

870109

36
29

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE GUADALAJARA

INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



TESIS CON
FALLA LE ORIGEN

“LA NECESARIA REFORMA A LA FRACCION I DEL ARTICULO
1436 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO”

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A
MARIA CECILIA ORTIZ ROJAS

GUADALAJARA, JALISCO. 1989



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

INDICE GENERAL

INTRODUCCION.....

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....

CAPITULO I

- A) Antecedentes Históricos del Testamento.....
- B) Definición y Trascendencia del Testamento.....
- C) Clasificación del Testamento en la Legislación Civil del Estado de Jalisco.....

CAPITULO II

- A) Nulidad del Testamento.....
- B) La Falsificación.....
- C) La Falta de Solemnidad.....
- D) La Omisión de Formalidades.....

CAPITULO III

- A) El Testamento Otorgado ante Notario Público.....
- B) Los Testigos de Identificación y Asistenciales.....

CAPITULO IV

- A) La Fracción I del Artículo 1436 del Código Civil del Estado de Jalisco.....
- B) El Concepto de Amanuense.....
- C) El Amanuense y la Falta de Idoneidad del Testigo en el Testamento Público Abierto.....
- D) El Amanuense y su Caducidad en el Ejercicio Notarial Moderno.....

CONCLUSIONES.....

BIBLIOGRAFIA.....

INTRODUCCIÓN

A través de la historia, una de las Instituciones -- más importantes, no sólo en nuestro país, sino en el mundo entero, lo es el testamento, ya que todos en un momento dado podemos estar en el caso de otorgar un testamento, para lo cual la ley lo ha sujetado a que se cumplan determinados requisitos para dicho otorgamiento. Diremos que a lo largo de la historia de México, desde 1857 se empezó a legislar en materia y desde ese año se ha continuado con esa misma legislación por lo que consideramos que debemos tomar en cuenta que los tiempos no -- son los mismos y que necesitamos, por lo menos, si no se abroga el Código Civil en este caso, que se reformen algunos artículos para adaptarlos a la actualidad tomando como base el ordenamiento anterior, no queremos con esto restarle importancia a la Institución del Testamento y a otras tantas Instituciones que rige nuestro Código Civil. Pero dadas las circunstancias -- actuales, como lo son los avances científicos, culturales, sociales, económicos en fin de toda índole, encontramos que algunos vocablos ya no son aplicables por las razones antes mencionadas, por eso es importante que el legislador tome conciencia en esta proposición. Esto lo consideramos un motivo para -- la elaboración de esta tesis.

Otro motivo más es, de que estos vocablos a los que me he venido refiriendo, crean confusiones a la hora de interpretar, en este caso, el testamento.

En esta tesis, nos referiremos en particular a la -- fracción I del artículo 1436 del Código Civil de Jalisco que dice: "No pueden ser testigos del testamento: I.- Los amanuenses del notario que lo autorice". A nuestro parecer el vocablo "amanuense" resulta ya un arcaísmo, entendiéndose por tal, que se está utilizando un vocablo que es anticuado y por lo tanto implica la existencia de otros que lo puedan sustituir y adaptarse a las necesidades actuales.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A las confusiones a las que me he venido refiriendo anteriormente, es en el caso de que al otorgar un Testamento Público Abierto, se presentaron tres testigos entre los que se encontró a una secretaria, de la misma oficina, lo que se impugnó, aduciendo que dicha empleada no podía intervenir como testigo en el otorgamiento de ese testamento, ya que se trata de un amanuense, para lo cual la ley no permite que sean testigos en el otorgamiento de un testamento. Y por esta razón se solicitó que se declarara la nulidad del testamento, en virtud de que la norma dice que el testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas.

Se concluye de lo anterior que el problema existe y que seguirá existiendo mientras no se reforme la fracción I del artículo 1436 del Código Civil del Estado de Jalisco.

Entonces nos preguntamos ¿ Se puede considerar que una secretaria, actualmente, sea amanuense ?

A) Antecedentes Históricos del Testamento.- "La Institución del Testamento es considerada por la generalidad de los tratadistas como una de las más lentamente elaboradas en la historia de las Instituciones Jurídicas, no adquiriendo su completo desarrollo e importancia sino en el Derecho Romano.

Recuerda Cantán al respecto que en las primeras sociedades no existió sucesión testamentaria, ni siquiera derecho de sucesión, porque o no estaba reconocido, o lo estaba con un carácter temporal y revocable, que hasta que a la muerte del individuo, volviera el patrimonio a la colectividad de que procedía y que si bien más adelante aparece el derecho de sucesión, éste no empieza bajo la forma de sucesión voluntaria sino con el carácter de sucesión necesaria y familiar, y ordinariamente, como trasmisión del patrimonio indiviso."(1)

La sucesión por testamento es en orden al tiempo de aparición, muy posterior a la sucesión legítima, porque la testamentaria presupone un desenvolvimiento de los conceptos jurídicos y un reconocimiento de la propiedad individual que no se encuentran en los pueblos primitivos.

"En Roma la mayor parte de los pueblos civilizados, la sucesión ab intestato debió preceder al testamento. El testamento apareció más tarde como una Institución anormal que -

(1) Rafael de Fina, Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, S. A., vol. segundo, Quinta Edición, pág. 213, 1973.

permitía al paterfamilias afectar el patrimonio adquirido en común, por la posibilidad de designar a un extraño como heredero."(2)

Y en un principio el testamento se hizo bajo el control y con la adhesión del pueblo como una verdadera ley. Solamente a partir de la Ley de Las XII Tablas fué cuando se reconoció al ciudadano la libertad de testar.

"La palabra testamento deriva de las palabras testatio mentis, que significan testimonio de la voluntad. A pesar de la etimología latina de esta palabra, empleada en nuestro derecho, esta Institución era ya conocida aunque naturalmente no con ese nombre. Por lo que toca al Derecho Romano dice Ortolan: "Para que nada de la antigüedad nos sea completamente ignorado, debemos decir que primitivamente estuvieron en uso dos clases de testamentos; Los "Calatis comitiis" que eran asambleas del pueblo convocadas cuando era necesario para la expedición de ciertos negocios religiosos y además en épocas periódicas para la confección de testamentos y según Teófilo tenían lugar dos veces al año".(3)

El día de esa convocación los ciudadanos que querían testar lo hacían en estos comicios bajo la autoridad y presencia del pueblo.(Tante populo)...

Ahora tenemos el "Procinctus": Gallo nos dá la verdadera significación de la palabra procinctus: que significa armada equipada y bajo las armas. Para el ciudadano llamado-

(2) Arturo Fernández Aguirre, Manual de Derecho Romano, Editorial Cajica, S.A., 1963, págs. 197.

(3) Luis F. Uribe, Sucesiones en el Derecho Mexicano, Editorial Jus, S.A., págs. 159 y 158, 1963.

a la armada y listo para entrar en campaña la ocasión de los *Calatis comitiis* no podía esperar y posiblemente la guerra - le ocasionaría un peligro de muerte en forma inminente y a - cada día. Antes de la salida, en presencia de la armada equi - pada y bajo las armas (*in prociuctum*), después de cumplir -- las ceremonias religiosas de que habla Cicerón como soldado - podía hacer su testamento. Este se practicaba también duran - te la campaña al momento de una batalla o de una expedición - peligrosa.

Veremos a continuación el "*Per nes et libram*"; Las dos formas primitivas de testar presentaban numerosos incon - venientes, además de la dificultad para los plebeyos de aspi - rar originalmente a un testamento *Calatis comitiis*. Este tes - tamento no podía hacerse sino en Roma y dos veces solamente - por año y después de convocar a la Asamblea; el otro en tiem - po de guerra y bajo las armas; sin embargo, cualquiera podía ser inopinadamente atacado de un peligro mortal y morir in - testado, sin encontrarse ni en el primero ni en el segundo - de los casos. Aquí como en toda legislación el espíritu de - invención sutil e ingenioso viene a subsanar esa dificultad. No se abrogó el derecho primitivo pero se eludió; no se tes - tó de otra manera sobre su herencia, pero se vendía. La he - rencia, es decir, realmente abierta por la muerte de un ciu - dadano y entregada a un heredero lo era en realidad en cali - dad de cosa incorporal, *res nec mancipi*, pero el patrimonio - que correspondía a la familia del ciudadano en vida era consi - derado como una *mancipi* en las disposiciones que hiciera el -

testador; se transmitía pues en mancipatio a aquél que quería nombrar como sucesor con todas las formalidades ordinarias - de este acto, con los cinco testigos, ciudadanos, el portaba lanza, el lingote de metal que simulaba el precio, la balanza (aes et libram) y las palabras sacramentales apropiadas a las circunstancias. La mancipatio así empleada proporcionaba una manera solemne e indirecta de tentar en toda ocasión. El adquirente de la herencia (familiae emptor) tomaba el lugar de un heredero y como tal el testador le ordenaba, le confiaba, le daba en mandato, todas las disposiciones que quería - fueran para después de su muerte. Este era el testamento per aes et libram.

Como hemos podido apreciar, ya se hablaba de las - formalidades tan esenciales en todo testamento y más aun de lo importante que era la última voluntad de una persona.

Ahora veremos un breve estudio de la libertad testamentaria en el Código Civil de 1884. Tal vez el cambio de sistema sucesorio fué lo más relevante del Código de 84. El objeto de este estudio es presentar un breve análisis cronológico de los sistemas sucesorios de libre testamentificación y de sucesión legítima forzosa, para tratar de establecer las posibles causas de la introducción de la libertad -- testamentaria en el Código Civil de 1884.

En la antigüedad, la familia constituye el elemento político más poderoso, el individuo no existe sino como - parte del grupo que integra. Lo que une a los miembros de --

una familia es algo más poderoso que el nacimiento o que el afecto es la religión del hogar y de los antepasados. Sostiene Fustel de Coulange que la familia, constituida por personas vinculadas por un parentesco natural o ficticio, implica una unidad de culto, de patrimonio y una sujeción al mismo jefe. La sucesión de bienes por causa de muerte no es un derecho hereditario, sino la asunción de una propiedad que ya pertenecía al denominado heredero. La transmisión no ocurre según la voluntad o elección del hombre, sino en virtud de reglas superiores que la religión había establecido.

"Al surgir el Estado Romano, toma para sí las tareas de la elección política y las comunidades familiares disminuyen en importancia. Afirma Juan Iglesias que cuando el ciudadano se vincula directamente con el Estado, surge el individualismo jurídico, y el testamento es una manifestación de él."(4)

Se permite al pater familias designar a su heredero primeramente de entre los sui, pero más tarde pudo nombrar a un extraño. El objeto del testamento no era la simple transmisión de la propiedad, es la designación de un nuevo jefe familiar, continuador de la propiedad del testador, cuya misión es mantener la cohesión del grupo familiar y del patrimonio.

La Ley de las XII Tablas reconoció la preeminencia de la sucesión testamentaria; pero como el derecho de testar en ocasiones propició que el testador dejara en total abandono

(4) Ingrid Bruna Seama, La Libertad Testamentaria, Un Siglo de Derecho Civil Mexicano (Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil) UNAM, 1ra. Edición 1985, pág. 208.

no a sus parientes más cercanos, faltando a sus deberes de gfecto -officiun pietatis-, se permitió a la persona olvidada impugnarlo. La acción de inoficiocidad declara nulo todo tgamento. Para evitar esta medida excesiva, se reconoció el derecho de los herederos a una parte de la herencia y el del testador para disponer libremente de la otra. La fórmula jugtiniana otorgó a los descendientes la tercera parte de la herencia, si aquéllos eran cuatro o menos y la mitad si eran cinco o más.

"El principio de la porción forzosa se trasladó a España desde el reinado de Chinadavinto, el Fuero Juzgo. facultó al testador a disponer de la quinta parte de lo que tu viera para otorgarlo a la Iglesia o a otros lugares."(5)

Si se quería mejorar a un heredero podía disponer de la tercera parte de sus bienes.

"El Fuero Viejo de Castilla no permitía al testador mandar lo suyo más del quinto. El Fuero Real, las Leyes de Estilo y las del Toro, lo mismo que las Partidas, continuaron con la invariable práctica de que los cuatro quintos de los bienes de los padres, se tuvieran por propiedad forzosa de los descendientes, sin que se les pudiera despojar de ese derecho más que cuando existieran causas que la ley sefalara como motivos de desheredación."(6)

Estos remotos textos tuvieron vigencia en nuestro

(5) Ingrid Brena Senma, La Libertad Testamentaria, Un Siglo de Derecho Civil Mexicano (Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil) UNAM, Edición 1985, pág. 210.

(6) Ingrid Brena Senma, La Libertad Testamentaria, Un Siglo de Derecho Civil Mexicano (Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil) UNAM, Ira. Edición 1985, pág. 212.

país en la época colonial lo mismo que al surgir México como Estado independiente. La República carecía de leyes propias, en consecuencia, se rigió por leyes españolas hasta que fueron sustituidas por leyes y códigos nacionales.

"Ante la multiplicidad de textos legislativos fueron de gran importancia las obras doctrinales de José María Alvarez, Juan Sala y Febrero, basadas principalmente en las Partidas, pero también en el Fuero Juzgo, Leyes del Toro, de Estilo Recopilación y Nueva Recopilación." (7)

Para la elaboración de este análisis se tomó como referencia el texto de Alvarez.

El régimen sucesorio recogido y compilado por Alvarez se aplicó la primera mitad del siglo XIX y corresponde al contexto social de la época. Sin embargo, a continuación comentaremos ciertos motivos que muestran los primeros cambios hacia una concepción más liberal de la sociedad. La Soberana Junta Provisional Gubernativa, por decreto de 22 de enero de 1822 mandó establecer comisiones para la elaboración o preparación de proyectos de códigos; si bien no se llegó a elaborar ninguno, se despertó un interés legislativo que motivó el surgimiento de varios proyectos de ley. El que comentaremos, a pesar de no haber sido sometido a la aprobación de ninguna asamblea parlamentaria, resulta importante un documento que en 1822 propone la abrogación de la sucesión legítima forzosa para instaurar en su lugar la libertad testamentaria.

(7) Ingrid Brena Sesma, La Libertad Testamentaria, Un Siglo de Derecho Civil Mexicano (Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil) UNAM, Ira. Edición 1985, pág. 213.

Del autor del proyecto sólo se conocen sus siglas J. M.C. y desde luego sus ideas liberales que serían realidad jurídica varias décadas después.

J.M.C. manifiesta su deseo de establecer por ley que los padres no estén obligados a dejar a sus hijos, sino que se an libres para disponer de sus bienes, asimismo, propuso la extinción de las vinculaciones de cualquier clase, de manera que hubiera una libertad total para disponer de los bienes comprendidos en ellas. En su opinión, además de las ventajas morales, se obtendría un beneficio político, al poner fin a los pleitos sobre sucesiones de mayorazgos, divisiones de bienes, adjudicaciones, etcétera.

Este proyecto representa el primer intento del México independiente de propiciar circulación de la riqueza.

"En 1857, se legisla por primera vez en México, en materia de sucesiones. Se promulgan dos leyes, la primera el 2 de marzo de 1857 y la segunda de 10 de agosto del mismo año, que derogó la anterior. Ambas leyes son semejantes en materia de sucesión legítima; se reconoce como herederos forzosos a los descendientes legítimos o legitimados; a los naturales y a los espurios, siendo unos y otros reconocidos o encontrándose en los casos - que la ley señala."(8)

Al aparecer la ley de 10 de agosto de 1857 estuvo vigente en el país hasta 1870, año en que es derogada por el código. Este ordenamiento continuó con el sistema de sucesión le

(8) Ingrid Brena Sesma, La Libertad Testamentaria, Un Siglo de - Derecho Civil Mexicano (Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil) UNAM, Ira. Edición 1985, pág. 214.

Étíma forzosa para los herederos en línea recta ascendente o descendente, que heredaban en las mismas proporciones ya legítimas. En las comisiones la cuestión más debatida fué la relacionada con los hijos legítimos, los naturales y los espurios - se reconoció el derecho de todos, pero fueron preferidos los legítimos cuyos derechos son más sagrados y dignos de vigilancia de la ley.

Nuevas concepciones ideológicas van a contribuir al cambio de sistemas sucesorios. En la cuarta legislatura constitucional, en sesión del 15 de febrero de 1868, se presentó un proyecto para abolir la herencia forzosa y proclamar la libertad de testar. El proyecto fué recibido con hilaridad y sarcasmo. La Comisión de Justicia no lo aprobó, y fundó su dictamen en la convicción de que la ley de sucesiones vigente y las costumbres del país estaban entoramente conformes. A pesar de esta aparente armonía entre derecho y realidad social, el proyecto de supresión de la sucesión legítima forzosa llegó a la legislatura.

"En junio de 1882 el entonces presidente de México - Manuel González encargó a una comisión la revivirión del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. La Comisión presentó en 1883 el primer proyecto de reforma que una vez discutido, sufrió modificaciones, especialmente en lo relativo a sucesiones. Se adoptó el principio de la libre testamentificación, por iniciativa del ministro de Justicia Joaquín Baranda, en nota especial, se pronunció por la libertad testamentaria."(9)

(9) Ingrid Brena Soema, La Libertad Testamentaria, Un Siglo de Derecho Civil Mexicano (Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil) UNAM, Ira. Edición 1985, pág. 216.

En opinión de Justino Fernández, no había fundamentos para cambiar el sistema sucesorio ya que los beneficios obtenidos por la abolición de la sucesión legítima forzosa eran dudosos y peligrosos. El orden social y la moralidad pública se verían afectados. Además, el cambio no respondía al anhelo o deseo del pueblo, y tampoco se habían suscitado ante los tribunales diferencias ni pleitos que hicieran necesaria una reforma al sistema de testamentificación. El diputado propone -- que sólo se aumente la porción de libre disposición, la mitad de los bienes como herencia legítima de los hijos en uniones legales sería suficiente, y el tercio para la de los demás hijos. Con esto se armonizaría el cumplimiento de sus deberes de padre, con la facultad de disponer de una cantidad mayor de -- sus bienes.

En tal estado de los trabajos, se presentó a la Cámara de Diputados el proyecto de ley que, una vez aprobado, se promulgó el 31 de marzo de 1884.

"El código plasma la libertad testamentaria: "Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes por testamento, a título de herencia o legado." Derecho limitado por la obligación de dejar alimentos a los descendientes, al cónyuge y a los ascendientes, siempre y cuando unos y otros no tengan bienes propios, los necesiten y no haya otro obligado más próximo en grado.

El testador sólo está obligado a dejar alimentos a los descendientes legítimos, a los ilegítimos (en este caso equipara a los naturales con los espurios) reconocidos o desig-

nados y a los ascendientes legítimos, o que hayan reconocido a los descendientes de cuya sucesión se trata.

Si en el testamento no se deja la pensión alimenticia a que está obligado el testador, aquél será declarado inoficioso. Si esto ocurre, el descendiente, ascendiente o cónyuge preferido, tendrá derecho a que se le asigne la pensión que le corresponda legalmente, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique sus derechos. Desaparece la interdicción del hijo pródigo. Ya no podrá el juez calificar de pródigo la conducta de una persona para realizar gastos que reduzcan la porción legítima."(10)

El cambio de ideología produjo la reforma legislativa. El hombre puede disponer libremente de sus bienes en vida y después de su muerte, con la única limitación de cumplir con la obligación alimentaria. Se desvinculan patrimonio y familia y con ellos se propició la circulación de la riqueza. Triunfan las ideas liberales.

Podemos sintetizar que en la antigüedad la transmisión de la propiedad por causa de muerte, se rigió por reglas religiosas a las que interesaba más el grupo familiar que el individuo. Al surgir el Estado Romano y perder fuerza los grupos familiares el individuo se liga directamente con el Estado y de ese individualismo jurídico es ejemplo el testamento. Para evitar que como exceso de ese individualismo, a través de la libertad testamentaria se dejara en completo abandono a los

(10) Ingrid Brena Segma, La Libertad Testamentaria, Un Siglo de Derecho Civil Mexicano (Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil) UNAM, Ira. Edición 1985, págs. 219 y 220.

parientes consanguíneos, o que del abuso de la acción de inoficiosidad se nulificara la voluntad del testador, la legislación justiniana encuentra la fórmula equitativa, señalando la - porción de la sucesión legítima forzosa y la de libre disposición. Fórmula aceptada en México hasta 1884.

En el código del 70 el Estado protege a la familia, - los bienes que esta posee se encuentran vinculados al grupo familiar, por tanto, el hombre no puede disponer de ellos en vida ni después de su muerte.

A pesar de que este código puede considerarse liberal debemos tomar en cuenta que la sociedad mexicana era conservadora. Políticamente han triunfado los liberales, pero en la vida privada siguen persistiendo las fuertes tradiciones -- conservadoras de la familia legítima. La influencia de la curia Romana fué determinante. Para la Iglesia es la familia y no el individuo la base de la sociedad.

¿Qué determinará el cambio hacia la libertad de testar en 1884 ? No falta quienes afirmen que el cambio correspondía a intereses personales del entonces presidente de México - Manuel González. Sin descartar la hipótesis debemos reconocer que el cambio no pudo haberse dado sin un determinado consenso social.

La libertad de testar era un complemento indispensable de las Instituciones que regían al México de fines del siglo XIX. Nuevamente surge como una manifestación del individualismo jurídico. El Estado paternalista, protector y dirimente-

queda atrás, el individuo es libre y goza, entre otros, de un derecho de propiedad casi absoluto, limitado, en el caso de la herencia, sólo por la obligación alimentaria. La sucesión legítima forzosa protegía los derechos de las clases privilegiadas vinculaba el patrimonio a las familias, y con esto se impedía la circulación de la riqueza; al disponer el hombre libremente de sus bienes se propicia la permeabilidad social.

Estas razones son las que consideramos fueron determinantes del cambio de régimen sucesorio de 1884.

B) Definición y Trascendencia del Testamento.- Hay tantas definiciones de testamento que sería interesante transcribir algunas de ellas hasta llegar a la definición que nos da nuestro código.

" La de MODESTINO: es una justa disposición, decisión de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho después de su muerte.

La de ULPIANO: una afirmación justa de nuestra mente hecha en forma solemne para que valga después de la muerte.

El Código de 1884 definía el testamento en su artículo 3237: acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos."(11)

En nuestra opinión a estas definiciones les faltan otros elementos importantes como el que es personalísimo, revocable y libre ya que lo distinguen de otros actos jurídicos.

Ahora veremos la definición que nos da nuestro código.

" Código Civil de Jalisco actual: el artículo 1229 lo define: testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte."(12)

(11) Antonio de Ibarrola, Cosas y Secesiones, Editorial Porrúa, S.A., 3ra. Edición 1977, pág. 683.

(12) Código Civil de Jalisco, 3ra. Edición 1983, Editorial Porrúa S.A., pág. 243.

Esta definición, algunos tratadistas dicen que también está incompleta. "Según el Lic. Ernesto Gutierrez y González debería llevar estos elementos más: "jurídico"; "unilateral" "formal" y "fínica". Y que aunque para la definición incluir esos vocablos no sería vital, pero le daría mejor presentación técnica."(13)

Aunque no dice que sea un acto jurídico unilateral, sino simplemente que es un acto. Naturalmente que se caracteriza como acto jurídico porque es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho; y es unilateral porque sólo interviene una manifestación de voluntad. Nosotros estamos también de acuerdo con el Lic. - Ernesto Gutierrez y González en que no es vital, pero le daría mejor presentación técnica para que no se interpretara de diferente manera. A continuación abundaremos sobre este punto.

Por tanto como elementos constitutivos contenidos en la definición que nos dá nuestro código, son: El testamento es un acto jurídico unilateral; Es personalísimo, revocable y libre; Debe ser ejecutado por persona capaz; y tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, o declara y cumple deberes.

El testamento como acto jurídico.- "Aunque nuestro código no dice que sea un acto jurídico, naturalmente que se caracteriza como acto jurídico, ya que el acto jurídico en la terminología mexicana o francesa, es un supuesto de hecho que-

(13) Lic. Ernesto Gutierrez y González, El Patrimonio, Editorial Cajica, S.A., 2da. Edición, pág. 560.

contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como la base para producir el efecto calificado de jurídico."(14)

Todo negocio jurídico exige como parte esencial una declaración de voluntad, esto es, una exteriorización de voluntad privada dirigida a provocar una consecuencia jurídica. Puede consistir en una pluralidad de exteriorizaciones de la voluntad, más como en el testamento, interviene una sola voluntad la del testador únicamente y exclusivamente, se le encuadra en el ámbito de los actos jurídicos unilaterales.

El testamento es un acto personalísimo, revocable y libre.- "La mayoría de los actos jurídicos se pueden ejecutar por medio de un representante, salvo casos excepcionales que algunos deben ser personales, es decir, directamente el interesado debe ejecutarlos."(15)

El testamento, por lo contrario, es un acto estrictamente personalísimo, toda vez que el testador, en persona, es quien deba hacer su manifestación de voluntad para instituir herederos y legatarios, asignando cantidades y distribuyendo bienes.

Revocabilidad del Testamento.- "El testamento es un acto revocable, así lo reconoce la norma legal. Por tanto, no puede el testador celebrar pacto o convenio por el cual renuncie a la facultad que tiene de revocar el testamento, pues tal pacto no solo cuando implicase renuncia, sino restricción

(14) Froylan Bañuelos Sánchez, De la Interpretación de los Contratos y de los Testamentos, Ira, Edición, 1975, Cardenas - Editor y Distribuidor, pág. 141.

(15) Froylan Bañuelos Sánchez, De la Interpretación de los Contratos y de los Testamentos, Ira, Edición 1975, Cardenas - Editor y Distribuidor, pág. 142.

o modificación es inexistente por una imposibilidad jurídica" (16).

Se dice que hay inexistencia por imposibilidad jurídica, cuando el acto no puede llevarse a cabo, porque una norma de derecho constituye un obstáculo insuperable para la realización del mismo. En este caso, el pacto por el cual se renunciase a la facultad de modificar el testamento, está en -- contra de una norma del derecho positivo que constituye una - obstáculo insuperable para que ese acto llegue a tener ejecución. La norma dice que el testador puede, en cualquier momento revocar su testamento y no puede renunciar a esta facultad ni tampoco restringirla o modificarla. Todo pacto en este sentido es nulo, hablando impropriamente de nulidad, porque ni siquiera llega a tener realización. Como acto revocable, el testador puede llevar a cabo la revocación en forma expresa o tácita. En forma expresa, declarando de plano que revoca el testamento o lo modifica. En forma tácita, haciendo un nuevo testamento, y este solo hecho implica la revocación del anterior a no ser que el testador declare que subsiste el primero, o - que subsiste con determinadas modificaciones.

El Testamento es un acto libre.- "No puede el testador obligarse por contrato o por convenio a no testar, o a -- testar bajo ciertas condiciones, o bien a transmitir por testamento sólo parte de sus bienes y reservar otra parte para sus herederos legítimos."(17)

Cualquier pacto que en este sentido restrinja la fa

(16) Rafael Rojas Villegas, Derecho Civil Mexicano IV, Editorial Porrúa, S.A., 6ta. Edición 1985, pág. 295.

(17) Froylan Bañuelos Sánchez, De la Interpretación de los Contratos y de los Testamentos, Ira. Edición 1985, Cardenas - Editor y Distribuidor, págs. 144 y 143.

cultad libre de testar, o que implique renuncia de ella, es también inexistente por una imposibilidad jurídica, en virtud de que hay una norma en el derecho positivo, que impide que el acto de renuncia o de restricción a la facultad de testarse lleve a cabo.

El testamento debe ser ejecutado por persona capaz. "Pueden testar todos aquéllos a quien la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho."(18)

Es un requisito esencial para la validez de la Institución de herederos la capacidad de éstos para heredar y la del testador para testar.

Por capacidad se entiende la aptitud legal que tiene un individuo para testar o heredar, de donde se infiere -- que la incapacidad es la falta de esa aptitud.

El Derecho Romano exigía capacidad en el momento -- del otorgamiento del testamento, durante toda la vida posterior del testador y por ende, también en el momento de la --- muerte. Nuestra ley de acuerdo con el derecho moderno, fija -- un solo momento. Para juzgar la capacidad del testador se atenderá "especialmente " al estado en que se halle al hacer -- testamento, pero este precepto no es el que debe ir, sino que se debió de haber anotado "unicamente" porque se adapta mejor y no dá lugar a otras interpretaciones. Esta situación ha sido estudiada por algunos tratadistas y estamos de acuerdo con ellos.

El Testamento transmite bienes, derechos y obligaciones y declara y se cumplen deberes.--"por el testamento, se

(18) Frylan Bañuelon Sánchez, De la Interpretación de los Contratos y de los Testamentos, Ira. Edición 1975, Cardenas E ditor y Distribuidor, págs. 145 y 146,

crean, transfieren, modifican o extinguen derechos y obligaciones."(19)

El testador al ejecutar su última disposición y manifestación de su contenido de voluntad declarada, crea el testamento; al disponer de sus bienes, derechos y obligaciones con libre albedrío, los transmite a diferentes personas; esa transmisión de bienes, derechos y obligaciones, puede modificar su patrimonio por cuanto que, la puede hacer a herederos y legatarios; y se extinguen derechos y obligaciones, a virtud de que, el testador, puede imponer liberalidades, v.gr. un perdón de deuda, incobro de un crédito hipotecario, etcétera; y finalmente, el testamento va más allá de dichos supuestos, toda vez que el testador, en él declara o cumple deberes como antes ha quedado anotado.

La trascendencia del testamento resulta como consecuencia de la libertad que la Ley de las XII Tablas otorgó a los ciudadanos Romanos, ya que desde ese momento fué la forma más común de disponer de los bienes para después de la muerte hasta nuestros días.

C) Clasificación del Testamento en la Legislación Civil del Estado de Jalisco.-

Al respecto el Código Civil en su Título Tercero de la forma de los testamentos, Capítulo I disposiciones generales nos dice:

(19) Froylan Bañuelos Sánchez, De la Interpretación de los Contratos y de los Testamentos, Ira. Edición 1975, Cardenas Editor y Distribuidor, págs. 147 y 148.

"Art. 1433.- El testamento, en cuanto a su forma, es ordinario o especial.

Art. 1434.- El ordinario puede ser:

I.- Público abierto;

II.- Público cerrado; y

III.- Ológrafo.

Art. 1435.- El especial puede ser:

I.- Privado;

II.- Militar; y

III.- Hecho en país extranjero."(20)

Ahora vamos a describir brevemente cada una de las especies de testamentos.

Testamento Público Abierto.- Este testamento se otorga ante notario y tres testigos idóneos, es decir, que no sean inhábiles para tal efecto.

Es público porque la declaración de voluntad se hace ante un funcionario público. Es abierto porque su contenido es conocido tanto por el notario como por los testigos que en el acto intervienen.

El testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al notario y a los testigos. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estricta

(20) Código Civil del Estado de Jalisco, 3ra Edición, Editorial Porrúa, S.A., pág. 274, 1983.

mente a la voluntad del testador, y las leerá en voz alta para que ésta manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán todos el instrumento, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere otorgado.

Si alguno de los testigos no supiere escribir firmará otro de ellos por él, pero cuando menos, deberá constar la firma entera de dos testigos.

Si el testador no pudiese o no supiere escribir, intervendrá otro testigo más, que firme a su ruego.

En el caso de extrema urgencia, y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales, haciéndose constar esta circunstancia.

El que fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento, si no supiere o no pudiese hacerlo, designará una persona que lo lea a su nombre.

Cuando sea ciego el testador, se dará lectura al testamento dos veces: una por el notario y otra en igual forma por uno de los testigos u otra persona que el testador designe.

Cuando el testador ignore el idioma del país, si puede, escribirá de su puño y letra su testamento, que será traducido por dos intérpretes a que se refiere el código. La traducción se transcribirá como testamento en el apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto. Si el testador no puede o no sabe escribir, uno de los intérpretes-

escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por los intérpretes que deben concurrir al acto; hecha la traducción se procederá como se dispone en el párrafo anterior. Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento a uno de los intérpretes. Traducido por los dos intérpretes, se procederá a transcribir dicha traducción como testamento en el apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto.

Las formalidades se practicarán acto continuo y el notario dará fe de haberse llenado todas. Si faltare alguna de las formalidades referidas, el mencionado testamento quedará sin efecto, siendo responsable el notario, al que se le imputarán los daños y perjuicios quedando además suspendido del oficio.

Testamento Público Cerrado.- Es público porque al igual que el anterior interviene un notario, que es un funcionario con fe pública. Es cerrado porque su contenido es desconocido.

Puede definirse como la declaración secreta de la voluntad. El testamento público cerrado puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común.

El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si no supiere o no pudiere hacerlo, podrá firmar y rubricar por él otra persona a su ruego.

La persona que haya rubricado y firmado por el testador, concurrirá con él a la presentación del pliego cerrado en este acto, el testador declarará que aquella persona rubricó y firmó en su nombre y ésta firmará en la cubierta con los testigos y el notario.

El papel en que esté escrito el testamento o el que le sirva de cubierta, deberá estar cerrado y sellado, o lo hará cerrar y sellar el testador en el momento del otorgamiento y lo exhibirá al notario en presencia de tres testigos. El testador al hacer la presentación, declarará que en aquél pliego está contenida su última voluntad.

El notario dará fe del otorgamiento, con expresión de las formalidades requeridas, esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento, que llevará las estampillas del timbre correspondiente y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además pondrá su sello.

Los que no saben o no puedan leer son inhábiles para hacer testamento cerrado. El sordomudo podrá hacer testamento con tal de que esté todo él escrito, fchado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario ante cinco testigos, escribirá en presencia de todos, sobre la cubierta, que en aquél pliego se contiene su última voluntad y va escrita y firmada por él.

El que sea sólo mudo o sólo sordo, puede hacer tes-

tamento cerrado con tal de que esté 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 sujetándose a las demás solemnidades precisas para esta clase de testamento.

El testamento que carezca de las formalidades ya -- mencionadas, quedará sin efecto resultando el notario responsable de los daños y perjuicios, incurriendo además en la pérdida del oficio.

Testamento Ológrafo.- Solo podrá ser otorgado por -- las personas mayores de edad, y para que sea válido deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, con la expresión del día, mes y año en que se otorgó. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

Debe otorgarse por duplicado imprimiendo el testador en cada ejemplar su huella digital. Cada uno de los ejemplares se guardará en un sobre lacrado. El original se depositará en el Registro Público de la Propiedad. El testador puede poner en los sobre que contengan el testamento los sellos, señales o marcas que estime necesarios para evitar violaciones. En el sobre que contenga el testamento original, el testador de su puño y letra pondrá la siguiente constancia: Dentro de este sobre se contiene mi testamento; expresando la fecha en que se hace el depósito. El testador podrá en cualquier tiempo, retirar el testamento depositado.

En los casos en que el original sea destruido o robado se tendrá como formal testamento el duplicado.

No tendrá ningún valor este testamento cuando el -- original o el duplicado en su caso estuvieren rotos o el sobre que los cubre resultara abierto, o las firmas que las autoricen aparecieran borradas, raspadas o con enmendaduras, -- aun cuando el contenido del testamento no sea viciado.

Testamento Privado.- Este como las otras clases de testamentos especiales sólo surte efectos y es válido en casos de suma urgencia.

Esta especie de testamento sólo tiene lugar bajo -- las siguientes circunstancias:

- I.- Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no se dé tiempo para que concurra el notario a hacer el testamento;
- II.- Cuando no hay notario en la población;
- III.- Cuando aunque haya notario en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil que concurre al otorgamiento del testamento;
- IV.- Cuando los militares o asimilados del Ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Para otorgar este testamento, es necesario que el testador esté imposibilitado para hacer testamento público u-

ológrafo. El testador que se encuentre en el caso de hacer -- testamento privado, declararía en presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad que uno de ellos redactará por escrito si el testador no puede escribir. En aquéllos casos de suma urgencia bastarán tres testigos idóneos.

Puede sin embargo, otorgarse en forma oral cuando -- ninguno de los testigos puedan redactar por escrito las cláusulas del testamento por no saber escribir.

Si los testigos fueron idóneos y estuvieron conformes en todas y cada una de las circunstancias, el juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien se trate. El testamento privado sólo surtirá efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba o dentro de un mes de desaparecida la causa por la que lo realizó.

Testamento Militar.- Este testamento está permitido exclusivamente a los militares en el momento de entrar en acción de guerra u estando sobre el campo de batalla, aunque lo pueden otorgar también los prisioneros de guerra.

Puede hacerse valer verbalmente o en forma escrita, según la voluntad del testador. Bastará que declare su voluntad ante dos testigos o que entregue a los mismos el pliego -- que contenga su última voluntad o disposición, firmada de su puño y letra.

Después de la muerte del testador, el documento deberá ser entregado al jefe de la corporación, quien a su vez lo remitirá al Ministerio de Guerra y este a la autoridad Judicial competente.

Si el testamento hubiere sido otorgado de palabra, los testigos instruirán al jefe de la corporación, quien dará parte al Ministerio de Guerra y a su vez este denunciará-lo sucedido a la autoridad judicial competente.

Este testamento solo será válido si el militar fallece de la enfermedad o herida en el momento de peligro en que se hallaba, o dentro de un mes desaparecida la causa que lo motivó.

Testamento Hecho en país Extranjero.- Los testamentos hechos en país extranjero, producirán efectos en territorio Nacional cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgan.

Los secretarios de legación, los cónsules o vicecónsules mexicanos podrán hacer las veces de notario o de encargados del Registro en el otorgamiento de los testamentos de los nacionales en el extranjero en los casos en que las disposiciones testamentarias deben tener ejecución en nuestro país.

Los funcionarios mencionados remitirán copia autorizada de los testamentos que ante ellos se hubieren otorgado al Ministerio de Relaciones Exteriores.

CAPITULO II

A) Nulidad del Testamento. - "En los testamentos todas las nulidades son absolutas. Teniendo en cuenta las características fundamentales de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa de los actos jurídicos en general, podemos afirmar que en los testamentos todas las nulidades son absolutas, pues de ellas puede prevalerse todo interesado y no pueden desaparecer por la confirmación o la prescripción."(21)

En efecto, el testamento viciado de la nulidad sólo puede ser revalidado por el propio testador con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo pues de lo contrario será nula la revalidación. La nulidad tampoco desaparece por prescripción, en virtud de que ésta no puede correr contra el testador mientras vive porque él puede modificar su voluntad hasta el último instante de su vida; no podría producir el efecto de convalidar un testamento nulo ni de privar a los legítimos herederos de la transmisión patrimonial que se produce en el acto mismo de la muerte del actor. Finalmente la ley establece las nulidades relativas respecto de los actos jurídicos bilaterales o de los unilaterales cuyos efectos han sido ya aceptados, porque se trata de actos ejecutados por las partes con el propósito de que produzcan efectos jurídicos entre sí, siempre con la posibilidad de que las mismas partes corrijan o convaliden mediante actos positivos o abstenciones

(21) Lic. Luis Araujo Valdivia, Derecho de las Sucesiones, Editorial José M. Cajica Jr., 2da. Edición 1963, págs. 568 y 569.

prescriptivas los vicios susceptibles de ser corregidos o convalidados. En cambio en los testamentos, el testador no queda obligado en forma alguna desde el punto de vista patrimonial por la declaración de su voluntad, porque puede modificarla - cuantas veces quiera hasta antes de morir y porque solo produce efectos a partir del momento mismo de la muerte.

Se ha discutido qué clase de nulidad se presenta en los testamentos, en el caso de incapacidad.

"La capacidad de ejercicio es un elemento que sólo se requiere para la validez en los actos jurídicos, o sea, -- que es un elemento que se requiere para que no se nulifique. Por tanto, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del acto jurídico en general."(22)

Los principios que se deducen, en cuanto a los actos jurídicos en general, en el sentido de que la incapacidad produce la nulidad del acto, que éste puede llegar a valer -- por convalidación retroactiva, bien por la ratificación o confirmación, por el mismo incapacitado, o bien por extinción de la acción mediante la prescripción negativa, y que de ella se puede prevalecerse el propio incapacitado por sí o por su representante jurídico, no son operantes en materia de testamentos. En primer lugar, porque los preceptos donde se determina el plazo para la prescripción, se refiere de manera exclusiva a los contratos y a las obligaciones.

(22) Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., pág. 324. 1985.

En segundo lugar, porque la ley al momento en que se hace el testamento para juzgar de la capacidad e igualmente a que en todo supuesto el término de la prencipción no podrá empezar a correr sino hasta la muerte del testador, cualquiera que sea el lapso entre el otorgamiento y el fallecimiento, no se purgaría el vicio de incapacidad.

Por último, porque en esta materia de testamentos, no es factible que tenga lugar la ratificación con sus efectos característicos de convalidación retroactiva, ni aun en la hipótesis en que se alude a la revalidación ya que en este caso se trata de un nuevo otorgamiento o sea un nuevo testamento, porque la ley previene bajo pena de nulidad, que deberá revalidarse con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo, si el testamento es otorgado en estas condiciones no es susceptible de llegar a valer por ratificación o configuración, lo correcto es concluir que se trata de nulidad absoluta, de la cual puede prevalecerse cualquier interesado, que por virtud de una expectativa de acuerdo con las normas de la sucesión legítima, resulte favorecido con la anulación de la disposición testamentaria.

B) La Falsificación.- "La falsedad de un documento consiste en que contiene declaraciones contrarias a la ver--dad o que su texto ha sido adulterado materialmente. La falsedad de un documento puede ser, por tanto, objetiva y subje--tiva. La primera consiste en su alteración material por adic--ción, supresión o modificación o signo que altere su sentido original."(23)

La falsedad objetiva consiste en hacer constar en--el documento algo que no ha pasado en la realidad o de mane--ra diversa de como ha acontecido. En caso también de false--dad subjetiva aquel en que se hace aparecer que el documento procede de una persona que no fue su autor ni material ni in--telectual.

La falsedad puede ser civil o penal. Esta última --se caracteriza por estar configurada por la intención de de--fraudar a alguna persona o conjunto de personas e incluso al público en general, como sucede en los casos de falsifica--ción de billetes de banco. Si no existe intención fraudulen--ta, la falsedad es civil.

"Algunos juristas españoles sostienen que la falsedad equivale a la nulidad del documento.

Mattirolo explica la naturaleza jurídica de la fal--sedad en los siguientes términos: "La falsedad, en su más am--plio y natural significado, es lo opuesto a lo verdadero, y--por consiguiente cualquier supresión, mutación o alteración--

(23) Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil XVI Edición 1984, Editorial Porrúa, S.A., pág. 366.

de la verdad."(24)

La falsedad puede referirse a cualquier documento sea público o privado, y puede ser material o bien intelectual o moral: la primera consiste en la alteración material, en la cancelación o sustitución de una parte o también de toda la escritura; la segunda existe cuando en un documento materialmente verdadero, se exponen por el escribiente hechos o declaraciones que no están conformes con la verdad.

Tratándose de documentos públicos, los errores meramente materiales que se infieren del texto mismo del documento, pueden ser corregidos sin acudir a la querrela de falsedad. "El citado Mattiroleo, dice; "Ya hemos visto que la plena fe debida al documento público...no puede ser impugnada a no ser por el medio excepcional de la querrela de falsedad", y agrega en una nota: "Si se trata de un error meramente material, ocurrido en la formación del documento y resultante del conjunto del acto mismo...no será necesaria la querrela de falsedad."(25)

Ya queda dicho que según algunos jurisconsultos, la llamada falsedad civil de un documento, no es otra cosa que su nulidad del acto declarado en él. Enuncian como causas de dicha falsedad, las siguientes que son en realidad causas de nulidad: incapacidad de quien lo otorga, ilicitud del acto declarado en el documento, la falta de solemnidades que la ley exige para su validez, vicios en su redacción, simulación.

(24) Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil Editorial Porrúa, S.A., XVI Edición 1984, pág. 367.

(25) Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil Editorial Porrúa, S.A., XVI Edición 1984, pág. 370

C) La Falta de Solemnidad.- "En opinión de un tratadista español- Navarro Armandi -las solemnidades en los testamentos son tan necesarias que sin ellas, no existe verdaderamente acto jurídico."(26)

No basta, pues, para que el testamento exista, -- que se conozca la voluntad del testador, es necesario que esta voluntad se haya manifestado bajo cierta forma y llenando ciertos requisitos, es decir, en la forma y con los requisitos preestablecidos. .

La rigurosidad formalista que manifiestan los Códigos Civiles en relación con el testamento no es, ciertamente, hija del capricho, sino que tiene un sólido fundamento, como se ve, en la naturaleza misma del acto de última voluntad, en su trascendencia jurídico-económica y en la necesidad de garantizar eficazmente la prueba de la existencia de las disposiciones testamentarias.

Como en todos aquéllos casos en que el legislador exige una forma determinada para la realización de los actos jurídicos, en relación con el testamento, constituye una garantía de la seriedad del acto de última voluntad y de que esta tenga la expresión clara y manifiesta deseable.

No es la formalidad del testamento un estorbo para la consecución de los fines en el mismo perseguidos sino todo lo contrario.

Como pudimos apreciar en el capítulo anterior, -

(26) Luis F. Uribe, Sucesiones en el Derecho Mexicano, Editorial JUS, S.A., pág.164, 1962.

los testamentos en cuanto a su forma se dividen en ordinarios o especiales, y los primeros requieren mayor solemnidad que los segundos, sin embargo, tanto unos como otros son actos jurídicos formales y solemnes.

En los testamentos especiales las solemnidades son mínimas pero esto no quiere decir que cambie la naturaleza jurídica del testamento, sino que por las circunstancias especiales que autorizan la celebración de un testamento, en la de una emergencia, se reducen al mínimo las solemnidades, pero no se altera de ninguna manera la naturaleza jurídica del testamento que es siempre y esencialmente un acto formal y solemne. Y tanta es la importancia, que faltando el más insignificante requisito de forma establecida por la ley, el testamento es nulo y esta nulidad es de la categoría de nulidad absoluta. Estas solemnidades requeridas siempre son necesarias o esenciales al acto jurídico, o sea que es un elemento ad substantiam.

Como ya hemos dicho que en los testamentos especiales las solemnidades se reducen al mínimo, pero de todas maneras sigue teniendo el carácter de ad substantiam, por ejemplo el testamento militar que tiene su origen en el testamento *præscriptum*, que ya hemos tratado al estudiar esta Institución en el Derecho Romano y que es válido aunque no se escriba en papel común, sino solamente por el dicho verbal del testador y la presencia de dos testigos, sigue siendo un acto solemne y necesario, de todas maneras, que el dicho del testador que-

ha sido escuchado por esos dos testigos, se formalice en los términos precisos que marcan las disposiciones legales relativas, de suerte que, si después de recibido ese dicho del testador, los testigos no cumplen al pie de la letra todos los diferentes requisitos exigidos para que el dicho de ambos se formalice por escrito, ese testamento queda también viciado de nulidad absoluta. Por tanto, si se omiten algunas de las formalidades que se requieren como esenciales para que sea válido en el testamento público abierto, como por ejemplo que el notario haga constar que leyó al testador las cláusulas del testamento y que se encontraba en su cabal juicio y aun que realmente se pueda probar por los medios más amplios y plenos, que el testador estaba efectivamente en su cabal juicio, y que se le había dado lectura a su testamento, si estas circunstancias no se hicieron constar en el testamento, será nulo lo que demuestra que se trata de un acto eminentemente solemne.

Al respecto el Lic. Ernesto Gutierrez y González dice: "El testamento parece ser que fuera un acto solemne, pues, así lo dice la ley; sin embargo, se llega a concluir que el testamento no es un acto solemne sino formal, porque la norma dice que si no se cumplen las solemnidades el testamento quedará sin efecto, pero el "quedar sin efecto" implica el haber existido. Y si el acto fuera solemne, y no se cumpliera la forma solemne, entonces la expresión de la ley debiera ser --

que el testamento no existe, lo cual implica que se trata de un elemento para que el acto valga y no para que exista. Y si se trata de forzas solennes, la ley tendría que decir que el acto es inexistente, y dice sin embargo que es nulo."(27)

Nuestra opinión no está de acuerdo con la que da el Lic. Gutierrez y González porque las solemnidades se refieren a algo más que una forma, sino también para que entren en composición con el acto mismo.

(27) Lic. Ernesto Gutierrez y González, El Patrimonio, 2da. Edición, Editorial Cajica, S.A., pág. 576 y 577.

D) La Omisión de Formalidades.- El testamento es un acto rigurosamente formal, puesto que necesariamente ha de otorgarse según la manera establecida previamente por el legislador. No hay testamento sin formalidad preestablecida, por solemna que esta sea.

Respecto a esta característica del testamento, dice Clemente de Diego que este acto jurídico es solemne o formal porque su validez está ligada indudablemente a la observancia de ciertas formas especiales que no pueden ser suplidas ni modificadas por el otorgante; antes bien, están impuestas por el legislador como condición sine qua non de la eficacia y validez del testamento. Aquí, escribe Clemente de Diego, cual en los contratos solemnes o formales, dat esse rei, como decían los escolásticos.

Este formalismo se justifica plenamente según Clemente de Diego, más que en otro acto, por su trascendencia, porque puede abarcar la disposición de todo un patrimonio y porque está expuesto, como ninguno, a maquinaciones, máxime como se hace generalmente en momentos de poca salud, gran debilidad, etc.

"Para Traviesas, la forma es la única garantía de que lo que se expresa como voluntad del testador es lo que realmente este quiso expresar."(28)

Debe sostenerse, en relación con la forma de los testamentos, que no existe más acto de última voluntad válido

que aquel que es otorgado en la forma predeterminada por el legislador.

"Para Kipp las formas testamentarias, tienen la misión de asegurar la prueba de la última voluntad, impulsar al testador a reflexionar y delimitar con señales externas las disposiciones concluyentes, de los planes provisionales, ideas momentáneas y proyectos sin fuerza de obligar."(29)

A esas formalidades a que nos hemos venido refiriendo son las que en el capítulo anterior vimos en las diferentes clases de testamentos.

Aparte de que como también ya dijimos, se dividen en ordinarios o especiales, en cuanto a su forma, que en los primeros se requieren mayores solemnidades que en los segundos, y además también podemos catalogarlos en testamentos otorgados ante notario y aquellos que no requieren intervención del notario.

Los que requieren la intervención del notario son: el testamento público abierto y el público cerrado; los que no requieren notario son el testamento ológrafo, el privado y el militar. El hecho en país extranjero se otorga de acuerdo con la ley del país y con las formalidades exigidas por esa propia ley.

Pero podemos decir que en general en todos ellos se requieren cuatro formalidades:

Que la celebración del testamento se haga en conti-

(29) Rafael Rojas Villegas, Coméndico de Derecho Civil, Editorial Porrúa, Edición 1981, pág. 399.

nidad, es decir que la celebración del testamento se realice en un solo acto, sin que pueda suspenderse o interrumpirse. Por lo tanto, cualquier testamento en el que se interrumpa para continuarlo en otra fecha, viene a quedar viciado de nulidad absoluta.

Es también indispensable la presencia de testigos en un testamento. Al referirnos a cada uno de los tipos que regula nuestra ley, vimos que en algunos casos se requieren más testigos que en otros, pero siempre no exige en todos que haya testigos.

A nuestra opinión es también esencial que se identifique perfectamente al testador. De manera que si no se hace constar en el testamento que tanto el notario como los testigos conocen al testador o se han cerciorado, de algún modo, de su identidad, en el último caso, si no pudieran verificar la identidad del testador, hacer constar esta circunstancia agregando las señales que caracterizan a la persona del testador, ese testamento es nulo. Por consiguiente creemos que la formalidad de cerciorarse de la identidad del testador aparte de que lógicamente es indispensable, que es básica, puesto -- que lo que se pretende, es evitar una suplantación de la persona del testador, problema que va a surgir cuando este muera y por lo tanto es una exigencia que terminantemente el legislador ha puesto para que se cumpla en todas las diferentes especies de testamentos.

La capacidad de ejercicio requiere en nuestro derecho dos condiciones: ser mayor de 16 años, excepto para el otorgamiento del testamento ológrafa que se requiere la mayoría de edad. Y encontrarse el testador en su cabal juicio, ya sea de manera habitual o accidental respecto de aquellos que padecen enajenación mental y que en intervalos lúcidos pueden otorgar su testamento. El notario o cuando se trata exclusivamente de testigos, deben de cerciorarse de que el testador se encuentra en su cabal juicio y hacerse constar así en el testamento.

El notario y los testigos, o si no interviene notario al menos estos últimos, hagan constar, de manera expresa y clara que el testador se encuentra libre de cualquier coacción.

CAPITULO III

A) El Testamento Otorgado ante Notario Público.-

Primeramente veremos que se entiende por Fiat. El Fiat es la autorización que se obtiene para ejercer las funciones del notariado.

El artículo 8 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco dice; Para obtener la autorización del Ejecutivo del Estado para ejercer las funciones notariales, se requiere:

- I.- Ser mexicano por nacimiento.
- II.- Haber cumplido 27 años.
- III.- Ser Licenciado en Derecho con título legalmente expedido y con 5 años cuando menos de ejercicio profesional.
- IV.- Estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.
- V.- Tener su domicilio en el Estado de Jalisco,
- VI.- Haber obtenido la patente de aspirante para el ejercicio del Notariado.
- VII.- Haber practicado durante 3 años por lo menos, - en alguna de las Notarias del Estado.
- VIII.- Estar vacante alguna de las Notarias y aprobar en el exámen respectivo o proceder su otorgamiento a virtud de incremento de la población, en

los términos previstos por el artículo 7 de esta ley.

IX.- No padecer enfermedad permanente que impida el ejercicio de las facultades intelectuales, ni impedimento físico que se oponga a las funciones del Notariado.

X.- No haber sido condenado a pena privativa de libertad por sentencia ejecutoriada en proceso -- por delito intencional.

XI.- No haber sido separado del ejercicio del Notariado dentro de la República.

Los testamentos que se otorgan ante notario son, como ya vimos, el testamento público abierto y el público cerrado. En donde el notario juega un papel muy importante en este caso, porque ante él se van a realizar actos de última voluntad de una persona y es en él en quien deposita toda su confianza. La ley para esto, exige como pudimos ver, una serie de requisitos para los aspirantes a alguna notaría.

Actualmente el testamento más usual es el público abierto, lo que confirma lo que ya dijimos, que se tiene plena confianza en el notario, desde luego, también depende de las condiciones en que se encuentre la persona, que aunque quiera otorgar testamento público abierto, no se pueda hacer. Para lo que tendría que recurrir a las otras formas para casos especiales.

B) Los Testigos de Identificación y Asistenciales.-

Veremos primero qué se entiende por testigo. Según el Bocabulario Jurídico de Henri Capitant, persona en cuya -- presencia, y de intento o por azar, se cumple un hecho que -- cae bajo sus sentidos, que puede comprobar y del cual puede -- guardar memoria. Persona llamada a prestar declaraciones ante la justicia sobre un hecho, por lo común bajo juramento.

Al otorgar un testamento público abierto, se requiere de la presencia de los testigos instrumentales (asistenciales) y de los testigos de identidad (de identificación). Primeramente veremos cuáles son unos y cuáles son otros.

Los testigos instrumentales (asistenciales): son -- los que presencian el acto solemne del testamento, en presencia de quienes el testador dispone de sus bienes, instituye -- herederos o legatarios, nombra albacea y demás particulares -- del testamento. O sea que debe ver y oír al otorgante para poder precisar los dichos y circunstancias del acto, también entender el contenido del instrumento que autorizan con su presencia, intervención y firma, pues de lo contrario se expodrá an a ser testigos falsos.

Mientras se verifica el otorgamiento y lectura del instrumento o la autorización, deben estar todos presentes, -- pues deben cerciorarse de que la voluntad del otorgante no ha variado en todo ni en parte, y en caso contrario cómo, en qué y bajo qué condiciones.

Los testigos de identidad (identificación): son los que se limitan a manifestar al notario que conocen al testador y que es la persona cuyo nombre le ha proporcionado, sin notar en él signos patentes de incapacidad natural e ignorar que esté sujeto a incapacidad civil.

A nuestro modo de ver, la asistencia de los testigos resulta imprescindible en el testamento, ya que junto con el notario dan mayor seguridad, autenticidad del acto. Aunque hay versiones contrarias que dicen que no es necesario el testigo, que se trata de una reminiscencia histórica.

Pero aun así, creemos que si son necesarios los testigos.

CAPITULO IV

A) La Fracción I del Artículo 1436 del Código Civil del Estado de Jalisco.-

En nuestro código en la fracción I del artículo 1436 dice que no pueden ser testigos del testamento los amanuenses del notario que lo autorice.

De lo anterior se desprende que no se especifica -- qué se entiende por amanuense, o hasta qué otras personas más abarca este vocablo.

Dicho vocablo ha estado vigente desde el código de 84, por lo que desde esa fecha no ha sido aclarado o modificado, tal vez porque todavía se adaptaba a las condiciones de esa época.

Pero para la nuevas generaciones ya se nos hace raro oír ese vocablo, porque ya en ninguna parte se emplea, solo en esos textos antiguos.

También esta misma fracción se encuentra idéntica -- en otros códigos como el del Distrito Federal y el del Estado de Zacatecas, para lo que es preciso decir que nadie se ha -- preocupado por motivar al legislador a que por lo menos aclare dicha fracción.

B) El Concepto Amanuense.-

Según el Diccionario Nacional o Gran Diccionario -- Clásico de la Lengua Española, define: El que escribe a mano o a la mano, esto es, cerca del que le dicta.

Su raíz latina "manus" viene de la preposición ab - que significa procedencia, que procede a la mano, que con sus manos ab amanuense, escribe. No es una palabra compuesta, sino derivada o sea que es una palabra ordinaria para proponer-sustantivo, por ejemplo: forense, que es algo que pertenece al foro.

Otra definición es la que nos dá Henri Capitant en su Bocabulario Jurídico: amanuense; extensión del sentido propio miembro del Clero, luego letrado, opuesto a lo laico; latín eclesiástico.

Persona empleada en el estudio de un oficio público o ministerial. Especialmente el que se prepara para el ejercicio de las funciones de escribano, procurador, alguacil, tasador, etc.

De las definiciones anteriores, en nuestra opinión, ninguna es ya aplicable, porque en la primera nos habla del - que escribe a mano cerca del que le dicta, y por lo tanto en las notarías nada se escribe a mano.

En la segunda definición es el que se prepara para las funciones de escribano, actualmente ya no hay escribanos, que anteriormente eran los propios notarios, y no se puede -- ser testigo y notario a la vez.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

C) El Amanuense y la Falta de Idoneidad del Testigo en el Testamento Público Abierto.-

El testamento es un acto solemnísimos que la ley ha rodeado de formalidades con el objeto, no solamente de asegurar su autenticidad, sino de poder probar más tarde, con testimonios imparciales, cuales fueron las circunstancias que a veces pudieran producir hasta la nulidad del acto. De aquí -- provienen esas taxativas que la ley ha impuesto en cuanto a la idoneidad de los testigos, quizá'demasiado rigurosas; pero es necesario convenir en que la apreciación de su necesidad y conveniencia corresponde al legislador y no al juez, quien -- tiene que aceptarlas y decretar la nulidad del acto, si ésta sanción es la ordenada por la ley, por la omisión de determinados requisitos.

Se ha discutido si la asistencia de los testigos al otorgamiento del testamento es un requisito AD PROBATIONEM o por lo contrario, AD SOLEMNITATEM.

Los testigos son uno de los elementos integrantes de la solemnidad más que de prueba, un requisito esencial de la forma. "De lo contrario se aplicaría simple y sencillamente la regla jurídica de Santo Tomás: fides est de bono visis: la fe se refiere a las cosas que no vemos. De las que nuestro ojos ven, no necesitamos testigos."(30)

Si el testigo testamentario fuere requerido por el-

(30) Antonio de Ibarrola, Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, S.A., Edición 1987, pág. 692.

código simplemente ad probationem, bastaría al interesado probar en cualquier forma el contenido de un testamento.

Aun cuando los testigos del testamento sean meros -- testigos de solemnidad, con todo esto no prueba que sean simples figuras decorativas. Antes bien el significado de la exigencia de esta solemnidad, es crear una garantía de autenticidad y verdad del negocio aduciendo personas que puedan dar testimonio del proceso del otorgamiento y el contenido de lo declarado durante él.

Así los testigos testamentarios no se diferencian de los otros medios de prueba, sino que su aducción ha sido convertida en un elemento constitutivo esencial del negocio, a -- fin de que la prueba no pueda faltar regularmente.

Las personas que participan en el otorgamiento han-- de estar presentes durante todo él. La intervención de los tegigos instrumentales en número y en calidad, no solo es exigible en razón de su testimonio, sino precisamente como rigurosa y rígida solemnidad formal. Si los testigos no concurren a la manifestación de voluntad del causante en el testamento abierto o a la entrega y consiguiente declaración en el cerrado, -- propiamente no llegaría a nacer el acto jurídico mortis causa. Tampoco basta la mera presencia física, sino que es necesario que el testigo vea y entienda lo que ante él se realiza, como ha quedado dicho.

En nuestro código en la fracción I del artículo 1436

no existe la identidad del testigo, es decir, no se sabe si -- realmente el amanuense está apto para ser o no ser testigo. Y como hemos visto el amanuense, ya no existe, de aquí que podemos afirmar que mientras no se aclare o adapte a la realidad -- no puede hablarse de idoneidad.

D) El Amanuense y su Caducidad en el Ejercicio Notarial Moderno.-

El amanuense estuvo en voga en el siglo XIV en que los nobles y la aristocracia, para escribir o editar un libro, contrataban 5 o 10 amanuenses, los que recibían al dictado y escribían a mano de donde resultaban 5, 10 o 20 libros según el número de amanuenses contratados.

Ya en el siglo XV apareció la imprenta y vino la decadencia del amanuense, hasta desaparecer, ya que de la imprenta surgió la máquina de escribir y así sucesivamente han aparecido nuevas técnicas para agilizar el trabajo, por lo que actualmente no existen manuscritos pues en las Notarías ya no se escribe a mano en los libros del Protocolo ya no digamos en los duplicados.

Son tan avanzadas esas técnicas que también ya se pueden hacer por computadoras.

En conclusión el amanuense quedó descartado totalmente en la actualidad.

CONCLUSIONES

- I.- Pudimos ver lo importante que fué el testamento en la antigüedad, desde el Derecho Romano, y lo importante que sigue siendo actualmente.
- II.- Tal es la importancia que tiene el testamento que la ley lo ha rodeado de rigurosas solemnidades y formalidades, hasta el grado de que omitiendo la más mínima solemnidad o formalidad, queda investido de nulidad absoluta.
- III.- El testamento que actualmente es más usual, lo es el público abierto, por la confianza, de que se otorga ante funcionario público, investido de fe, y en que esa confianza es plena y asegura o garantiza el cumplimiento de la manifestación de última voluntad.
- IV.- Se denota lo esencial de la existencia de testigos al otorgamiento del testamento para dar confianza y certeza del mismo acto. Creemos que los testigos siguen siendo garantía para el notario y aun para el mismo testador.
- V.- La fracción I del artículo 1436 del código civil del Estado de Jalisco, no especifica claramente el significado del vocablo amanuense, que ha venido operando desde 1884.
- VI.- El amanuense ya no es un término adecuado a la realidad actual, porque ninguno de las definiciones se adapta.
- VII.- La idoneidad del testigo no existe en la fracción I del ar

tículo 1436 del artículo 1436 del código civil del Estado de Jalisco, porque si no se conoce, o no se especifica lo que debía entenderse como amanuense, menos se puede decir que sea idéneo.

VIII.- Finalmente, ante todo lo brevemente analizado, se excluye la posibilidad de seguir empleando el término de amanuense en -- nuestro código, entonces es necesario reformar dicha fracción a toda costa.

La posible solución al problema, a nuestro juicio, -- es reformar la fracción, quedando de la siguiente manera:

Art. 1436.- No pueden ser testigos del testamento:

I.-"Las secretarias, secretarios o cualquier otro empleado del notario que lo autorice. Entendiéndose por empleado, todas aquellas personas que de acuerdo a la Ley Laboral, tengan una relación de dependencia con el notario, cualquiera que sea la actividad o servicios que presten en una notaría."

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ARCE Y CERVANTES JOSE
De las Sucesiones, Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición 1988.
- 2.- ARAUJO VALDIVIA LUIS LIC.
Derecho de la Sucesiones, Editorial José M. Cajica Jr., S. A., Segunda Edición 1963.
- 3.- BAÑUELOS SANCHEZ FRYLAN
De la Interpretación de los Contratos y de Los Testamentos Cardenas, Editor y Distribuidor, Primera Edición, México,- D.F.,1975.
- 4.- BRENA SESMA INGRID
La Libertad Testamentaria, Un Siglo de Derecho Civil Mexicano (Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil),- Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria 1935-1985, Primera Edición 1985.
- 5.- CASTRO ZAVALETA-MUÑOZ LUIS
Civil III, 55 Años de Jurisprudencia Mexicana, 1917-1971,-- Cardenas Editor y Distribuidor.
- 6.- CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO
Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1983.
- 7.- DE IBARROLA ANTONIO
Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, S.A., Edición 1987.
- 8.- DE PINA RAFAEL
Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa,S.A.,Volumen segundo, Quinta Edición 1973.

- 9.- FERNANDEZ AGUIRRE ARTURO LIC.
Manual de Derecho Romano, Editorial Cajica, S.A., 1963.
- 10.- F. URIBE LUIS
Sucesiones en el Derecho Mexicano, Editorial JUS, S.A., México, 1962.
- 11.- FLORESGOMEZ GONZALEZ FERNANDO-CARBAJAL MORENO GUSTAVO
Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Editorial Porrúa, S. A., Decimonovena Edición 1971.
- 12.- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO LIC.
El Patrimonio, Editorial Cajica, S.A., Segunda Edición 1975
- 13.- HENRI CAPITANI
Bocabulario Jurídico, Ediciones Depalma, 1973, Traducción Castellana de Aquiles Horacio Guaglianone.
- 14.- NUEVA LEY DEL NOTARIADO DEL ESTADO DE JALISCO Y SUS REFORMAS
Salón de Sesiones del H. Congreso del Estado, Guadalajara, Jal., a 31 de Marzo de 1973.
- 15.- PALLARES EDUARDO
Diccionario de Derecho Procesal Civil, Decimosexta Edición corregida y aumentada, Editorial Porrúa, S.A, México 1984.
- 16.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL
Compéndio de Derecho Civil II, Bienes, Derechos Reales y - Sucesiones, Editorial Porrúa, S.A., XIII Edición 1981.