídico como especies de aquél, pero los significados de éstos tienen algunas diferencias que obligan a estudiarlos por separado.

La doctrina Alemana o Moderna se divide de la siguiente manera:

Hecho Jurídico en sentido estricto.- Considera genéricamente a los hechos jurídicos como los hechos naturales o humanos que producen consecuencias jurídicas. Los primeros son aquéllos que atienden a la acepción restringida del concepto, es decir, se encuentran bajo su comprensión todos los acontecimientos ajenos a la voluntad del hombre por no derivar de ella. Como se desprende del concepto anterior en el hecho jurídico simple la voluntad por la mera actividad humana se encuentra totalmente excluida y esta tiene lugar debido a un fenómeno de la naturaleza.

El hecho jurídico en sentido estricto y el acto jurídico son especies del acto jurídico *latu sensu*.

¹¹ ROJINA Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo II Derechos, primera edición, Antigua Librería Robredo, México 1963, pág. 380.

Contrariamente a la noción del acto jurídico producto de la corriente tradicional, concepto que como hemos analizado es toda manifestación de la voluntad que da lugar al nacimiento de consecuencias de derecho, sin distinguir los actos en sus diversas especies existentes según el papel que en ellos juega dicha voluntad; las doctrinas más recientes sí admiten esta distinción en sus subespecies de actos.

Así se entiende por acto jurídico *strictu sensu* en oposición a negocio jurídico toda manifestación de voluntad que tiende a la realización de un acontecimiento, al cual el ordenamiento legal ya le ha señalado las consecuencias de derecho que por su verificación se actualizarán. En otras palabras la conducta del sujeto se limita a someterse conscientemente a una serie de consecuencias jurídicas ya fijadas en las disposiciones y con la verificación del acto, nacen de inmediato, siendo irrelevante para la ley que la voluntad de quien lo otorga coincida con ellas, las haya querido parcialmente, o inclusive, se encuentre en total inconformidad con las mismas.

Estamos ante una categoría específica de actos jurídicos que difieren del acto jurídico estrictamente hablando debido a la función de la voluntad desempeñada en su realización y en la creación de los efectos del derecho deseados por el autor. Se trata del negocio jurídico, aportación trascendental al derecho privado.

Como puede observarse, la intervención de la voluntad en la celebración del acto jurídico se encuentra limitada sólo a su realización, sin estar facultado el autor a agregar ciertas cláusulas adicionales como modalidades, renunciaciones, repudiar o evitar los derechos y obligaciones, cargas a que respectivamente diera lugar su celebración.

Negocio Jurídico.- Es todo aquél acontecimiento en el que al exteriorizarse la intención de quien lo realiza, no sólo está queriendo el acontecimiento, sino también pretende el nacimiento de las consecuencias jurídicas. Es así como el negocio jurídico viene a ser el acontecimiento cuya esencia consiste en que el particular dicte y se dé normas.

El negocio jurídico difiere del acto jurídico estrictamente hablando debido a la función que la voluntad desempeña en su realización y en la creación de los efectos del derecho deseados por el autor.

Como podemos observar el campo del negocio jurídico está íntimamente ligado con la autonomía de la voluntad privada ya que ésta puede desplazarse en un campo estrecho o por el contrario extenso; si se trata de un campo extenso estaremos bajo un régimen individualista, entonces la autonomía de la voluntad tendrá su máxima expresión, pero si se trata de un régimen jurídico-político en el que el individuo ya no es

considerado en sí, sino como un miembro de un grupo social, la facultad de libertad del individuo estará supeditada al interés del grupo; entonces la autonomía de la voluntad se encontrará restringida. Entre la dos posiciones individualista y colectivista que sería el campo estrecho de la voluntad caben una serie de sistemas en los que el individuo y la colectividad se encuentran en equivalencia.

En este tipo de regímenes el Estado debe reconocerle un margen de libertad al individuo que le permita crear una serie de figuras motivadoras de relaciones jurídicas las cuales regularán su conducta hacia los demás y de éstos hacia él.

Tales relaciones provienen de la celebración de operaciones dotadas de una juridicidad que sus mismos otorgantes le atribuyen. El objeto de estas relaciones es cambiar, enajenar o adquirir bienes satisfactorios de sus necesidades, ofrecer o solicitar servicios de otros, agruparse para lograr mayores beneficios que los factibles de obtenerse honestamente por un sujeto carente de colaboración ajena, e inclusive disponer de reglas rectoras para la liquidación de su patrimonio después de la muerte.

"Es por esto que el reconocimiento de la autonomía privada es una exigencia que lleva consigo mismo la condición de persona humana".¹²

3.- Ubicación del Testamento, dentro de los diferentes tipos de Actos Jurídicos.

Después de haber analizado las teorías anteriores podemos concluir que el **TESTAMENTO ES UN NEGOCIO JURIDICO** ya que la relaciones que de él emanan están íntimamente ligadas a la autonomía de la voluntad del testador y crean una juridicidad propia; esto sería dentro de la teoría moderna o alemana.

Tomando en cuenta que nuestro Código Civil sigue la teoría clásica o francesa, podemos decir que el testamento es un acto jurídico unilateral, por la razones que daremos en el punto referente a la características del testamento.

¹² DE CASTRO y Bravo, El Negocio Jurídico, Madrid 1967, pág. 12

III.- DIVERSA DEFINICIONES DE TESTAMENTO.

Modestino, jurisconsulto romano perteneciente a la época del derecho clásico lo definía como: " una justa disposición, decisión de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho para después de su muerte".¹³

Ulpiano, jurisconsulto romano perteneciente a la misma época lo conceptuaba como: " una afirmación justa de nuestra mente hecha en forma solemne para que valga después de la muerte".¹⁴

Para Bonecasse:

"El testamento:

1.- Es un acto jurídico solemne cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor su voluntad para la época que seguirá a su fallecimiento tanto desde el punto de vista pecuniario como extrapecuniario.

2.- Es esencialmente revocable: En su testamento el testador a nada se obliga.

3.- No es necesario que englobe todos los bienes del difunto".

Para el maestro Valverde el testamento es: " un negocio unilateral, personal y autónomo en el que la voluntad expresada no produce efectos hasta después de la muerte del que lo hace".¹⁶

Finalmente el Código Civil en su artículo 1295 lo define en los siguientes términos: " Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y

¹³ Dig. Lib. XXVIII, Dip. 1, citado por Antonio de Ibarrola, ob. cit. pág. 346.

¹⁴ Regla XX, 1, *ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*. pág. 347.

declara o cumple deberes para después de su muerte".

Concepto de Testamento de la sustentante.

El testamento es un negocio jurídico unilateral y solemne; personalísimo, revocable, libre y autónomo por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

IV.- CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO.

1.- El testamento es un acto unilateral.

De la anterior definición se desprenden varios elementos; el primero de ellos es que el testamento es un acto jurídico unilateral. Elemento esencial para que los actos se lleven a cabo es la manifestación de voluntad. Este es un elemento específico pero no propio de los actos jurídicos pues existen infinidad de actos de voluntad que no son actos jurídicos; como ya vimos con anterioridad sólo los actos que produzcan consecuencias de derecho y que impliquen la intención de que originen esas consecuencias son actos jurídicos, es decir, el testamento cuenta con una manifestación de voluntad que es la del testador de producir consecuencias de derecho que la norma jurídica sanciona.

Además es un acto unilateral pues sólo existe la manifestación de una voluntad, no hay voluntades encontradas como existe en un contrato, no hay acuerdo de voluntades; el testador nombra a quien quiere y el heredero acepta o no, pero no interviene la voluntad del heredero para crear un acuerdo con el testador.

2.- El testamento como acto libre y autónomo.

Todos los actos jurídicos - negocios jurídicos - tienen su origen en la voluntad de los particulares o voluntad privada. En un principio, los particulares tienen libertad para efectuar negocios jurídicos y para regular como mejor les plazca, sus relaciones en el campo del derecho privado.

" En términos generales, esta libertad para obligarse por propia decisión, se conoce como autonomía de la voluntad".¹⁷

De acuerdo a los conceptos arriba mencionados el testamento es un acto libre, en tanto las personas quieran o no otorgarlo. Esta libertad para testar esta tutelada por el Código Civil en el artículo 1492 al establecer: " son nulas la renuncia del derecho de testar y la cláusula en la que alguno se obliga a no usar de ese derecho, sino bajo ciertas condiciones, sean estas de la clase que fueren." es decir, no puede el testador obligarse por contrato o por convenio a no testar o a testar bajo ciertas condiciones, en este sentido, compartimos la opinión del maestro Rojina Villegas que en su libro Compendio de Derecho Civil Tomo II establece: "Cualquier pacto que en este sentido restrinja la voluntad de testar, o que implique renuncia a ella, es inexistente por una imposibilidad jurídica, en virtud de que hay una norma de derecho positivo, que impide que el acto de renuncia o de restricción a la facultad de testar se lleve a cabo".¹⁸

No es nulo como lo establece el código, pues no se trata de un acto ilícito ejecutado contra una ley, sino de un acto inexistente, porque no llega a tener realización, porque la norma jurídica se lo impide.

Ahora bien el testamento también es un acto autónomo porque el testador tiene libertad para hacer sus disposiciones testamentarias como mejor le parezca, esto es lo que conocemos como "libre testamentificación"

Regulación legal de esta característica del testamento.

Sin embargo esta autonomía o libre testamentificación no es ilimitada, esta regulada por normas que la encauzan dentro del orden que debe existir en materia testamentaria, el profesor Arce Cervantes las clasifica de acuerdo a los siguientes aspectos:

A.- Las que velan por la libertad de los sucesores.

Estas normas tienden a proteger a los sucesores con el fin de que las disposiciones testamentarias no disminuyan su libertad. En razón de esta libertad la ley prohíbe ciertas disposiciones como son: las sustituciones de herederos o legatarios que van más allá de una generación; ciertas prohibiciones de enajenar bienes impuestas a los herederos o legatarios; las disposiciones fideicomisarias; las condiciones ilícitas, las instituciones de herederos sujetas a término, las disposiciones de tomar o dejar de

¹⁷ GALINDO Garfias Ignacio, Derecho Civil, novena edición, editorial Porrúa, México, 1989, pág. 243.

¹⁸ ROJINA Villegas Rafael, ob. cit. pág. 382.

tomar estado, etcétera, las cuales si se permitieran, podrían implicar hasta una modificación a instituciones jurídicas ya establecidas de las que goza el testador y de las que tienen también derecho a gozar sus sucesores.

B.- Las que se refieren a la forma testamentaria.

En relación con determinadas situaciones; una cosa es tener la facultad de hacer testamento y otra la de hacerlo por medio de cualquiera de las formas establecidas por la ley.

En algunos casos, que se verán al tratar cada uno de los tipos testamentarios, el código, basado en situaciones especiales establece determinadas solemnidades, o bien tomando en cuenta las circunstancias del que desea testar, establece que ciertas personas no podrán hacer testamento más que en alguna forma determinada o que no podrán hacerlo en otras, lo anterior tiene por objeto que, dadas esas situaciones y circunstancias especiales, la voluntad testamentaria quede fielmente expresada y autenticada.

C.- Las que protegen a ciertas personas para que reciban alimentos; estas normas se verán al hablar del testamento inoficioso.

D.- Las que prohíben ser herederos a determinadas personas por su relación especial con el testador o por motivos políticos:

a.- Por presunción de influjo contrario a la libertad del testador y a la verdad e integridad del testamento, son incapaces de adquirir por testamento:

1.- Los tutores y curadores del menor si son instituidos cuando ya han sido nombrados para ese cargo (art. 1321 del C.C.), pero en esta incapacidad no quedan comprendidos los ascendientes ni hermanos del menor (art. 1322 del C.C.).

2.- Los que fueren tutores y curadores del mayor de edad si son instituidos antes de aprobarse las cuentas de la tutela (art. 1321 del C.C.).

3.- El médico que haya asistido al testador en su última enfermedad, su cónyuge, sus ascendientes descendientes y hermanos, siempre que la

disposición testamentaria haya sido hecha en esa enfermedad. Esta incapacidad no rige si los herederos instituidos son también herederos legítimos (art. 1323 del C.C.).

4.- El notario, los testigos que intervinieron en el testamento (en su caso), y sus respectivos cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos (art. 1324 del C.C.).

5.- Los cónsules y vicecónsules que tienen la fe pública para hacer constar los actos jurídicos que deben ser ejecutados en territorio mexicano, no están expresamente impedidos para ser herederos, en los testamentos que autoricen, pero lo están indirectamente y lo mismo sus esposas, parientes consanguíneos en la colateral hasta el cuarto grado y afines hasta el segundo, porque no pueden autorizar un testamento en que estén interesados ellos o los parientes mencionados.

6.- Los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros de cultos respecto a las personas a quienes hayan prestado algún auxilio espiritual durante la enfermedad de que hubieren fallecido o de quienes hayan sido directores espirituales (art. 1325 del C.C.); siempre que el ministro pueda influir en la voluntad del testador.

b.- Por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento , son incapaces de heredar por tal testamento los que nombrados en él, tutores, curadores o albaceas que hayan rehusado al cargo sin justa causa , o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio (art. 1331 del C.C.).

El artículo 1696 del C.C. dispone, además que: "El albacea que renuncie sin justa causa , perderá lo que le hubiere dejado el testador y si fuere por causa justa, también perderá lo que le hubiere dejado si es que fue con el exclusivo objeto de remunerarlo por el desempeño de su cargo". Dicho artículo impone la misma pena para el albacea que no desempeñe su cargo mientras se decide sobre la excusa por él presentada.

c.- Por motivos políticos. Comprende dos clases de personas; los ministros de culto y los pobres en general y las disposiciones " pro-ánima", de estas últimas hablaremos más adelante.

A los ministros de los cultos se les priva de la capacidad de ser herederos por testamento de los ministros de los mismos cultos o de particulares con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado (art. 1325 del C.C.).

3.- El testamento, acto por naturaleza revocable.

Uno más de los elementos que caracterizan la figura de testamento, es la revocabilidad del acto, esto es, que el testador en cualquier momento puede modificar o cambiar totalmente su voluntad, dejando sin efecto las disposiciones o el testamento anteriormente otorgado; la revocabilidad del testamento proviene de la idea de que el testador a nada se obliga en su testamento, como expresará Bonecasse en su definición de testamento.

El pacto de no revocar el testamento.

Al igual que en el numeral anterior existe en el Código Civil artículo 1493, una norma de derecho que impide celebrar pacto o convenio por el cual el testador renuncie a la facultad que tiene de revocar su testamento, teniendo en consecuencia el mismo resultado, pues tal pacto es inexistente por una imposibilidad jurídica, no sólo cuando implica renuncia, sino restricción o modificación al testamento.

4.- El testamento es un acto personalísimo.

El testamento es de aquellos actos que no pueden ser ejecutados por ningún representante aún cuando antiguamente sí existía el testamento por comisario " el cual era otorgado por una persona a nombre de otra y en virtud del poder que se le confería por esta pudiéndole fijar de antemano sus facultades "¹⁹

El carácter de personalísimo estriba en que el testador es la persona que debe de manifestar su voluntad instituyendo herederos y legatarios asignando cantidades, distribuyendo bienes etcétera.

No nada más se estaría hablando de acto personalísimo sino también de un acto individual, teniendo como fin garantizar la espontaneidad de la

¹⁹ DE IBARROLA Antonio, ob. cit. pág. 347.

voluntad que ahí se manifiesta; la no concurrencia con otras voluntades que pudieran influirla; la espontaneidad está rigurosamente protegida por el Código Civil al establecer en el artículo 1296:

"No pueden testar en el mismo acto dos o más persona ya en provecho recíproco ya en favor de un tercero".

Regulación legal de esta característica del testamento.

El Código Civil en su artículo 1279 establece:

"No puede encomendarse a un tercero ni la designación de herederos y legatarios ni la asignación de bienes o cantidades. Únicamente puede encomendarse a un tercero la distribución de cantidades o bienes que hubiese dejado el testador para cierta clase de personas; como a los huérfanos, los ciegos, los pobres, fijando una cantidad global o un acervo de bienes".

Como se trata de un número ilimitado de personas, se encomienda al albacea como executor, o a un tercero como albacea especial, exclusivamente la distribución de ciertos bienes o cantidades que hubiese asignado el testador o bien cuando el testador deja sus bienes a determinadas instituciones generalmente de beneficencia, encomendando a un tercero la elección de éstas o respecto de ciertos actos de beneficencia que deban realizarse (art's. 1298 y 1299 del C.C.), en estos casos la actuación del tercero es secundaria, el testador en su testamento ya manifestó su voluntad al instituir como heredero o legatarios o al asignar determinado acervo, valor o cantidad a dichas personas o instituciones.

5.- El testamento acto solemne.

El testamento es considerado un acto solemne porque la voluntad del testador debe ser expresada de la manera precisa y específica que establece la ley para cada tipo de testamento.

Consecuencias de la ausencia de solemnidad.

"La técnica jurídica eleva la forma (la solemnidad) a la categoría de elemento esencial del acto y cuya falta se sanciona con la inexistencia"²⁰, es decir, se ha querido hacer se otorgue el acto rodeándolo de mayor importancia para hacer más difícil la supresión o suposición del mismo; y

²⁰ AGUILAR Carbajal Leopoldo, ob. cit. pág. 292.

tomando en cuenta lo establecido en el artículo 2228 del Código Civil "La falta de forma establecida por la ley, sino se trata de actos solemnes ... produce la nulidad relativa". Es preciso mencionar que en el artículo 1491 del mencionado código nos indica que "El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley".

Debemos entender entonces que según la doctrina un acto solemne otorgado sin cumplir con las solemnidades establecidas en el ley es inexistente; sin embargo el Código Civil no le da este tratamiento porque los artículos transcritos en el párrafo anterior nos llevan a considerar que la sanción en éstos casos será la nulidad, ¿pero que tipo de nulidad, absoluta o relativa? la respuesta a este cuestionamiento la tendremos al estudiar en el punto VII de este capítulo la nulidad de los testamentos.

6.- Hecho por persona capaz.

En nuestra legislación la capacidad para testar es un supuesto especial, ya que es una excepción a la capacidad general para contratar que tiene toda persona. Para testar la ley amplía la capacidad, reduciendo la edad mínima de 18 a 16 años.

A contrario sensu, de lo establecido en el artículo 450 de la legislación civil la incapacidad se crea en dos casos:

A.- Cuando se trata de enajenados.

La ley prevé en este caso que aquéllos que no gozan de cabal juicio habitual o accidentalmente, sólo podrán otorgar testamento en un intervalo de lucidez y siguiendo las solemnidades establecidas por el Código Civil.

B.- Cuando se trata de menores de 16 años.

En este caso, los menores no pueden otorgar testamento, caso en el cual su sucesión se tramitaría por la vía intestamentaria.

Pero ¿en qué momento debe juzgarse la capacidad?.

En el derecho romano el testamento suponía un querer subsistente hasta la muerte, por lo que si el testador caía en incapacidad su testamento

era nulo.

Actualmente y de acuerdo con el artículo 1312 del C.C. "Para juzgar de la capacidad del testador se atenderá especialmente al estado en que se halla al hacer el testamento". Consideramos que el adverbio correcto de tiempo para señalar el momento en que debe de tomarse la capacidad debió ser "únicamente" porque se trata de un negocio jurídico que en el momento de su otorgamiento ya es perfecto, por lo que cualquier otro momento no importa ya.

V.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL TESTAMENTO.

1.- La Voluntad.

Como acto unilateral la voluntad sustituye al consentimiento de los actos bilaterales, debiéndose expresar clara y cumplidamente (art.1489 del C.C.).Este artículo deroga principios de la teoría general de los actos jurídicos ya que no admite que la voluntad se exprese tácitamente, por señas o monoslabos, en tanto que en otros actos jurídicos como el contrato la voluntad de la partes sí puede ser expresada en esos términos.

Reglas de interpretación de la voluntad.

Existen dos tipos de interpretación de la voluntad: objetiva y subjetiva, es decir, el acto se interpreta en base a la voluntad declarada o en base a la voluntad interna. La legislación civil acepta la interpretación subjetiva, prefiere interpretar un testamento según la intención que se revela o se manifieste a través de todo el acto y no lleva a una cabo una interpretación simplemente objetiva sujetándose a los términos literales de un testamento.

2.- Del objeto de los testamentos.

El testamento tiene objeto variado, diverso, que puede consistir en la designación de herederos y legatarios y por consiguiente disposición de

bienes, la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de ciertos actos jurídicos, no es necesario que se reúnan estos distintos aspectos del objeto, basta que exista uno de ellos para que se cumpla con este elemento de existencia del testamento.

Cuando hablamos de transmisión de bienes como objeto del testamento, estos al igual que en cualquier acto jurídico deben ser posibles física y jurídicamente. Para que los bienes sean físicamente posibles, es necesario que existan o puedan existir en la naturaleza y para que sean jurídicamente posibles, deben de estar en el comercio además de ser determinados o determinables, (art. 1825 del C.C.).

"En los testamentos, la imposibilidad jurídica se presenta cuando los bienes objeto de la transmisión están fuera del comercio; cuando no son determinados o susceptibles de determinarse; y cuando los derechos y obligaciones se extinguen con la muerte".²¹

Tratándose de la ejecución de ciertos actos jurídicos, los mismos deben ser posibles y lícitos, (art. 1827 del C.C.). Es posible el hecho que puede existir pues es compatible con una ley de la naturaleza o con la norma jurídica que lo rige y es lícito el hecho que no es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Por último respecto a los heredero y legatarios ya hemos hablado de ellos durante el desarrollo de este trabajo.

El tercer elemento de existencia del testamento es la solemnidad misma que ya fue estudiada como una de sus características.

VI.- PERDIDA DE EFICACIA DE LOS TESTAMENTOS.

Los testamentos al igual que los demás actos jurídicos pueden ser completamente válidos y tener eficacia plena; sin embargo, dicho acto jurídico puede estar atacado de ineficacia en sus diferentes grados. La doctrina ha elaborado sobre este problema una teoría llamada clásica o tradicional, misma que ha sido objeto de rudos ataques, analizados por Bonecasse, quien se adhiere a la teoría clásica con ciertas reservas. La tesis sostenida por Bonecasse será la que analizaremos por ser la que adopta nuestro Código Civil.

²¹ ROJINA Villegas Rafael, ob. cit. pág. 386.

La tesis establece los siguientes grados de ineficacia:

A.- Actos Inexistentes.

No engendran en su calidad de acto jurídico ningún efecto; no es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción. Le falta uno o varios de los elementos de existencia.

B.- Actos Nulos.

Estos actos son una realidad mientras no sean destruidos por una decisión judicial, efectúa por imperfecto que sea, la vida de un acto regular; le falta estar exento de vicios a alguno de sus elementos, los requisitos de validez no se cumplieron o fueron realizados imperfectamente; se divide en:

a.- Nulidad Absoluta.

En la doctrina el acto queda privado de todo efecto; sin embargo el Código Civil no le da este tratamiento, pues no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos; asimismo puede invocarse por cualquier interesado, no es susceptible de desaparecer por prescripción ni por confirmación, (art. 2226 del C.C.); y

b.- Nulidad Relativa.

Es aquélla que no llena todos los requisitos de la nulidad absoluta, la legislación civil establece que el acto siempre producirá provisionalmente sus efectos.

Ambas nulidades una vez pronunciadas, el acto que era atacado es íntegro y retroactivamente destruido.

En el testamento además de estas causas de ineficacia existen 2 más que pueden privarlo de validez: la revocación y la caducidad que guardan una clara diferencia con la nulidad y la inexistencia pues en estas últimas el testamento carece de eficacia desde el día en que fue hecho y sea cual fuere la fecha de fallecimiento 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 esa causa proviene de la voluntad del testador,

habrá revocación; si es extraña a su voluntad habrá caducidad".²²

1.- Testamentos Nulos.

Antes de entrar al análisis de la nulidad de los testamentos es preciso distinguir en primer término la nulidad del testamento de la nulidad de la institución testamentaria.

"Entre ambas nulidades existe una relación del todo a la parte, porque la nulidad del testamento es la nulidad del todo que anula el contenido del testamento en su totalidad y la nulidad de la institución testamentaria sólo afecta a la institución misma".²³

A.- Nulidad por Ilícitud.

Conforme a lo establecido por el artículo 8º del Código Civil todos los actos ejecutados contra el tenor de la leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley disponga lo contrario.

De acuerdo a lo anterior se puede considerar, que cuando en el testamento el testador persiga un fin ilícito está afectado de nulidad absoluta no existiendo precepto expreso en materia de testamentos que determine la nulidad relativa del acto; por lo tanto no hay lugar a dudas que en este caso la nulidad será absoluta.

En cuanto a las otras causas de nulidad, incapacidad y existencia de vicios en la voluntad (error, dolo y mala fe siempre que sean motivo determinante de la voluntad); es necesario aclarar que existen 2 tesis respecto a que tipo de nulidad generan.

B.- Nulidad por Incapacidad.

a.- Tesis que sostiene la nulidad relativa.

Funda su tesis en que la acción es prescribible sosteniéndose en el precepto general del artículo 2236 del C.C. que fija un plazo de prescripción en los casos en que un acto jurídico sea ejecutado por incapaz, remitiéndose al artículo 638 de dicho ordenamiento que establece

²² DE IBARROLA Antonio, ob. cit. pág. 374.

²³ ARAUJO Valdivia Luis, ob. cit. pág. 565.

que la acción de nulidad debe intentarse en los mismos plazos en que deba entablarse la acción real o personal que origine el acto jurídico; encontrándonos con la dificultad que en el testamento se transmite un conjunto formado por derechos reales y personales teniendo en cada caso un término especial y no sabríamos cual aplicar, pero tenemos una solución en el artículo 3º del Código de Procedimientos Civiles para el D.F. que establece que la acción para exigir un herencia es una acción real que prescribe en el término de 10 años (art. 1652 del C.C.). Por lo tanto al ser la acción prescribible la nulidad se vuelve relativa.

b.- Tesis que sostiene la nulidad absoluta.

Basa su tesis en 2 causas, el testamento no es susceptible de ratificación y la acción es imprescriptible.

Para demostrar la nulidad absoluta tendremos que comprobar estas 2 causas así como que puede intentarse por todo interesado.

"En materia de testamentos el término de prescripción no puede empezar a correr sino hasta la muerte del testador".²⁴

Según la tesis que analizamos no hay término expreso de prescripción y el término general que establece nuestra legislación está limitado a las obligaciones para exigir su cumplimiento, es decir, exclusivamente a las acciones personales; por lo tanto, al no existir término la acción será imprescriptible.

Además en materia de testamentos no es posible la ratificación del acto porque implica la convalidación retroactiva del mismo.

"En tal virtud, no hay prescripción ni ratificación cuando esto sucede y además la acción puede intentarse por los presuntos herederos legítimos excluidos, por el ministerio publico...".²⁵

C.- Nulidad por Vicios de la Voluntad.

En materia de testamentos, la ley, al hablar de esta causa de nulidad, en el capítulo respectivo menciona sólo el dolo y la violencia excluyendo al error. Sin embargo fuera de este capítulo existe artículo expreso que habla de la causa errónea que sea la única determinante de la voluntad del testador la cual para poder originar la nulidad del testamento, debe estar expresada o contenida en el texto del mismo y ser como lo indica el artículo el único motivo que haya determinado la voluntad del testador.

²⁴ ROJINA Villegas Rafael, ob. cit. pág. 393.

²⁵ Ibidem. pág. 394.

Con relación al dolo me gustaría mencionar "que es nulo el testamento captado por dolo o fraude" (art. 1487 del C.C.) y como menciona el maestro Rojina Villegas "...en la palabra captado tenemos un elemento suficiente para considerar que la voluntad ha sido falseada o sea que ha sido víctima de un error y que este error es su causa determinante, pues de lo contrario no se le habría captado".²⁶

Respecto a la violencia el Código Civil sólo hace referencia a la violencia moral (art. 1485) al hablar de amenazas que se ejerzan sobre el testador, su cónyuge y parientes pudiendo ser sobre la personas mencionadas o sobre sus bienes, debiendo comprender también la violencia física pues esta puede presentarse.

Para el error el dolo y el fraude aplicamos, en materia de nulidades las mismas consideraciones que en incapacidad; existiendo también las dos tesis.

Sin embargo para el caso de la violencia la nulidad será absoluta, en virtud de que "el testador puede revocar el testamento en cualquier momento a partir del instante en que cese la violencia", (art. 1486 del C.C.).

D.- Nulidad por falta de solemnidad.

Como ya se vió anteriormente la falta de forma (solemnidad) produce la nulidad del mismo (art. 1491 del C.C.), ¿Pero que tipo de nulidad es? .

En atención a que el testamento una vez otorgado, no podrá revalidarse por el testador, pues solamente podría hacerlo en vida caso en el cual estaríamos frente a un nuevo otorgamiento y tomando en cuenta que este acto surte efectos hasta que muere el testador la revalidación resulta imposible; tampoco encontramos un plazo de prescripción y finalmente la acción no esta limitada a determinadas personas, llegando a la conclusión que el testamento es nulo con nulidad absoluta.

2.- La Revocación del Testamento.

La revocación es una característica del testamento que ya fue estudiada anteriormente, por lo que en este punto exclusivamente veremos los modos de revocar el testamento.

²⁶ ROJINA Villegas Rafael, ob. cit. pág. 395.

La revocación puede ser:

Total o parcial; expresa o tácita y real.

Será total cuando deje sin efecto en forma absoluta el testamento anterior y parcial cuando subsista alguna cláusula del testamento anterior.

Es expresa la revocación cuando así lo manifieste el testador al otorgar otro testamento y tácita cuando resulta de las circunstancias que hacen incompatibles las disposiciones, los artículos 1494 al 1496 del C.C. regulan la revocación tácita.

Habrá revocación real cuando el testador destruye su testamento o realiza algún acto tendiente a inutilizarlo, por ejemplo:

Cuando el testador retira del Archivo Judicial su testamento cerrado, (art. 1540 del C.C.) o voluntariamente rompe el pliego interior, abre la cubierta, raspa o enmienda las firmas dejándolo sin efecto, (art. 1548 del C.C.).

De igual manera quedará sin efectos el testamento ológrafo cuando es retirado del Archivo General de Notarías, (art. 1558 del C.C.) y en los casos establecidos por el artículo 1563 del mencionado ordenamiento.

Por lo que sólo el último testamento tiene validez pues todo segundo testamento implica la revocación del primero, porque la misión inexcusable de este acto jurídico es disponer de toda la herencia, sin olvidar que este segundo testamento debe ser perfecto.

3.- La Caducidad del Testamento.

La caducidad es la invalidación de un testamento por circunstancias ajenas a la voluntad del testador.

Solamente encontramos en el Código Civil tres casos de caducidad del testamento, establecidos en el artículo 1571, respecto del testamento privado cuando el testador no fallece de la enfermedad o peligro en que se hallaba o dentro del mes de desaparecida la causa que dio origen a su autorización. Este precepto se aplica en el mismo sentido para el testamento militar y por último el artículo 1591 que establece que el testamento marítimo no producirá efectos legales si el testador no fallece en el mar o dentro de un mes de su desembarque en algún lugar donde conforme a la ley mexicana o extranjera, haya podido otorgar de nuevo su

testamento.

El Código Civil regula en su capítulo respectivo la caducidad de los testamentos refiriéndose más concretamente en su artículo 1497 a la caducidad de las disposiciones testamentarias la que quedarán sin efecto en lo relativo a los herederos y legatarios siendo dichas causas las siguientes:

A).- Si el heredero o legatario muere antes que el testador, en virtud de que no adquiere derecho hereditario alguno.

B).- Si el heredero o legatario mueren antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado, entendiendo a la condición como suspensiva .

Ambos supuestos se encuentra regulados en la fracción primera del artículo mencionado.

C).- Si el heredero o legatario fuere incapaz de recibir la herencia o legado.

Hernández Gil considera más adecuado hablar de prohibiciones más que de incapacidades.²⁷

Dichas prohibiciones o incapacidades son las siguientes:

- a) Falta de personalidad.
- b) Delito.
- c) Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad e integridad del testamento.
- d) Falta de reciprocidad internacional.
- e) Utilidad pública.
- f) Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

Todas estas causas de incapacidad relativa para heredar se encuentran reguladas del artículo 1313 al 1343 del Código Civil.

²⁷ Citado por Arce Cervantes José, ob. cit. pág. 23.

D).- Si renuncia a su derecho.

El Código Civil maneja el término repudiación que según su definición jurídica es " el acto por el cual el heredero testamentario o intestado manifiesta que renuncia a su calidad de heredero y por consiguiente a los derechos bienes y obligaciones que se le transmiten".²⁸

Por lo que podemos considerar que la repudiación es un acto de renuncia y por consiguiente debe ser expresa, por escrito, ante juez o ante notario cuando el heredero no se encuentre en el lugar del juicio y no debe hacerse en fraude a los acreedores. La repudiación debe ser pura, libre, indivisible, irrevocable. La razón de estas condiciones es que el supuesto normal de la herencia es la aceptación, por ello es conveniente que la renuncia conste de manera auténtica ya que interesa a los acreedores, al orden público pues abre la herencia a otras personas.

VII.- LOS TESTAMENTOS INOFICIOSOS.

El Código Civil en su artículo 1368 establece los casos en que el testador tiene obligación de dejar alimentos, esta obligación se rige por lo siguiente:

A).- Que exista imposibilidad de los parientes más próximos (art. 1369 de C.C.).

B).- Que el acreedor alimenticio carezca de bienes; o teniéndolos su producto no iguale a la pensión que debía corresponderle, en cuyo caso la obligación se reducirá a lo que falte para completarla (art. 1370 del C.C.).

C).- Que el acreedor alimenticio se encuentre al morir el testador, en alguno de los casos previstos en el artículo 1368.

D).- Los alimentos comprenderán comida, vestido, habitación y la asistencia en caso de enfermedad; en el caso de los menores educación

²⁸ AGUILAR Carbajal Leopoldo, ob. cit. pág. 399.

primaria y la proporción de algún oficio, arte o profesión de acuerdo a las circunstancias de cada acreedor (art. 308 del C.C.).

E).- La pensión alimenticia debe quedar garantizada (art. 317 del C.C.).

F).- La pensión alimenticia no puede exceder de los productos de la porción que en caso de sucesión intestamentaria correspondería al acreedor alimenticio, ni bajar de la mitad de dichos productos (art. 1372 del C.C.).

G).- La pensión alimenticia es carga de la masa hereditaria, a menos que el testador grave a algún heredero.

El testamento en que no se deje la debida pensión alimenticia es INOFICIOSO (art. 1374 del C.C.), dando lugar a que el acreedor alimenticio tenga derecho a la pensión que le corresponda subsistiendo el testamento en lo que no perjudique dicho derecho.

VIII.- CLASIFICACION DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

1).- Por su Forma.

Los testamentos pueden contener dos tipos de disposiciones las primeras llamadas típicas que son las que solamente pueden constar en un testamento como son:

El nombramiento de heredero, legatario o albacea de tutor o curador testamentario; de revocación o renuncia de un testamento o disposiciones sobre su funeral y las segundas llamadas atípicas ya que podrían constar o expresarse mediante otra forma jurídica y que son formalmente testamentarias porque constan en un testamento; es decir, las disposiciones típicas son materialmente testamentarias y las disposiciones atípicas son formalmente testamentarias.

2).- Por su Materia.

Las disposiciones testamentarias también pueden tener un contenido patrimonial o no patrimonial, las primeras como su nombre lo indica contienen una transmisión de bienes por ejemplo:

"Constituyo como legatario del departamento núm. 123 de la calle Margaritas ...".

Las segundas en cambio tienen un contenido moral, por ejemplo:

"Reconozco como mi hijo al señor José Montes Rodríguez...".

3).- Por el Causahabiente.

Esta clasificación se hace tomando en consideración al sujeto beneficiado y la forma de transmisión, en ese orden de ideas tendremos disposiciones a título universal en cuyo caso el beneficiario será heredero y disposiciones a título particular en donde el beneficiario será el legatario.

4).- Por su Revocabilidad.

En esta clasificación tomamos en cuenta que dentro del mismo testamento existen disposiciones que por su importancia una vez declaradas en un testamento no se pueden revocar aún cuando se revoque el mismo, por ejemplo:

El reconocimiento de una deuda, de un delito. La importancia de reconocer ciertas circunstancias que tal vez eran desconocidas para el resto de las personas y su valor en la vida de la sociedad es lo que le dan el carácter de irrevocable.

5).- Disposiciones testamentarias "Per Relationem".

Son disposiciones que no constan completas en el testamento donde

el testador expresó su voluntad, sino que para complementarlas, el testador hace referencia o relación a algo distinto a ese testamento; sin embargo dado el carácter solemne que el testamento lleva consigo, su contenido no puede surgir válidamente fuera de las solemnidades establecidas en nuestro Código.

Las disposiciones "per relationem" no tiene validez en nuestra legislación, sin embargo, cuando el testador por medio de un testamento hace revivir un testamento ya revocado estamos en presencia de una disposición "per relationem" con la diferencia de que al hacerlo en un testamento reúne las solemnidades necesarias para su existencia.

CAPITULO TERCERO.

ANALISIS DE LOS DIFERENTES TIPOS DE TESTAMENTOS.

I.- DIVERSAS CLASIFICACIONES DE LOS TESTAMENTOS.

Los testamentos en cuanto a su forma, en el Código Civil vigente se clasifican en dos: Ordinarios y Especiales. Esta clasificación se hace en base a la solemnidad de los mismos.

Los testamentos ordinarios son otorgados por persona capaz y en situaciones normales, sin embargo, existen circunstancias especiales que la Ley prevé en ciertas situaciones en las que no pueden reunirse absolutamente todos los requisitos y con el fin de que aún en estas circunstancias no se prive a una persona de la posibilidad de hacer disposición testamentaria, tolera la falta de algunos elementos cuando en los casos expresamente previstos no pueden satisfacerse así los testamentos especiales son aquéllos en que se han tomado en cuenta determinadas circunstancias y en atención a las mismas se permite recurrir a esa forma privilegiada. La diferencia fundamental entre estas dos clases de testamento es la temporalidad a que están sujetos la mayoría los testamentos especiales como se verá en su desarrollo.

El Código Civil vigente en su artículo 1500 establece que los testamentos ordinarios son:

- "...I.- Público abierto;
- II.- Público cerrado;
- III.- Público simplificado y ;
- IV.- Ológrafo."

Los testamentos especiales son de acuerdo al artículo 1501 de Código Civil vigente:

- "...I.- Privado;
- II.- Militar;
- III.- Marítimo y;
- IV.- Hecho en país extranjero."

El Código Civil de 1884 no hacía la misma clasificación que el Código vigente, (testamentos ordinarios y especiales), sino que los separaba en testamentos solemnes y privados.

"Los testamentos solemnes eran aquéllos en los que se exigían determinadas formalidades con la intervención de notario y testamento privado era aquél que podía ejecutarse tomando en cuenta las circunstancias especiales del testador o el lugar en que se hacía el testamento para evitar la intervención notarial".²⁹

Los testamentos también pueden clasificarse en abiertos o cerrados tomando en cuenta que la declaración que haga el testador sea o no conocida por los que interviene en su formación.

En este sentido los testamentos abiertos son aquéllos en los que el testador declara su voluntad ante el notario y testigos o solamente ante éstos; pudiendo ser redactado por el notario, por los testigos o por el mismo testador, según el tipo de testamento y las solemnidades del mismo, lo harán unos u otros.

Lo esencial para poder clasificarlo como testamento abierto es que la declaración de voluntad del testador sea en presencia de las personas mencionadas en el párrafo anterior cuya asistencia tiene como objeto conocer y testificar sobre ser esa la declaración del testador.

Los testamentos cerrados, en cambio, se caracterizan por ser el contenido de los mismos desconocido por las personas que concurren a autorizarlo bien sea notario o testigos, pues ha sido redactado previamente por el testador o por otra persona a su ruego y súplica y se entrega en sobre cerrado.

²⁹ ROJINA Villegas Rafael, ob. cit. pág. 401.

1.- Testamentos Ordinarios.

A).- Testamento Público Abierto.

Concepto.

De acuerdo con la definición del artículo 1511 del C.C. , el Testamento Público Abierto es el que se otorga ante notario y cumpliendo las disposiciones establecidas en los artículos 1512 al 1520.

El testamento es público porque la declaración de voluntad se hace en un instrumento público y ante uno de los fedatarios públicos autorizado por nuestro sistema legal para dar forma a las declaraciones del testador.

Es abierto porque las declaraciones del testador son conocidas por el notario y en su caso por los testigos.

Es además un testamento nuncupativo, en cuanto que la declaración se hace verbalmente y tiene plena autenticidad pues no requiere declaración del juez para su validez.

Solemnidades.

Anteriormente este testamento se otorgaba ante notario y 3 testigos idóneos (instrumentales), pero gracias a la reforma al Código Civil del 6 de enero de 1994 fueron eliminados, ahora solamente se prevén 2 testigos a los que se sigue considerando instrumentales los que comparecerán al acto de otorgamiento solamente cuando lo requiera el notario o el testador y en los casos que más adelante mencionaré.

La Comisión revisora de la reforma respecto a la supresión de los testigos expresó:

"...dicha exigencia legal se estima innecesaria, toda vez que el notario ante quien se otorga el testamento, se encuentra investido de fe pública y por el simple hecho de haber participado en ese acto jurídico se encuentra impedido por ley para heredar los bienes del otorgante por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento..."³⁰

El artículo 1513 del C.C., establece que en los supuestos señalados en los artículos 1514, 1516 y 1517 del citado ordenamiento que hacen referencia a los casos en que el testador no sabe firmar o no puede hacerlo, cuando éste sea sordo o ciego y cuando el notario o el testador lo soliciten, 2 testigos deberán concurrir al acto de otorgamiento del

³⁰ LV LEGISLATURA, Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, correspondiente al tercer período del tercer año de ejercicio, México, D.F. viernes 17 de diciembre de 1993, pág. 2964.

testamento.

Los testigos a que hacemos referencia podrán intervenir además como testigos de conocimiento y uno de los 2 como testigo de asistencia; anteriormente los testigos instrumentales no podían fungir como testigos de conocimiento, el artículo 1515 del C.C. pedía la asistencia de otro testigo y solamente en caso de extrema urgencia se le permitía actuar como tal. Actualmente este artículo ha sido derogado con la reforma mencionada.

Así, para el otorgamiento del Testamento Público Abierto el testador manifestará clara y terminantemente su voluntad al notario, el cual redactará por escrito las cláusulas del testamento. Al respecto "La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación" ha interpretado el precepto en el sentido de que "no es necesario que el notario lo escriba de su puño y letra, sino que puede dictarlo a sus amanuenses".³¹

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

Además de los requisitos señalados en los párrafos anteriores, el notario debe certificar la identidad y capacidad del testador y demás comparecientes si fuera el caso y que se encuentran en el pleno, cabal, libre y expedito uso de sus facultades mentales. La obligación del notario para cerciorarse de la capacidad de los comparecientes se limita a no haber observado en ellos signos de incapacidad así como no tener noticia de que se encuentran sujetos a un juicio de interdicción.

De igual manera certificará que las solemnidades expresadas anteriormente se practicaron en UN SOLO ACTO que comenzará con la lectura del testamento y terminará con la firma del mismo por todos los comparecientes. Antes de la reforma de la que hemos venido hablando las solemnidades se practicaban "ACTO CONTINUO", es decir, el otorgamiento del testamento iniciaba con la redacción del mismo, o sea, con la manifestación de la voluntad del testador ante el notario; actualmente como ya explicamos no ocurre así, ahora la persona que va otorgar testamento concurre ante el notario, manifiesta el sentido en que quiere otorgar testamento, el notario lo redacta con posterioridad y después es citado para que manifieste su voluntad en el sentido de si el notario redactó las cláusulas apegándose a la voluntad del otorgante de

³¹ AGUILAR Carbajal Leopoldo, ob. cit. pág. 350.

esta manera las solemnidades comenzarán a cubrirse con la lectura del testamento.

A continuación hablaremos de una serie de solemnidades que establece nuestro Código cuando el testador se encuentra en circunstancias especiales.

Cuando el testador no sabe o no puede firmar como ya se mencionó concurrirán al otorgamiento 2 testigos y uno de ellos firmará a ruego y súplica del testador quien imprimirá la huella digital de su pulgar derecho.

Cuando el testamento es otorgado por un sordo concurren de igual manera los 2 testigos, en éste caso manifestará su voluntad al notario, el cual redactará por escrito el testamento, lo leerá el testador y si no sabe leer, designará persona de su confianza que lea el testamento para determinar si el notario interpretó fielmente su voluntad, (art. 1516 de C.C.).

Cuando el testador sea ciego o no pueda o no sepa leer, como ya se había mencionado concurrirán al acto de otorgamiento y firma del testamento 2 testigos y se procederá de la siguiente manera: se dará lectura al testamento dos veces; una por el notario y otra por uno de los testigos u otra persona que el testador designe, (art.1517 del C.C.).

Si el Testamento Público Abierto es otorgado por quien no hable el idioma español, será necesaria la presencia de un intérprete, según lo establecido en el artículo 1503 del ordenamiento a que hemos venido haciendo mención. De ser posible el testador escribirá su testamento que será traducido al español por el intérprete; la traducción se transcribirá como testamento en el protocolo y el original firmado por el testador, el intérprete y el notario se agregará al apéndice del libro; 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 procediéndose a continuación como indicamos anteriormente; si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento al intérprete quien lo traducirá y se procederá de igual forma que en los casos anteriores. En estos casos el intérprete podrá fungir como testigo de conocimiento.

Lo anterior está regulado por el artículo 1518 del mencionado ordenamiento cuyo contenido al igual que el del artículo 1503 fue reformado, pues anteriormente era necesaria la presencia de 2 intérpretes y la de los 3 testigos de idoneidad; en la actualidad solamente es necesaria la presencia de un intérprete.

Los testigos a que hemos hecho referencia deberán cubrir, a "contrario sensu", todos los requisitos establecidos en el artículo 1502.

Crítica a la reforma del 6 de enero de 1994.

Considero muy atinada la reforma al Testamento Público Abierto en virtud de que el notario es un profesional, perito en derecho, con fe pública y calidad moral reconocida; no siendo necesaria que dicha fe sea reforzada con la intervención de 3 testigos, además siendo un acto personal la presencia de los tres testigos puede afectar la libertad del testador y provocar recelo en él, pues los 3 testigos no tienen obligación de guardar secreto de lo que escucharon en el testamento, sin dejar a un lado lo complicado que en estos tiempos modernos y en una ciudad como la nuestra implica hacer concurrir en un mismo día y hora e identificar a 4 personas cuando solamente es necesaria la presencia de una.

La regulación que anteriormente tenía este testamento entorpecía y hacía difícil su otorgamiento, pero con la regulación que actualmente tiene, puede hacerse de este testamento un auténtico "testamento popular", pues su otorgamiento es fácil, ha alcanzado una gran seguridad jurídica, tiene un bajo costo y el procedimiento sucesorio es sencillo.

Por lo tanto estimo que el Testamento Público Abierto es el testamento por excelencia pues ha desplazado en la práctica cotidiana a las otras formas de testar ya sean ordinarias o especiales.

B).- Testamento Público Cerrado.

Concepto.

El Testamento Público Cerrado al que el maestro De Ibarrola también llama nístico o secreto, es un documento privado, escrito de puño y letra del testador o por otra persona a su ruego y en papel común (art. 1521 del C.C.), cuyo contenido es desconocido por el notario y los testigos que concurren a su otorgamiento.

Solemnidades.

Entre las solemnidades que debe cubrir este testamento se encuentran las siguientes:

1.- El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento, en caso de no poder firmar o no saber hacerlo, podrá rubricar y firmar otra persona a su ruego (art. 1520 del C.C.), quien deberá concurrir al acto de otorgamiento donde el testador declarará que dicha persona rubricó y firmó en su nombre y firmará la cubierta con los

testigos y el notario (art. 1523 del C.C.).

2.- El papel en que esté escrito el testamento, o el que le sirve de cubierta deberá estar cerrado y sellado, o lo hará cerrar y sellar el testador en el acto de otorgamiento (art. 1524 del C.C.).

3.- Se exhibirá el testamento ante notario y 3 testigos (art. 1524 del C.C.).

4.- El testador declarará al hacer la presentación que en aquel pliego se contiene su última voluntad.

En la anterior declaración consiste el otorgamiento del Testamento Público Cerrado.

5.- De dicho otorgamiento dará fe el notario y expresará las formalidades requeridas en los puntos anteriores, asentado constancia de todo lo manifestado ante él en la cubierta del testamento.

6.- La cubierta deberá ser firmada por el testador, los testigos y autorizada por el notario quien además pondrá su sello.

7.- Una vez cerrado y autorizado el testamento, se hará entrega del mismo al testador y el notario pondrá razón en el protocolo asentado: lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue autorizado y entregado (art. 1535 del C.C.).

El notario que no asiente razón en su protocolo incurrirá en la pena de suspensión de oficio por seis meses, pero no se anulará el testamento (art. 1536 del C.C.).

8.- El testador podrá conservar el testamento en su poder, darlo en guarda a persona de su confianza o depositarlo en el Archivo Judicial (art. 1537 del C.C.); en el último caso el testador se presentará ante el encargado del archivo quien asentará en el libro que con éste objeto se lleva, razón del depósito o entrega, que será firmada por el funcionario y el testador a quien se dará copia autorizada del depósito (art. 1538 del C.C.).

El depósito puede hacerse por apoderado con poder otorgado en escritura pública, el cual quedará unido al testamento. Para el retiro de un Testamento Público Cerrado deben seguirse las mismas solemnidades que para su depósito.

No podrán otorgar este tipo de testamento los que no saben o no puedan leer (art. 1530 del C.C.).

El sordomudo podrá otorgar este tipo de testamento con tal de que esté escrito, fechado y firmado de su propia mano y que al presentarlo al notario ante 5 testigos escriba en presencia de todos sobre la cubierta que en aquel pliego se contiene su última voluntad y va escrita y firmada por él. El notario dará fe y asentará en el acta que se levante con motivo del testamento así como en la cubierta del mismo que el testador lo escribió así, observándose además todas las disposiciones que antes mencionamos.

El que sólo sea sordo o sólo mudo podrá otorgar Testamento Público Cerrado siempre que este escrito de su puño y letra, o si ha sido escrito por otro, lo anote así el testador y firme la nota de su puño y letra, siguiendo todas las solemnidades antes mencionadas (art. 1533 del C.C.).

En cualquiera de los casos anteriores cuando al hacer la presentación del testamento el testador no pudiese firmar, lo hará otra persona en su nombre y su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos. Sólo en caso de suma urgencia, podrá firmar uno de los testigos por el testador.

El notario deberá hacer constar esta circunstancia expresamente, de no hacerlo incurrirá en la pena de suspensión de oficio por tres años (art's. 1528 y 1529 del C.C.).

Se seguirán las mismas reglas en caso de que alguno de los testigos no supiere firmar, de modo que siempre se estampen 3 firmas o 4 (en el caso del sordomudo).

La apertura y protocolización del Testamento Público Cerrado se hará en los siguientes términos:

1.- Una vez que el juez reciba un testamento cerrado hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento (art. 1542 del C.C.).

2.- El notario y los testigos instrumentales reconocerán por separado sus firmas, la de la persona que hubiere firmado por el testador

en su caso, así, como el pliego que las contenga y declararán si en su concepto está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de su entrega por el testador. El representante del Ministerio Público asistirá a la diligencia (art. 877 del C.P.C. y art. 1543 del C.C.).

El Código Civil para el D.F. establece una serie de reglas para el caso de que el notario y/o los testigos no pudieren comparecer ante el juez.

3.- Acto seguido el juez decretará la publicación y protocolización del testamento (art. 1547 del C.C.), prefiriéndose para su protocolización la notaría del lugar en que halla sido abierto y si hubiere varias, la que designe el promovente (art. 879 del C.P.C.).

4.- Cumplido lo anterior el juez, en presencia del notario, testigos, representante del Ministerio Público y secretario de acuerdos, abrirá el testamento, lo leerá para sí y después le dará lectura en voz alta, omitiendo lo que deba permanecer en secreto. Hecho lo anterior firmarán al margen del testamento los que hayan intervenido en la diligencia y se pondrá el sello del juzgado, asentándose acta de todo lo ocurrido.

Si se presentaren 2 o más testamentos cerrados de una misma persona, sean de la misma fecha o de diversas, el juez procederá respecto de cada uno de ellos de la misma forma y los hará protocolizar en un mismo oficio para los efectos a que haya lugar respecto a su revocación. El Testamento Público Cerrado quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego interior o abierto, el que forma la cubierta, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no sea vicioso (art. 1548 del C.C.).

Juicio de la sustentante de este tipo de testamentos.

El Testamento Público Cerrado sólo es recomendable en aquellos casos en que es indispensable que el contenido del mismo no sea conocido por razones realmente válidas que tenga el otorgante, ya que en realidad presenta serios inconvenientes como son: que el testador omita algún requisito indispensable para su validez; redacte defectuosamente el testamento (a menos que sea perito en derecho o lo haga redactar por uno); puede extraviarse o destruirse con facilidad, en cuyo caso queda sin efecto y finalmente su trámite es engorroso y costoso, por lo que la figura en comento ha caído en completo desuso.

De acuerdo al orden establecido en nuestro Código Civil el

siguiente testamento a analizar sería el Testamento Público Simplificado, pero por ser el tema de esta Tesis lo haremos más ampliamente en el Capítulo Cuarto. A continuación hablaremos del Testamento Ológrafo.

C).- Testamento Ológrafo.

Concepto.

La palabra ológrafo es de origen griego y significa "escribir por entero" y es de ahí de donde parte su definición. Se llama Testamento Ológrafo al escrito de puño y letra del testador (art. 1550 del C. C.).

Es un testamento cerrado porque la voluntad del testador permanece en secreto.

Solemnidades.

El Testamento Ológrafo cumple con las siguientes solemnidades:

1.- Como ya dijimos debe estar escrito de puño y letra del testador y firmado por el mismo (art. 1551 del C. C.).

2.- Debe hacerse por duplicado (art. 1553 del C. C.).

3.- Solamente puede ser otorgado por mayores de edad (art. 1551 del C. C.).

4.- Deberá contener la fecha de otorgamiento, con expresión de día, mes y año (art. 1551 del C. C.).

5.- Imprimirá en cada ejemplar su huella digital (art. 1553 del C. C.).

6.- Para que surta efectos deberá ser depositado en el Archivo General de Notarías dentro de un sobre cerrado y lacrado.

El extranjero podrá otorgar esta clase de testamento en su propio idioma.

En caso de que se tachen, entrerrenglonen o enmienden palabras, las mismas deberán ser salvadas por el testador bajo su firma; la omisión de esta formalidad, solo afecta la validez de dichas palabras, pero no el testamento.

El depósito de este testamento en el Archivo General de Notarías debe cumplir con los siguientes requisitos:

1.- Debe hacerse personalmente por el testador, no así su retiro, que podrá hacerlo el testador o un mandatario con poder especial de lo

cual se tomará nota en el mencionado archivo. De no poder acudir el testador al archivo, el encargado se trasladará al lugar donde se encuentra el testador.

2.- Se presentará con dos testigos que lo identifiquen en caso de no ser conocido por el encargado.

3.- En el sobre que contenga el original del testamento, el testador pondrá de su puño y letra una nota con la siguiente leyenda: "dentro de este sobre se contiene mi testamento" (art. 1554 del C.C.).

4.- Se expresará lugar y fecha en que se hace el depósito.

5.- La mencionada nota será firmada por el testador y el encargado del Archivo General de Notarías y por los testigos en el caso de que éstos intervengan.

6.- En el sobre que contenga el duplicado se pondrá la siguiente 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".

7.- Se pondrá lugar y fecha en que se extiende la constancia anterior.

8.- La constancia irá firmada por el encargado del archivo y se pondrá al calce la firma del testador y en su caso de los testigos.

9.- Hecho lo anterior, el encargado del Archivo General de Notarías tomará razón en el Libro que para este efecto se lleve.

Los anteriores requisitos constan en los artículos 1554, 1555 y 1557 del C.C.

Para que el Testamento Ológrafo sea declarado formal, el juez ante quien se promueva un juicio sucesorio pedirá informes al Archivo General de Notarías acerca de si se ha depositado este tipo de testamento. De ser así, dirigirá oficio al encargado del mencionado archivo a fin de que sea remitido el testamento (art. 1559 del C.C. y 881 del C.P.C.).

Recibido el testamento el juez examinará la cubierta que lo contiene para cerciorarse de que no ha sido violada; hará que los testigos de identificación que residieren en el lugar reconozcan sus firmas y la del testador; en caso de que los testigos que hubieren intervenido ya no existieran, o por no estimarse bastante sus declaraciones, el tribunal nombrará un perito para que confronte la firma con las indubitadas que existan del testador y teniendo en cuenta su dictamen se hará la declaración que corresponda. Una vez hecho lo anterior el juez en

presencia de los interesados, los testigos y el Ministerio Público, abrirá el sobre que contiene el testamento, de llenar todos los requisitos anteriormente mencionados y de quedar comprobado que es el mismo se declarará formal (art. 1561 del C.C. y 883 del C.P.C.).

Solo cuando el original presentado haya sido destruido o robado se tendrá como formal testamento, el duplicado, procediéndose para su apertura en la misma forma.

El Testamento Ológrafo quedará sin efecto cuando el original o el duplicado, en su caso, estuvieren rotos, o el sobre que los cubre resultare abierto o las firmas que lo autorizan aparecieren borradas, raspadas, o con enmendaduras, aún cuando el contenido del testamento no sea vicioso.

Existe además la obligación de quien guarda en su poder un duplicado del testamento o que tenga conocimiento de que el autor de la sucesión ha otorgado un testamento ológrafo, lo comunicará al Juez competente (art. 1560 del C. C.).

La información de que existe depositado un testamento ológrafo en el Archivo General de Notarías sólo podrá darse al testador, a los jueces competentes, que oficialmente lo pidan y a los notarios cuando ante ellos se tramite una sucesión.

2.- Testamentos Especiales.

A).- Testamento Privado.

Concepto.

Este testamento tiene de peculiar que en su otorgamiento no interviene ningún funcionario público sino sólo testigos.

Es aquél en el que el testador declara su última voluntad en presencia de 5 testigos idóneos y uno de ellos deberá redactarlo si el testador no pudiere escribir. Si ninguno de los testigos pudiere escribir y en caso de extrema urgencia, no será necesario redactarlo por escrito; bastando 3 testigos idóneos.

Casos en que está permitido.

El Testamento Privado puede otorgarse solamente en los casos a que se refiere el artículo 1565 del C.C. y que son los siguientes:

"...1.- Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta

y grave que no da tiempo para que concurra notario a hacer el testamento;

II.- Cuando no haya notario en la población, o juez que actúe por receptoría;

III.- Cuando aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento y;

IV.- Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra. Es necesario además para que se pueda otorgar este testamento que el testador no pueda otorgar testamento ológrafo según lo establecido en el artículo 1566 del C.C., (en este caso al hablar de testamento ológrafo, se entiende el testamento hecho de puño y letra del testador ya que sería imposible de acuerdo a las circunstancias especiales en que se encuentra el testador pedir todos los requisitos que establece el Código Civil para el testamento ológrafo).

Solemnidades.

La forma en que puede otorgarse el Testamento Privado, es escrita u oral de acuerdo a lo establecido en el artículo 1567 y 1568 del C.C.

Además deberá cumplirse con las solemnidades que establecen los artículos del 1512 al 1519 del C.C. referentes al Testamento Público Abierto.

La validez de dicho testamento dependerá de las siguientes circunstancias: " art. 1571. El testamento privado sólo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallare, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó".

Para que surta efectos el Testamento Privado, es necesario que se declare válido por la autoridad judicial (art. 1572 del C.C.). Al efecto, los interesados deberán solicitar al Juez señalar audiencia con citación del agente del Ministerio Público y recibirá la información de los testigos, respecto al lugar, día, hora, mes y año de otorgamiento; si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador; el tenor de la disposición, si el testador estaba en su cabal juicio y libre de coacción; el motivo por el que tuvo que otorgarse testamento privado y si saben si el testador falleció del peligro o de la enfermedad que lo obligo a testar (art. 1573 del C.C.).

Si los testigos fueron idóneos y contestan a cada una y todas las circunstancias que antes se expresaron, el juez declarará que sus dichos son el testamento formal de la persona que lo otorgó (art. 1574 y 1576 del C.C.).

Los testigos que declaren nunca podrán ser menor a 3 (art. 1576 del C.C.) y en caso de que alguno de los testigos no se encuentre en el lugar del juicio podrá ser examinado por exhorto (art. 1578 del C.C.).

La ley no señala la obligación de protocolizar las diligencias por lo que estimo que no será forzoso sino optativo, pudiendo iniciar el juicio sucesorio agregando los autos y las diligencias donde conste la declaración de que es formal testamento.

El procedimiento para declarar formal el Testamento Privado se encuentra reglamentado en los artículos 884 a 887 del C.P.C., los que someramente indican que el pedimento para declarar formal testamento podrá hacerlo el que tuviera interés en el testamento y el que hubiera recibido en el algún encargo del testador, asimismo, el pedimento deberá hacerse en el tribunal del lugar en que se haya otorgado, señalándose día y hora para el examen de los testigos y citándose al Ministerio Público quien tendrá obligación de asistir a la declaración de los testigos y repreguntarlos para asegurarse de la veracidad.

De la resolución que niegue la declaración solicitada puede apelar el promovente o cualquiera de las personas interesadas en la disposición testamentaria y de la que acuerde la declaración puede apelar el representante del Ministerio Público.

Juicio crítico.

En relación a las anteriores disposiciones sólo comentaré que, en la práctica, por los efectos inherentes al testimonio de los testigos es utópico que los testigos concuerden en todos los detalles; pues hay que recordar que este testamento se otorga en circunstancias especiales como pudiera ser un accidente que pusiera en peligro de muerte o a altas horas de la noche, en estas situaciones los testigos no tienen siempre la memoria e inteligencia para coincidir en los detalles; en estos casos es de gran importancia determinar si están conformes en la parte sustancial aún cuando en detalles pudieran existir discrepancias, pues de ser estrictos, no podría utilizarse esta forma excepcional de testar.

B).- Testamento Militar.

Concepto.

Las disposiciones que regulan al Testamento Militar o Castrense son de aplicación federal porque se refieren a los militares o asimilados al ejército y esta materia es de orden federal; regulándola el Código Civil para el D.F. pues su aplicación también es de orden federal.

El Testamento Militar es el otorgado por el militar en estado de guerra y encontrándose en campaña; es decir, se necesita se haga en el momento de entrar en acción de guerra o estando herido sobre el campo de batalla; también pueden otorgarlo los asimilados al ejército como los rehenes, los corresponsales de prensa, fotógrafos de los noticieros etcétera.

Solemnidades.

Puede hacerse declarando ante 2 testigos o entregando a los mismos el pliego cerrado que contenga la última disposición firmada (no escrita) de su puño y letra. El testamento otorgado por escrito deberá ser entregado luego que muera el testador por aquél en cuyo poder hubiere quedado al jefe de la corporación quien lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional y ésta a la autoridad judicial competente.

En caso de que únicamente exista declaración verbal, los 2 testigos informarán al jefe de la corporación para que éste dé parte a la Secretaría de la Defensa Nacional y a su vez ésta lo denuncie al juez competente.

El juez citará a los testigos y precederá de igual manera que para un Testamento Privado otorgado verbalmente.

Este testamento sólo surtirá efectos si el testador fallece en acción de guerra, de la herida que recibió o dentro de un mes de desaparecida la causa que motivo su otorgamiento (art. 1582 y 1571 del C.C.).

Es debido aclarar que fuera de la acción de guerra y del campo de batalla no tenemos porque aplicar al militar ni asimilados la ventajitas que otorga este testamento

C).- Testamento Marítimo.

Concepto.

El Testamento Marítimo es el otorgado por el testador sea marino o pasajero abordo de un navío que pertenezca a la Marina Nacional de Guerra o Mercante, cuando se encuentre en altamar y exista un peligro de muerte ya sea por enfermedad o por hundimiento.

En este caso también las disposiciones son de orden federal, porque la Marina pertenece a la Federación.

Solemnidades.

Este testamento debe ser otorgado por escrito y por duplicado, en presencia de dos testigos y del capitán del navío, si es éste el que otorga el

testamento desempeñará sus veces el que le siga en el cargo observándose respecto a la fecha, firma y lectura las reglas para el Testamento Público Abierto (art's. 1512 al 1519 del C.C.), pero siempre deberá estar firmado por el capitán o por quien haga sus veces y 2 testigos. Este testamento sólo admite la forma abierta (art. 1584 del C.C.).

El Testamento Marítimo deberá conservarse entre los papeles más importantes de la embarcación y tomarse nota de su otorgamiento en el Diario de Navegación (art. 1586 del C.C.), a fin de darle fecha cierta.

Cuando la embarcación llegue a puerto mexicano se entregarán los 2 ejemplares a la autoridad marítima del puerto fechados y sellados con una copia del asiento del Diario de navegación, si la embarcación arriba a puerto extranjero en donde existiere agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicanos, el capitán depositará uno de los ejemplares fechado y sellado con una copia del asiento del Diario de Navegación (art. 1587 del C.C.); si posteriormente llegare a un puerto nacional, entregará el otro ejemplar a la autoridad marítima de la misma forma.

En todos los casos de entrega el capitán deberá exigir recibo y lo citará en el Diario de Navegación (art. 1589 del C.C.).

Los diplomático o las autoridades mexicanas que reciban el ejemplar del testamento, levantarán acta de entrega y remitirán el o los ejemplares según el caso a la brevedad a la Secretaría de Relaciones Exteriores, la que mandará a publicar en la prensa la noticia de la muerte del testador para que los interesados promuevan la apertura del testamento (art. 1590 del C.C.).

Este testamento sólo surtirá efectos si el testador falleciera en el mar o dentro de un mes contado desde el desembarque en algún lugar que conforme a la Ley mexicana o la extranjera no haya podido otorgar otro testamento (art. 1591 del C.C.), vale la pena aclarar que el mencionado artículo indica que el testamento puede ratificarse pero como ya vimos esto no es posible ya que el testamento no es un acto ratificable.

Fallecido el testador se denunciará la sucesión testamentaria como si se tratara de un testamento público abierto.

En relación a la apertura mencionada en el artículo 1590 del C.C., no se trata propiamente de una apertura pues el testamento marítimo sólo acepta la forma abierta por lo que debió decirse "...que los interesados promuevan el juicio sucesorio...".

D).- Testamento Hecho en País Extranjero.

Concepto.

Al igual que en los 2 testamentos anteriores las disposiciones que rigen a este testamento son de orden federal.

El Testamento hecho en País Extranjero es como su nombre lo indica el otorgado en el extranjero por nacionales o extranjeros, pero su ejecución siempre será en el Distrito Federal (art. 1593 del C.C.).

Solemnidades.

"El testamento hecho en país extranjero puede sujetarse a las leyes del país en que se otorgue y tiene plena validez en el Distrito Federal, en virtud del principio de que el lugar rige el acto (locus reg actu) reconocido por el artículo 15 del C.C. conforme al cual los actos jurídicos en cuanto a su formalidad (solemnidad en el caso de los testamentos) se sujetarán a la Ley del lugar en donde se otorguen."¹²

Este mismo artículo admite la posibilidad de que el testador se sujete a las solemnidades que establece el Código Civil, siempre y cuando el testamento tenga ejecución en el Distrito Federal.

La única solemnidad adicional que establece el Código Civil para el D.F. es que en caso de ser otorgado en legación o consulado las hojas del testamento deberán llevar el sello respectivo (art. 1598 del C.C.).

II.- TRAMITACION SUCESORIA.

1.- Tramitación Judicial.

Como su nombre lo indica es aquella que se tramita ante un Juez de lo familiar que según las reglas de competencia establecidas en los artículos 156 fracc. V, 143 y 144 del C.P.C. y 58 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Distrito Federal puede ser:

1.- El Juez en cuya jurisdicción haya tenido su último domicilio el De Cujus.

2.- A falta de domicilio será el de la ubicación de los bienes raíces

¹² ROJINA Villegas Rafael, ob. cit. pág. 408.

que forman la herencia, y ;

3.- A falta de bienes raíces, el del lugar del fallecimiento del autor de la herencia.

La tramitación judicial consta de cuatro secciones.

Sección Primera o llamada de sucesión.

Ante Juez competente, los interesados procederán a hacer la denuncia del juicio testamentario para lo cual en su escrito inicial, deberán adjuntar el Testamento Público Abierto del De Cujus (art. 790 del C.P.C.), la partida de defunción del autor de la herencia y no siendo posible esto, otro documento o prueba bastante (art. 774 del C.P.C.).

Una vez que los interesados acreditaron su interés jurídico con los documentos base de su acción, el Juez dictará un auto de radicación, donde tendrá por presentados a los denunciados del juicio testamentario, ordenará se forme expediente y se inscriba en el libro de gobierno dicho juicio, así como el que se le dé vista al Ministerio Público y en el mismo auto convocará a los interesados a una junta para que si hubiere albacea nombrado en el testamento se le de a conocer su cargo y si no lo hubiese se proceda a elegirlo (art. 790 del C.P.C.).

Asimismo en el auto de radicación, el Juez ordenará se giren oficios al Archivo General de Notarías y al Archivo Judicial del Distrito Federal, a efecto de que le informen si el autor de la sucesión otorgó alguna disposición testamentaria posterior a la exhibida por los denunciados.

El artículo 791 del C.P.C., nos dice que la junta de herederos se verificará dentro de los 8 días siguientes a la citación de los herederos si la mayoría de estos residen en el lugar del juicio. El Juez señalará el plazo que crea prudente atendiendo a las distancias, pero previamente a la celebración de esta junta ya se deben tener los informes de los archivos antes mencionados al igual que desahogada la vista que se ordenó dar al Ministerio Público para los fines de su representación social.

Finalmente, reunidos los herederos para que tenga lugar la celebración de la junta, estos deberán identificarse con documentos públicos y una vez identificados el Juez declarará abierta la audiencia en unión del secretario de acuerdos, quien autorizará y dará fe del acto, procederá a dar lectura al Testamento Público Abierto otorgado por el de cujus y una vez leído, los herederos y legatarios manifestarán estar de acuerdo con los términos del mismo y respetar la proporciones en él establecidas. Si en el testamento se nombró albacea y éste se encuentra presente, deberá aceptar y protestar su cargo y se le discernirá el mismo,

y si no está , se le hará saber su nombramiento para que posteriormente acuda al Juzgado para que acepte proteste y se le discierna.

Habiéndose realizado lo anterior, el Juez dará por terminada la junta de herederos firmando el acta todos los que en ella intervinieron en unión con el juez y el secretario de acuerdos.

Ahora bien, si el testamento no fue impugnado, no se objetó la capacidad de los interesados y el Ministerio Público manifestó su conformidad, el Juez reconocerá como albacea y herederos a los que en dicho testamento estén nombrados así como las porciones que en el mismo se establezcan a los segundos (art. 797 de C.P.C.), todo esto lo hará constar en el sentencia que deberá dictar dando así por terminada la sección primera del juicio sucesorio, quedando pendiente el determinar el contenido de la herencia y valor de la misma a través del inventario y avalúos, hacer la partición y la liquidación, bajo la vigilancia del albacea por lo general y por último la adjudicación de los bienes materia del juicio que serán objeto de las siguientes secciones.

Sección Segunda denominada de Inventarios.

Consiste en determinar cuales son los bienes que forman la herencia, por lo que se debe realizar un inventario de todos los bienes, derechos y deudas propiedad del de cujus, siendo ésta una de las principales obligaciones del albacea (art. 1706 del C.C.) que debe cumplir con esto dentro de los 10 días siguientes a la aceptación de su cargo (art. 816 del C.P.C.), igualmente debe conservar y cuidar los bienes que integran la herencia garantizando su manejo con fianza, prenda o hipoteca dentro de los 3 meses siguientes a la aceptación de su cargo (art. 1708 del C.C.).

El albacea debe presentar al juez el inventario y avalúos para que éste mande dar vista a los herederos y manifiesten su conformidad o inconformidad con ellos y de manifestar la primera el juez procederá a aprobar el inventario y los avalúos (art's. 824 y 825 del C.P.C.).

El inventario es de suma importancia para mantener la unidad de la herencia a que hemos hecho referencia ya que mientras no se haya realizado el mismo, el albacea no debe permitir la extracción de cosa alguna a no ser que sea de propiedad ajena a los bienes que conforman la herencia (art's. 1706, 1713 y 1714 de C.C.).

Una vez concluido y aprobado judicialmente el inventario, el albacea procederá a liquidar la herencia (art. 1753 del C.C.).

En primer término pagará las deudas mortuoria, como gastos de

funeral y aquéllos que se hayan causado en la última enfermedad del de cujus si no han sido ya cubiertas pues pueden pagarse antes de la formación del inventario (art's. 1754 y 1755 del C.C.).

En segundo lugar, se pagarán los gastos de rigurosa conservación y administración de la herencia, así como los créditos alimenticios, que pueden también ser cubiertos antes de la formación del inventario (art.1757 del C.C.), posteriormente se pagarán las deudas hereditarias que fueren exigibles (art.1759 de C.C.) y finalmente dice la ley, **NO PODRAN PAGARSE LOS LEGADOS SIN HABER CUBIERTO O ASIGNADO BIENES BASTANTES PARA PAGAR LAS DEUDAS** (art. 1763 de C.C.).

Si los acreedores se presentaren después de pagados los legados solamente tendrán acción contra éstos cuando en la herencia no hubiese bienes bastantes para cubrir sus créditos (art.1764 del C.C.).

Como podemos apreciar los acreedores tienen la garantía de que sus créditos serán pagados antes que los legados, ya que el derecho de los acreedores es preferente al de los legatarios por existir una obligación previa contraída por el de cujus.

Sección Tercera llamada de Administración.

Consta de todo lo relacionado a la administración y cuentas que debe rendir el albacea en virtud de que tiene a su cargo la administración y gestión de intereses ajenos, su glosa y clasificación.

Las diferentes cuentas que el albacea debe rendir son:

la anual, la que debe presentar cuando por cualquier causa deje el cargo y la general que se presenta al concluir su cargo de manera formal (art. 1722 y sig. del C.C.).

Cuarta Sección denominada de Partición.

Consta del proyecto de distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios al igual que el proyecto de partición de bienes, mismos que debe hacer el albacea y presentarlos al juez el cual mandará se dé vista a los herederos para que éstos manifiesten su conformidad o inconformidad y así posteriormente solicitar la intervención del notario público para la elaboración de la escritura de adjudicación de bienes a título de herencia.

Finalmente se confunden el patrimonio del heredero con el del de cujus.

2.- Tramitación Extrajudicial.

Todo juicio sucesorio como ya se vió, se integra de cuatro secciones, las cuales por regla general se tramitan ante un Juez de lo Familiar, pero esto no siempre es así ya que de acuerdo con el artículo 782 del C.P.C., si los herederos son mayores de edad después del reconocimiento de sus derechos, podrán encomendar a un notario la formación del inventario, avalúos, liquidación y partición de la herencia, procediendo en todo de común acuerdo, que constará en uno o varios actos. En el mismo sentido el artículo 872 del mismo ordenamiento nos dice que cuando todos los herederos fueren mayores de edad, hubiesen sido instituidos en un testamento público, la testamentaría podrá ser extrajudicial con intervención de un notario, si no existe controversia alguna. Por todo lo anterior podemos decir que la tramitación extrajudicial es aquélla que se promueve ante un notario público, que es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignent los actos y hechos jurídicos (art. 10 de la L.N.).

Podrá procederse a la tramitación extrajudicial si se cumple con los siguientes requisitos:

- 1.- Que existan herederos nombrados, ya sea en un testamento por el autor de la sucesión o por el Juez competente en un intestado (art. 876 del C.P.C.).
- 2.- Que los herederos sean mayores de edad.
- 3.- Que no exista controversia.

Reuniéndose los requisitos anteriores, los herederos procederán a llevar el testamento público al notario, junto con el acta de defunción del de cujus (art. 873 del C.P.C.).

Posteriormente el notario solicitará al Archivo General de Notarías y al Archivo Judicial, le informen si el de cujus otorgó algún testamento diverso al que sirve de base para dicho trámite (art. 80 L.N.).

Una vez contestados los oficios en sentido negativo, el notario redactará una escritura en la cual hará constar la validez del testamento público (abierto o cerrado), que los herederos y legatarios aceptan o repudian la herencia o el legado instituido a su favor por el de cujus, que

el albacea acepta su cargo y procederá a realizar el inventario de los bienes (art. 873 de C.P.C.).

El notario dará a conocer estas declaraciones por medio de dos publicaciones que se harán de 10 en 10 días en un periódico de los de mayor circulación (art. 873 in fine del C.C.).

Como se puede apreciar queda agotada la primera sección del juicio sucesorio que la ley prevé, quedando pendiente las otra tres, que también podrán tramitarse ante notario como veremos a continuación:

Artículo 874 del C.P.C. "Practicado el inventario por el albacea y estando conformes con el todos los herederos, lo presentarán al notario para que lo protocolice".

Esto constituye la sección segunda o de inventarios.

El albacea procederá con la aprobación de los herederos a la formación del proyecto de partición el cual deberá ser protocolizado (art. 875 del C.P.C.), iniciando con esto lo que sería la cuarta sección o de partición.

Una vez protocolizado el inventario, los avalúos y el proyecto de partición de la herencia, se procederá finalmente a la adjudicación de los bienes hereditarios, que se otorgará con las formalidades que la ley exige para su venta, es decir, si el valor de los bienes según avalúo bancario es mayor de \$30,000.00 M.N. (treinta mil pesos 00/100M.N.) actualmente \$30.00. M.N. (treinta pesos M.N.) deberá hacerse constar en escritura pública (art. 78 de la L.N.). En dicha escritura se hará constar que el albacea a desempeñado fielmente su cargo y que los herederos están conformes con el desempeño del mismo liberándolo de responsabilidad, dando cumplimiento con la tercera sección.

Como se vió en el desarrollo de este punto en la tramitación ante notario se cubren las cuatro secciones de un juicio sucesorio de manera más sencilla y expedita sobre todo si el testamento que se presentó al notario fue un testamento Público Abierto.

Por último me gustaría señalar la importancia del albacea en un proceso sucesorio pues brinda seguridad a todas las personas involucradas en este proceso tanto a los herederos y legatarios al tener a su cargo la administración y guarda de los bienes, como a los acreedores, ya que éstos podrán reclamar sus derechos, con la certeza de que serán liquidados ya que el albacea deberá respetar el orden establecido por la ley para efectuar la liquidación de la herencia.

Por todo esto, como veremos más adelante el Testamento Público

Simplificado, no tiene contemplada la intervención del albacea, ni respeta el orden de liquidación de la herencia y con lo rápida y ágil que es su tramitación resulta ser una figura que en lugar de beneficiar provoca
INSEGURIDAD JURIDICA.

CAPITULO CUARTO.

ESTUDIO CRITICO DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS AL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO EN RELACION A LOS DEMAS TESTAMENTOS.

Como hemos visto en el desarrollo de este trabajo, la facultad de hacer testamento no implica la de hacer entrar en él toda disposición imaginable ni el derecho de hacerlo por cualquier forma; ya que el derecho, dada la trascendencia del acto, vincula la eficacia del testamento a causas determinadas y formas establecidas por el mismo de un modo rígido.

La libertad para testar está regulada por normas que la encauzan dentro del orden que debe existir en materia testamentaria.

Siguiendo dicho orden, encontramos que el Testamento Público Simplificado en el artículo 1500 del Código Civil vigente se encuentra clasificado al igual que los Testamentos Público Abierto, Público Cerrado y Ológrafo como Testamento Ordinario, que como ya vimos es aquél que puede realizar toda persona capaz y en circunstancias normales,

II.- RAZONES DE LA ADICION QUE DA ORIGEN A LA FIGURA DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

El Testamento Público Simplificado surgió según lo dijo el Ejecutivo Federal en la iniciativa de reformas al Código Civil que presentó al Congreso de la Unión, porque siendo una de las prioridades de su gobierno la Regulación de la Tenencia de la Tierra y la consecuente

seguridad y claridad jurídica en la posesión del suelo, se crearon programas de regulación de la tenencia de la tierra, pero desgraciadamente los beneficiarios de esos programas por una insuficiencia o carencia total de asesoramiento jurídico, no formalizan ninguna disposición testamentaria, de tal manera que cuando ocurre ese fatal acontecimiento sus familiares o beneficiarios, lo que en realidad heredan es una serie de problemas que a partir de ese suceso se van transmitiendo de generación en generación hasta convertirse de nueva cuenta en una situación de irregularidad.

Esta situación se ha convertido en una de las nuevas causas de irregularidad en la tenencia de la tierra de tal suerte que si no se prevé que los propietarios de los predios regularizados tengan un medio ágil y seguro para que voluntaria y libremente puedan otorgar testamento y disponer sobre la propiedad de dichos predios; los programas de regularización corren el riesgo de que su eficacia se anule.

La Cámara de Diputados consideró lo siguiente:

"En términos generales, el proyecto constituye un importante esfuerzo para adecuar las disposiciones normativas vigentes a la realidad social que impera en nuestra ciudad capital. En este contexto, pretende responder, mediante un novedoso esquema legal, a una serie de requerimientos que se hacen manifiestos en grandes sectores de la población del Distrito Federal y que fundamentalmente inciden en el rubro de la seguridad y certeza jurídica de la propiedad inmobiliaria...".

"Una de las propuestas que mayor utilidad e importancia habrán de tener en el vida de la ciudadanía consiste en la nueva figura legal que el proyecto denomina "testamento público simplificado" la cual constituirá un medio ágil y seguro para formalizar la disposición de un bien inmueble para después de la muerte..."³³

Como se desprende de los comentarios anteriores la razón principal que dió origen al Testamento Público Simplificado es la intención de crear seguridad y certeza jurídica en la propiedad inmobiliaria al procurar que el trámite de la regularización de un inmueble no quede interrumpido por la muerte del titular del derecho de propiedad; ya que la ignorancia y la falta de recursos económicos daba como resultado que todo el esfuerzo realizado para regularizarlo quedara sin efecto convirtiéndose nuevamente en un inmueble irregular. Con esta nueva figura se pretende que el propietario no muera intestado por lo menos respecto del inmueble ya regularizado.

³³ CONSIDERACIONES, ob. cit. pág. 2964.

Sin embargo, esta figura no solamente fue creada para disponer de un predio regularizado sino también para beneficio de aquellas personas cuyo valor del inmueble que este destinado o vaya a destinarse a casa habitación no exceda de 25 veces el salario mínimo general vigente del Distrito Federal elevado al año, caso en el cual sus propietarios también podrán otorgar Testamento Público Simplificado.

La reforma aquí comentada tiene un alto sentido social motivo por el cual debe halagarse a nuestros legisladores.

Como acertadamente expuso nuestra Cámara de Senadores, el Testamento Público Simplificado contempla en su creación dos situaciones, que son las siguientes:

La primera: "Establecer una figura jurídica que facilite el otorgamiento de últimas voluntades de los autores de la sucesión con relación a las viviendas que adquieran (punto arriba comentado) y;

2.- Establecer un procedimiento sucesorio expedito para la titulación de dichos inmuebles y en favor de los legatarios que instituye el propietario..."³⁴

Con lo anterior, queremos establecer que no es suficiente que el propietario de dichos inmuebles otorgue testamento, sino que también es necesario que los beneficiarios del testamento cuenten con un procedimiento sucesorio ágil y económico porque de no ser así el trámite sucesorio quedaría incompleto, ya que no bastaría con que el propietario designara un legatario pues el mismo se enfrentaría con un proceso sucesorio costoso y lento.

Sin embargo, el proceso sucesorio establecido en la reforma al Código de Procedimientos Civiles para el D.F. como ya se había comentado y como analizaremos más adelante no otorga seguridad jurídica completa.

III.- TEXTO DE LA REFORMA QUE CREA EL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

La reforma al Código Civil del Distrito Federal de fecha 6 de enero

³⁴ CONSIDERACIONES, ob. cit. pág. 2975.

de 1994, adicionó el artículo 1549 bis que es del tenor literal siguiente:

"Artículo 1549 Bis. Testamento Público Simplificado es aquél que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente:

I. Que el precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda del equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de la adquisición. En los casos de regularización de inmuebles que lleven a cabo las dependencias y entidades a que se refiere el párrafo anterior, no importará su monto;

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

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

Código;

IV. Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la porción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión;

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

VI. Fallecido el autor de la sucesión, la titulación notarial de la adquisición por los legatarios, se hará en los términos del artículo 876-Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal".

Una vez que fue creado este tipo de testamento se da como consecuencia inmediata y complemento del mismo un procedimiento para la titulación del inmueble que adquieran los legatarios instituidos, lo que adicionó al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal el artículo 876-bis que es del tenor literal siguiente:

"Art. 876-Bis. Para la titulación notarial de la adquisición de los legatarios instituidos en testamento público simplificado, se observara lo siguiente:

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

II. El notario dará a conocer, por medio de una publicación en uno de los periódicos de los de mayor circulación en la República, que ante él se está

tramitando la titulación notarial de la adquisición derivada del testamento público simplificado, los nombres del testador y de los legatarios y en su caso, su parentesco;

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

IV. De ser procedente, el notario redactará el instrumento en el que se relacionarán los documentos exhibidos, las constancias a que se refiere la fracción anterior, los demás documentos del caso y la conformidad expresa de los legatarios en aceptar el legado, documento que se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad. En su caso, se podrá hacer constar la repudiación expresa, y;

V. En el instrumento a que se refiere la fracción anterior, los legatarios podrán otorgar, a su vez, un testamento público simplificado en los términos del artículo 1549-Bis del Código Civil.

IV.- CONCEPTO, CARACTERISTICAS Y SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

Como se puede apreciar en el texto del artículo 1549-bis, al testamento público simplificado lo podemos conceptualizar como aquél que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda o es materia de regularización cuyo valor de avalúo no exceda de 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, salvo los casos de regularización de inmuebles que lleven a cabo la autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal en la que no importará su monto.

Tiene la siguientes características:

1.- Es un testamento Ordinario, Público y Abierto.

Su clasificación como testamento ordinario ya fue estudiada en el punto primero de este capítulo, por lo que ahora analizaremos las razones de porque es público y abierto; es público porque su otorgamiento es ante notario figura en la que esta depositada la fe pública; es abierto porque la voluntad del testador es conocida por el notario.

2.- Sólo puede otorgarse en tres supuestos:

A).- En el momento de adquirir un inmueble destinado a casa habitación, cuyo valor no exceda de 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año;

B).- En el momento de adquirir un inmueble objeto de un programa de regularización, en este caso el valor del inmueble no importa y podrá realizarse en la misma escritura de regularización, y;

C).- En momento posterior a la adquisición de los mencionados inmuebles.

3.- En este tipo de testamento sólo se puede instituir legatarios, no contempla el nombramiento de albacea ni de herederos.

4.- Contempla una nueva figura jurídica denominada representante especial.

5.- En caso de que el testador se encuentre casado bajo el régimen de sociedad conyugal podrán testar en el mismo acto él y su cónyuge.

6.- En caso de que existan copropietarios del inmueble podrán testar en el mismo acto.

7.- Sólo prevé el caso de acreedores alimentistas.

8.- No respeta el orden de prelación que establece la ley para efectuar la liquidación de la herencia, constituyéndose un excepción a favor del legatario en perjuicio de los demás acreedores quirografarios.

9.- Consta de un ágil y expedito proceso de titulación que denominaremos "Tramitación Simplificada".

Con estas características y el régimen de excepción que estableció el legislador, se trató de "facilitar" las adquisiciones por causa de muerte de los inmuebles objeto de programas de regularización o que su valor no exceda de la cantidad señalada en el artículo 1549-bis del C.C. y se intentó dar un medio expedito y eficaz de escritura dichas adquisiciones para evitar el gran número de intestados, por lo que es necesario emprender un análisis de esta figura y su procedimiento para poder finalmente, aceptar o rechazar esta nueva adición que reformó el Código Civil.

Respecto a las solemnidades que deben seguirse para el otorgamiento de este tipo de testamento la reforma es omisa por lo que considero que al ser el testamento público simplificado un testamento público y abierto el notario deberá seguir las solemnidades previstas para el otorgamiento del testamento público abierto, siendo éstas las siguientes:

1.- El testador expresará de modo claro y terminante su voluntad al notario (art. 1512 del C.C.).

2.- El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose fielmente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme y si lo está firmará la escritura.

3.- Sólo serán necesarios los testigos, en los mismos casos en los que se prevé para el testamento público abierto, es decir, si el testador no sabe o no puede firmar, sea ciego o sordo o cuando a discreción del testador o notario sean necesarios (art. 1514, 1517 y siguientes del C.C.).

4.- Las solemnidades se practicarán acto continuo y el notario dará fe de haberse llenado todas (art. 1519 del C.C.).

5.- La capacidad para otorgar testamento público simplificado es la contemplada en las reglas generales de los testamentos.

6.- Es revocable en los mismos términos que los demás testamentos.

V.- ANALISIS Y CRITICA DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

Un problema que hoy en día está latente, es el hecho de que muchas persona mueren intestadas ocasionándose un gran número de problemas como lo es la tenencia irregular de la tierra, el que no se pueda vender o comerciar con lo bienes propiedad de aquellas personas que fallecieron sin otorgar testamento, la incertidumbre en que viven los causahabientes del de cujus que no tienen definidos sus derechos y obligaciones en virtud de encontrarse inmersos en una sucesión intestamentaria y en fin, una serie de problemas tanto sociales como económicos y familiares.

Por todo esto considero que es de aplaudirse el hecho de que se

quiera solucionar de alguna forma este grave problema que nos aqueja con LA CREACION DE UNA NUEVA FIGURA COMO LO ES EL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO, pero la forma en que se regula ésta lo que en realidad viene a crear, son nuevos problemas como se podrá apreciar en los siguientes rubros.

1.- Régimen de Excepción.

La primera consideración que se debe de hacer en relación con este testamento, a diferencia de los otros testamentos ordinarios y de los especiales, es que el Testamento Público Simplificado está sujeto a un régimen de excepción por lo que sus reglas son de interpretación estricta en los términos del artículo 11 del C.C., al señalar que: "Las leyes que establecen excepción a la regla general no son aplicables a caso alguno que no esté especificado en las mismas leyes". El régimen de excepción que rige al Testamento Público Simplificado se justifica según la iniciativa de la reforma que estamos analizando porque:

"En resumen lo que propone esta iniciativa no sólo es una nueva figura de testamento, el público simplificado, sino todo un nuevo sistema que si bien se ajustará, en lo aplicable a las reglas generales de los testamentos y de los legados, se regirá también por reglas específicas que garantizan no sólo la eficacia jurídica de los programas de vivienda de interés social y de los de regularización de 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. Válidamente podríamos afirmar que estaría creando un verdadero "Testamento Popular" por eso, es muy importante subrayar QUE LAS REGLAS DE EXCEPCION QUE FORMARIAN PARTE DEL NUEVO TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO CONTRIBUIRAN A DARLE EFICACIA Y APLICABILIDAD".³⁵

No sabemos como se va a lograr esta eficacia y aplicabilidad de que nos habla la iniciativa antes citada, si este régimen de excepción a las reglas generales tiene como consecuencia que en este tipo de testamento no sea posible instituir herederos, albaceas, tutores, curadores, reconocimiento de hijos ni disposición alguna que no se relacione con el inmueble a que se refiere el multicitado artículo 1549-bis del C.C.

Coincidimos con Rafael De Pina, quien nos dice que:

³⁵ INICIATIVA DE LEY. ob. cit. pág. VII.

"Siendo que en el testamento el testador puede nombrar tutor testamentario, reconocer hijos, confesar deudas, aconsejar y orientar a sus familiares respecto a lo que sea conveniente para ellos, encomendar ciertos negocios pendientes, disponer sobre la educación de sus hijos o de su entierro... etcétera, concebir el testamento COMO UN SIMPLE ACTO DE TRANSMISION DE BIENES, supone a reducir caprichosamente el objeto de esta trascendentalísima institución".³⁶

A).- El problema de la unidad de la herencia y vocación universal del testamento.

Un aspecto muy importante de esta nueva figura es que si bien el motivo por el que fue creada es muy loable ya que está enfocada a los beneficiarios de los programas de la tenencia de la tierra o viviendas populares, a personas que en su mayoría se cree que a lo largo de su vida tendrán como único bien que integra su patrimonio aquél objeto de dicho programa; esta reforma **LIMITA AL TESTAMENTO A ESTE SUPUESTAMENTE UNICO BIEN INMUEBLE**, subestimando así la condición económica del testador quien puede llegar a tener otros bienes como sería su automóvil, el menaje de su casa, cuentas bancarias etcétera, o simplemente el testador quisiera expresar otras disposiciones testamentarias para lo cual, tendría que otorgar otro testamento y así la sucesión de la misma persona estaría regulada por más de un testamento o por una sucesión mixta, es decir, por una sucesión testamentaria y otra intestamentaria, **ESTO ES COMPLICAR, E INCLUSO SE ROMPE CON LA UNION DE LA HERENCIA Y SE PRIVA AL TESTAMENTO DE SU VERDADERA VOCACION UNIVERSAL CONSISTENTE EN QUE BASTA UN SOLO TESTAMENTO PARA HEREDAR TODO UN PATRIMONIO.**

No hay que olvidar que en el derecho hereditario halla satisfacción el propietario porque se prolonga su derecho en el sucesor y halla protección el acreedor porque es completamente perfecto a lo dispuesto por el artículo 2964 del C.C., el deudor le responde del cumplimiento de todas sus obligaciones con todos sus bienes y también el sucesor hasta donde alcancen los bienes heredados; aún el mismo sucesor en cuanto al acreedor puede hacer valer sus derechos porque, dicen los artículos 1678 y 2208, mientras se hace la partición de una herencia no hay confusión de patrimonios.

Por el contrario el legatario solo adquiere a título particular y no

³⁶ DE PINA Rafael, ob. cit. págs. 289 y 290.

tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos (art. 1285 del C.C.).

Sin embargo, cuando toda la herencia se distribuye en legados, los legatarios serán considerados como herederos (art. 1286 del C.C.).

En consecuencia lógica con estas disposiciones e independientemente de las muy variadas y discutidas ideas acerca de las sucesiones, lo que no tiene discusión es que la herencia se somete a un régimen unitario para que pueda realizar estos fines que son la piedra angular de su regulación.

B).- El Testamento Público Simplificado y los acreedores del de cujus.

Una tercera consideración es que la reforma que dió origen al Testamento Público Simplificado como ya se mencionó subestima la condición económica del testador, pero también presume inocentemente que si el testador tiene acreedores, éstos son solamente alimentarios, olvidándose por completo de aquellos acreedores que tiene como única garantía el patrimonio de su deudor (acreedores quirografarios) así lo vemos en las fracciones IV Y V del artículo 876-bis del C.P.C. que nos dice:

"...IV. De ser procedente, el notario redactará el instrumento en que se relacionarán los documentos exhibidos, las constancias a que se refiere la fracción anterior, los demás documentos del caso y la conformidad expresa de los legatarios en aceptar el legado, documento que se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad. En su caso, se podrá hacer constar la repudiación expresa, y ;

V. En el instrumento a que se refiere la fracción anterior, los legatarios podrán otorgar, a su vez, un testamento público simplificado en los términos del artículo 1549-Bis del Código Civil".

Por esto, al terminar la lectura de dichas fracciones, se puede concluir que la reforma da una GRAN INSEGURIDAD JURIDICA a los acreedores del de cujus y los deja en estado de indefensión porque la buena fe del legislador sin duda provocará la mala fe de los legatarios, los cuales con ayuda del expedito proceso de titulación, que no atiende al orden de prelación establecido para el pago de deudas del de cujus en los artículos 1753, 1757 y 1759 del Código Civil ni a lo dispuesto por los artículos 1713 y 1770 del mencionado ordenamiento, podrán adjudicarse la propiedad del inmueble y dejar a los acreedores sin cobro de sus

créditos lo cual sería una gran injusticia y violaría por completo el concepto de justicia que recoge nuestra legislación en el artículo 20 del mencionado ordenamiento que a la letra dice:

"...Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretende obtener un lucro.

Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados".

Cabe decir que no puede ser preferente el derecho del legatario que adquiere a título gratuito, respecto de los derechos de los acreedores.

De igual manera el fundamento jurídico del derecho hereditario que es el de darle continuidad a las relaciones jurídicas que no terminan con la muerte del de cujus, también y de igual forma se ve transgredido.

C).- Otra innovación introducida por este tipo de testamento es la actuación de un Representante Especial, instituido por el otorgante del testamento cuando el legatario fuere incapaz y no estuviere sujeto a patria potestad o tutela, para que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de éste.

La creación de esta nueva figura suscita grandes problemas, como se puede apreciar en los siguientes cuestionamientos.

a).- Problemas.

- 1.- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de este representante?.
- 2.- ¿Qué características tiene?.
- 3.- Si no se nombra representante y el legatario es incapaz, ¿quién adjudica en su representación?.
- 4.- ¿Qué pasa si el representante no acepta el cargo?.
- 5.- ¿Si acepta, pero caen en estado de interdicción?.
- 6.- ¿Tiene alguna responsabilidad frente al legatario o frente a terceros?.
- 7.- ¿Cuáles son sus facultades?.
- 8.- ¿Quién firma la escritura de adjudicación, si el legatario es capaz y existe un representante especial?.
- 9.- ¿A título de qué el legatario se escritura a sí mismo?.

10.- ¿Quién defiende un bien legado en caso de juicio y que no se ha adjudicado?.

11.- ¿Existe beneficio de inventario?.

12.- ¿Se pueden poner cargas o condiciones al legatario?.

13.- ¿A quién hay que demandar cuando el bien legado no se ha escriturado?.

Tratando de dar una respuesta a los problemas planteados nos aventuramos a hacer las siguientes consideraciones.

b).- Naturaleza Jurídica.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este representante especial podemos decir que es un representante legal del incapaz por disposición de la ley; su naturaleza jurídica es "sui generis"; no es un MANDATARIO, ya que el mandato termina con la muerte del mandante o del mandatario (art. 2595 frac. III del C.C.); sin embargo, esta persona toma la característica de un representante, es decir una persona que comparece a celebrar a nombre de otra un acto jurídico que no incidirá en la esfera de su patrimonio sino en la del representado; de igual forma podemos decir que no se trata de un TUTOR, en virtud de que las funciones que realiza éste, son muy complejas y no se limitan a la firma de una escritura.

No es un ALBACEA, porque no tiene los derechos y obligaciones que emanan de dicho cargo; sin embargo, si lo podemos considerar un EJECUTOR TESTAMENTARIO, ya que simplemente cumple con la tarea encomendada por el de cujus consistente en firmar por el legatario incapaz la escritura de adjudicación correspondiente.

c).- Características.

1.- Es un cargo voluntario porque no se puede obligar a la persona nombrada por el de cujus a aceptarlo, según se desprende del texto de la reforma que adicionó el artículo 1549-bis del C.C.

2.- Es gratuito, ya que la reforma mencionada no prevé ningún emolumento o gratificación por desempeñarlo.

3.- Es de interés público, porque tiene por objeto representar a las personas que tengan una incapacidad natural o civil.

4.- Es subsidiario, es decir, este cargo sólo se da en caso de que el legatario incapaz no este sujeto a patria potestad o a tutela.

- 5.- Es especial, ya que sólo se instituye a este representante para efectuar un sólo acto, consistente en firmar la escritura de adjudicación

d).- Facultades.

Como se pudo apreciar en la lista de problemas a que da origen este representante, podemos decir que un gran número de ellos provienen de la falta de regulación en cuanto a sus facultades, ya que es necesario que exista una persona encargada y legitimada por la ley, para actuar en un patrimonio ajeno, es por esto que surge la figura del albacea cuyas facultades y obligaciones le son dadas por la ley en forma directa o indirecta al regular la voluntad del testador, y que tiene a su cargo la ejecución de todos los actos judiciales, administrativos públicos o privados que la ley señale para el cumplimiento de la voluntad del autor de la sucesión, así como todas las obligaciones pendientes a la muerte de éste, en sí, vela por los intereses de los herederos, legatarios o acreedores que intervengan en la sucesión.

La diferencia entre el albacea y el representante especial es abismal, ya que conforme a la reforma que lo crea su única facultad es la de firmar en representación del incapaz la escritura en la que conste la adjudicación del legado instituido a su favor en un Testamento Público Simplificado.

Es por esto que creemos que es NECESARIO Y FORZOSO QUE EN CASO DE QUE EL REPRESENTANTE ESPECIAL POR CUALQUIER CAUSA NO DESEMPEÑE EL CARGO, O QUE SURGIESE ALGUNA CONTROVERSIA JUDICIAL Y YA QUE EL LEGATARIO NO ESTA SUJETO A PATRIA POTESTAD NI A TUTELA, DA LUGAR Y SE DEBE PROMOVER EL QUE SE NOMBRE UN TUTOR a dicho legatario incapaz en atención al artículo 776 del C.P.C. que nos dice

"Art. 776. En los juicios sucesorios en que haya herederos o legatarios menores que no tuvieren representante legítimo, dispondrá el tribunal que designe un tutor si ha cumplido dieciséis años. Si los menores no han cumplido dieciséis años o los incapacitados no tienen tutor, será este nombrado por el juez".

Ya con un tutor resolveríamos de alguna manera los problemas que se suscitan por la falta de un sujeto que represente al legatario incapaz; sin embargo, nos falta por resolver el grave problema de quien liquidará el patrimonio del de cujus, mismo que sólo podrá tener un respuesta satisfactoria con la figura del albacea.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

e).- Propuesta.

Como se puede apreciar en las consideraciones antes enunciadas, la intervención de un representante especial, figura jurídica con una naturaleza sui generis y con facultades extremadamente limitadas, complica las sucesiones por causa de muerte y siendo que la finalidad de este testamento es de alguna manera facilitarlas, proponemos suprimir esta nueva figura que en nuestro concepto es innecesaria ya que nuestro derecho contempla la figura del albacea que brinda una plena seguridad jurídica en materia sucesoria, es por esto que se debe modificar la disposición correspondiente y mencionar que en todos los casos se debe instituir por el de cujus una persona que desempeñe el cargo de esta importante figura, asimismo nuestra legislación contempla para el caso del menor la figura del tutor como encargado de los bienes y la persona del mismo, es su representante legal.

En este sentido el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro en su art. 921 bis fracción IV es acertado al establecer que "en caso de que el beneficiario fuere incapaz, será representado por quien corresponde, según las leyes, y se hará constar esta circunstancia al efectuar la protocolización.

VI.- RENACIMIENTO DE LOS TESTAMENTOS MUTUOS O MANCOMUNADOS.

En este último aspecto, en el que tampoco podemos dejar de considerar al Testamento Público Simplificado como un "testamento avanzado" en el sentido de que representa una excepción a la regla general ya comentada, establecida en el artículo 1296 del C.C. al permitir que el otorgamiento de este testamento se haga en forma conjunta en los siguientes supuestos:

1.- Existiendo pluralidad de adquirentes de los inmuebles objeto de este testamento, cada uno podrá instituir en el mismo instrumento uno o más legatarios respecto de su porción.

2.- Cuando el testador cuyo matrimonio se encuentre sujeto al régimen patrimonial de sociedad conyugal, su cónyuge en ese mismo acto podrá instituir uno o más legatarios.

Atentando contra una de las características esenciales en relación a que el testamento es un acto personalísimo, es decir, no pueden testar en el mismo acto dos o más personas, prohibición establecida por una presunción iure et de iure de influjo contrario a la libertad de testar, el cual ha sido uno de los valores más celosamente tutelados en el régimen jurídico testamentario.

Esta excepción ubica al Testamento Público Simplificado dentro de lo que en la doctrina se denomina como TESTAMENTO MUTUO O MANCOMUNADO, que era otorgado generalmente por los cónyuges en mutuo favor, para favorecer la armonía, la confianza y evitar gastos a los mismos. El maestro Sánchez Román lo critica con gran maestría comentando que: "...se presentaba a la falacia y al engaño, sin que el engañador sufriera perjuicio alguno ni se expusiera en lo más mínimo".³⁷

El licenciado Luis Araujo Valdivia señala que el testamento al ser un acto libre, carece de validez cualquier limitación convenida expresa o implícitamente.

Al testador no se le puede obligar a otorgar testamento o a testar bajo determinadas condiciones, por tal motivo la ley prohíbe el otorgamiento del testamento mutuo en el cual dentro del mismo acto dos o más personas testan en provecho recíproco o en favor de un tercero.

Este mismo argumento es utilizado para la prohibición al testamento colectivo en el cual varias personas testan de común acuerdo.³⁸

Analizado lo anterior se puede concluir que la excepción introducida en el artículo 1549-bis del C.C. que suspende la prohibición establecida en el artículo 1296 de dicho ordenamiento, queda subsistente la presunción humana del posible influjo contrario a la libertad de testar y con ello se demuestra la fragilidad de este tipo de testamento.³⁹

VII.- DE LA TRAMITACION SIMPLIFICADA.

A través del Testamento Público Simplificado, como ya se expuso, se transmite la propiedad de un inmueble a un legatario, pero dicha

³⁷ Citado por De Ibarrola Antonio, ob. cit. págs. 346 y 347.

³⁸ ARAUJO Valdivia Luis, ob. cit. pág. 486.

³⁹ Revista de Derecho Notarial. no. 105, año XXXVI, marzo 1994, México, pág. 118.

transmisión no opera ipso facto, sino hasta que se hace constar la adjudicación de ese inmueble, es en ese momento que opera la confusión de patrimonios por lo tanto, toca analizar el proceso sucesorio que tiene como base el Testamento Público Simplificado, al que denominaremos "Tramitación Simplificada".

El artículo 876-bis del C.P.C. instrumenta el procedimiento de la siguiente manera:

1.- Los legatarios o sus representantes exhibirán al notario la partida de defunción del de cujus y el testimonio de su testamento público simplificado.

Este requisito es esencial en todo procedimiento sucesorio, ya que con estos documentos se acredita el interés jurídico y el carácter con que se comparece.

2.- El notario dará a conocer por medio de una publicación, en un periódico de los de mayor circulación del lugar donde se esté tramitando la titulación (adjudicación).

Como se estudió en el capítulo tercero, punto II, inciso 2, el notario hace dos publicaciones con intervalo de diez días, pensamos que se hace esto con el propósito de que si existen otras personas con posibles derechos de heredar, se enteren de la tramitación sucesoria que está llevando a cabo dicho notario y puedan así reclamar su derecho.

Considero que las publicaciones que hemos venido comentando, en todos los casos y especialmente tratándose del Testamento Público Simplificado deberfan de realizarse en el Diario Oficial de la Federación pues sólo existe una publicación y debe haber seguridad de dónde se va a hacer, ya que en un metrópolis como lo es la Ciudad de México y con la cantidad de periódicos que se encuentran en circulación es ilógico revisar todos para saber en dónde se hizo la publicación, además de federalizar a los Archivos de Notarías, porque lo más seguro para quien tramita una sucesión y para los que intervienen en ella es que el testamento presentado sea el último que otorgó el de cujus y la federalización de los Archivos es la única forma de que la información requerida por los notarios o por los jueces sea exacta, pues se tendría un control nacional.

3.- El notario recabará del Archivo General de Notarías y del

Archivo Judicial del último domicilio del de cujus los oficios en los cuales se informa que dicho testamento fué el último otorgado por el autor de la sucesión. El notario podrá continuar los trámites relativos siempre que no existiere oposición.

¿Que pasa si existe oposición?

Si este testamento público simplificado tiene un régimen de excepción al ser motivo de controversia, debe atenderse a las reglas generales de la sucesión por lo que se suscitan problemas como serían: ¿Que pasa si hay un testamento anterior al público simplificado donde se nombre como heredero a persona distinta del legatario y éste reclama su legado?; ¿Si hay un testamento posterior al público simplificado, cuál es válido?.

Respecto a los cuestionamientos anteriores, podemos resolver que si existe otro testamento anterior al público simplificado, el que tiene plena validez es este último, pero sólo respecto del legado instituido sin dejar de tener validez todas las normas no referentes al mencionado legado; no así en el caso contrario pues de ser el testamento posterior más completo que el público simplificado le corresponde ordenar la sucesión.

Del análisis de este procedimiento podemos observar que al no contemplar en el mismo el orden de prelación que establece el Código Civil para la liquidación de la herencia conforme a los artículos 1753, 1757 y 1759, al igual que al no atender a lo dispuesto por los artículos 1713 y 1770 del citado ordenamiento jurídico, como se ha mencionado con anterioridad, da lugar a la creación de una inseguridad jurídica en perjuicio directo de los acreedores quirografarios del de cujus, la cual se acentúa más al no contemplar el mismo procedimiento la intervención de un albacea . por lo que se puede concluir que con la tramitación simplificada, de alguna manera la propia ley esta permitiendo la realización de actos ilícitos , ya que fácilmente el de cujus podría dividir su patrimonio en varios legados e instruir a los legatarios para que tramiten rápidamente la titulación respectiva al momento de su muerte, defraudando así a los acreedores

VIII.- CUADRO COMPARATIVO DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO Y TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

1.- Ordinario Público y Abierto.

2.- Comprende toda la herencia.

3.-Se puede instituir herederos albaceas, curadores, tutores, etcétera.

4.- Se pueden incluir todo tipo de disposiciones testamentarias.

5.- La figura del albacea esta contemplada por lo que la liquidación del patrimonio se efectúa de manera segura para todas las personas que intervienen en la sucesión sean estos herederos, legatarios o acreedores del de cujus.

6.- En el acto de otorgamiento del testamento solamente puede testar una persona.

7.- Respeta la unidad de la herencia y la vocación universal del testamento.

8.- El proceso sucesorio es seguro y expedito.

TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

1.- Ordinario Público y Abierto.

2.- Comprende solo un inmueble.

3.- Solamente se pueden instituir legatarios y en casos de menores de edad un representante.

4.- Solamente comprende la disposición testamentaria de transmisión de un inmueble.

5.- No contempla la figura del albacea, por lo que la liquidación da inseguridad a las personas que intervienen en la sucesión.

6.- Pueden testar en el mismo acto dos o más personas.

7.- Tiende a crear sucesiones aisladas, ocasiona que la herencia de una persona se lleve acabo por dos testamentos o de forma mixta.

8.- El proceso sucesorio es expedito pero ocasiona una gran inseguridad al no respetar el orden de liquidación de la sucesión.

IX CONCLUSIONES.

1.- El fundamento del derecho sucesorio reside en la necesidad de regular la continuidad de las relaciones jurídicas que no se extinguen con la muerte.

2.- La herencia es un conjunto de derechos y obligaciones que forman un todo, una universalidad.

3.- La transmisión del patrimonio a título universal implica la continuación de las obligaciones contraídas por el de cujus que no se extinguen con su muerte.

4.- Concebir la figura del testamento como un simple acto de transmisión de bienes implica una violación por parte del Estado a la libertad del individuo para otorgar testamento en los términos que mejor le parezca y limita caprichosamente el objeto del testamento.

5.- Es evidente que las personas que no hacen testamento generan un gran número de problemas familiares, económicos y sociales ; por lo que la creación del Testamento Público Simplificado, al estar enfocado a la población de escasos recursos y tratar de acercarla al sistema testamentario constituye un avance, sin embargo; no es suficiente porque es solamente una solución parcial a dicho problema.

6.- La seguridad del tráfico jurídico y de los acreedores del causante; la ordenación adecuada de los bienes para ser posible el disfrute del caudal hereditario y su distribución son principios que no fueron tomados en

cuenta para introducir la figura del Testamento Público Simplificado al Código civil.

7.- El Testamento Publico Simplificado no es acorde a los principios del Derecho Sucesorio tales como:

- A) Mantener la vocación universal del testamento;
- B) Respetar la Unidad de la Herencia;
- C) Seguir el orden establecido en el pago de las deudas del de cujus, y;
- E) Evitar el otorgamiento de testamentos mancomunados,

8.- El Testamento Público Simplificado crea sucesiones separadas, esta someramente regulado y presenta un procedimiento inseguro.

9.- Por otra parte la supresión de los testigos en el otorgamiento del Testamento Público Abierto, es un acierto de los legisladores, pues solamente es necesaria la presencia del testador para el otorgamiento del testamento y la fe pública otorgada al notario no tiene que ser reforzada.

10.- La actual regulación del Testamento Público Abierto en el Código Civil hace de el un auténtico "testamento popular", porque su otorgamiento es fácil, ha alcanzado una gran seguridad jurídica y el procedimiento sucesorio es sencillo.

11.- El Testamento Público Abierto con una mayor difusión, una buena campaña de información y un costo bajo solucionaría todos los problemas que dieron origen a la creación del Testamento Público simplificado.

12.- Finalmente el Testamento Público Simplificado atenta contra los principios del Derecho Sucesorio, por lo que no tiene razón de ser existiendo el Testamento Público Abierto.

BIBLIOGRAFIA.

AGUILAR Carbajal Leopoldo, Segundo curso de Derecho Civil, 3a. edición, Edit. Porrúa S.A. México 1975.

ARAUJO Valdivia Luis, Derecho de las Cosas y derecho de las Sucesiones, 2a. edición, Edit. José M. Cajica J.R. S.A. Puebla Méx. 1972.

ARCE y Cervantes José De las Sucesiones, 3a. edición, Edit. Porrúa S.A. México 1992.

ARCE Cervantes José, Reflexiones sobre el Testamento, Revista de Derecho Notarial, Edit. Imprenta Andina, Año XXXII, Núm. 100, México 1989.

ARREDONDO Galván Francisco Xavier, La Simplificación de los Testamentos ante Notario, Revista de Derecho Notarial, Edit. Imprenta Andina, Año XXXVI, Núm. 105, México 1994.

BORJA Soriano Manuel, Teoría general de las Obligaciones 12a. edición, Edit. Porrúa S.A. México 1991.

CASTAN Tobeñas José, Derecho Civil Español Común y Foral, Edit Reus, Madrid 1989.

LAROUSSE Diccionario Usual, 6a. edición Italia 1974.

GALINDO Garfias Ignacio, Derecho Civil, 9a. edición, Edit. Porrúa S.A. México 1991.

GUTIERREZ y González Ernesto, El Patrimonio, Edit. Cajica Hnos. Puebla, México, 1980.

IBARROLA Antonio de, Cosas y Sucesiones, Edit. Porrúa S.A. México 1957.

MARGADANT S Guillermo F., El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea, 1a. edición, Edit. Esfinge, México 1960.

MORINEAU Iduarte Marta, IGLESIAS González Román, Derecho Romano, Edit. Harla, México 1987.

NUÑEZ Barroso Plácido, Sucesión Universal o Sucesiones, Revista de Derecho Notarial, Edit. Imprenta Andina, Año XXXVI, Núm. 105 México 1994.

ORTIZ Urquidí Raúl, Derecho Civil Parte General, 3a. edición, Edit. Porrúa S.A., México 1986.

PETIT Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Edit. Epoca S.A., México 1977.

PEREZ Fernández del Castillo Bernardo, Derecho Notarial y Registral, 5a. edición, Edit. Porrúa S.A., México 1991.

PINA Rafael de, Derecho Civil Mexicano, 8a. edición, Edit. Porrúa S.A., México 1990.

ROJINA Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Tomo II, 1a. edición, Edit. Porrúa, México 1963.

LEGISLACION CONSULTADA.

Iniciativa de Reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, Palacio Nacional, 11 de noviembre de 1993.

Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, correspondiente al primer período del tercer año de ejercicio, Palacio Legislativo, México 17 de noviembre de 1993.

Reforma al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1994.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para todo la República en materia federal, Edit. Porrúa. México 1994.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1994.

Ley del Notariado para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1994.

Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia de Fuero Común del Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1994.

Código Civil para el Edo. de Querétaro, Edit. Porrúa. México 1994.

Código de Procedimientos Civiles para el Edo. de Querétaro, Edit. Porrúa, México 1994.