

318509²⁵

UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL

DUCE ET DOCE



ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
1987 - 1992

PROPUESTA PARA LA CREACION DE UN ARCHIVO FEDERAL DE TESTAMENTOS

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

ADRIANA RUTH BARROSO VILLARREAL

ASESOR DE TESIS: LIC. JAVIER ARNAUD VIÑAS

MEXICO, D. F.

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

I N D I C E

Página

CAPITULO I

ASPECTO GENERAL DE LA INSTITUCION TESTAMENTARIA.....	1
1.1. Evolución Histórica.....	1
1.1.1. La capacidad para heredar en las sociedades antiguas y en el Derecho Romano.....	1
1.1.2. El Derecho hereditario en la época feudal.....	4
1.1.3. El testamento en los sistemas jurídicos modernos....	6
1.2. Antecedentes en el Derecho Mexicano.....	10
1.2.1. La capacidad para heredar en el derecho precolonial.	10
1.2.2. El derecho hereditario en el México Independiente...12	
1.2.2.1. El Código Civil de 1884.....	14
1.2.2.2. Exposición de motivos del Código Civil de 1928..15	
1.3. Concepto y Naturaleza Jurídica del Testamento.....	16
1.4. Capacidad e Incapacidad.....	22
1.5. Nulidad, Caducidad y Revocación.....	27
1.6. Contenido y Figuras Testamentarias Comunes a los Testamentos.....	30

CAPITULO II

LOS TESTAMENTOS PUBLICOS Y EL TESTAMENTO OLOGRAFO.....	59
2.1. Disposiciones Legales aplicables a los Testamentos Ordinarios.....	59
2.2. Testamento Público Abierto.....	67
2.2.1. Concepto, requisitos y modalidades.....	67
2.2.2. Función notarial.....	71

	Página
2.2.3. Función de los testigos.....	74
2.3. Testamento Público Cerrado.....	77
2.3.1. Concepto.....	77
2.3.2. Forma y fondo.....	79
2.3.3. Formalización.....	80
2.3.4. Modalidades.....	82
2.3.5. Entrega, conservación y apertura.....	83
2.3.6. La función notarial.....	87
2.3.7. La función de los testigos.....	89
2.4. El Testamento Ológrafo.....	90
2.4.1. Referencia histórica.....	91
2.4.2. Concepto, formalidades y depósito.....	93
2.4.3. Apertura y declaración judicial.....	99

CAPITULO III

EL ARCHIVO GENERAL DE NOTARIAS Y EL ARCHIVO FEDERAL DE TESTAMENTOS.....	105
3.1. Antecedentes e Importancia del Archivo General de Notarías.....	105
3.2. Organización y Función.....	109
3.3. Servicios que presta.....	112
3.4. El Jefe del Archivo General de Notarías.....	113
3.5. Necesidad de un Archivo Federal de Testamentos.....	116
3.5.1. Justificación.....	117
3.5.2. Función del Archivo Federal de Testamentos.....	122
3.6. Organización del Archivo Federal de Testamentos.....	124
3.6.1. Procedimiento.....	127

	Página
3.7 Marco Legal.....	130
CAPITULO IV	
CONCLUSIONES.....	134
BIBLIOGRAFIA.....	154

INTRODUCCION

La impartición de justicia en nuestro país se ha visto afectada por vicios procesales ancestrales, dificultades técnicas, excesivos formalismos, falta de seguridad jurídica y sobre todo por una ausencia de economía procesal. El ideal de justicia pronta y expedita del constituyente de 1917, no se ha cumplido ni someramente; el procedimiento sucesorio testamentario ante jueces y notarios no ha sido la excepción. La ausencia de un control eficiente y preciso sobre la existencia y vigencia de disposiciones de última voluntad, han dado lugar a numerosos juicios y procedimientos sucesorios anulables, con el consecuente excesivo e innecesario gasto de recursos estatales y particulares, pero sobre todo incumpliendo disposiciones testamentarias válidas, privando en muchos casos de bienes y derechos a quienes legítimamente les corresponden, y en otras circunstancias provocando nuevos litigios sobre la propiedad de esos bienes y derechos.

En este orden de ideas los postulados del estado de derecho se desmoronan ante un mar de inseguridad jurídica con la pérdida correspondiente de la legitimidad del organismo estatal y de sus métodos de impartición de justicia.

La causa principal de este problema es la multiplicidad e independencia de los archivos de últimas voluntades y los juicios y procedimientos sucesorios localistas; lo que actualmente es por demás obsoleto, sobre todo con el perfeccionamiento de los medios de

comunicación y el rápido crecimiento y urbanización de nuestra nación. En consecuencia nuestro país requiere evolucionar en este aspecto, toda vez que cada día es más común que los habitantes de México vivan en una entidad federativa y realicen sus actividades económicas en los estados vecinos o en los del otro extremo de la nación. Luego entonces es una necesidad práctica la creación de un Archivo Federal de Testamentos, de esta manera, con esta institución, las autoridades judiciales y los notarios así como los particulares con interés jurídico de todo el país tendrán acceso a las disposiciones testamentarias válidas si éstas existen.

Esta tesis, que hoy pongo a su consideración, pretende realizar un análisis general de lo que son los testamentos y su evolución histórica en México, así mismo propone la creación de un Archivo Federal de Testamentos, su estructura jurídica, su justificación, los medios técnicos y jurídicos de su funcionamiento y la que consideramos es la forma más práctica de estructurarse.

El lector acucioso muy probablemente encontrará lo perfectible de esta obra, por lo que apelo a su benevolencia pues debe considerar la novedad de este organismo y que se trata de un intento que espero volver a retomar en mi vida profesional. Así mismo, espero que encuentren esta obra útil pues esto ha sido el paradigma que me impulsó a realizarla.

Por último sólo falta agradecer la docta asesoría del licenciado Javier Arnau Viñas y del doctor Carlos Casillas V., a quienes deben atribuírseles los aciertos que tenga esta tesis profesional, en cambio

en lo que respecta a los errores que en ella se encuentren son de mi exclusiva responsabilidad.

La sustentante.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA INSTITUCION TESTAMENTARIA

1.1. Evolución Histórica.

1.1.1. La capacidad de heredar en las sociedades antiguas y en el Derecho Romano.

En las comunidades primitivas, la institución testamentaria, era aun desconocida ya que no estaba reconocido entre sus miembros el derecho de propiedad privada.

El testamento es considerado como una de las instituciones jurídicas más lentamente elaboradas, en el devenir histórico del derecho civil no adquiere su pleno desarrollo y trascendencia, sino hasta el derecho romano; dado que: "...en las primeras sociedades no existió sucesión testamentaria; ni siquiera derecho de sucesión, porque, o no estaba reconocido el derecho de propiedad individual, o lo estaba con un carácter temporal o revocable, que hacía que a la muerte del individuo volviera el patrimonio a la colectividad de que procedía..." 1 .

Tan pronto como aparece en la sociedad la propiedad privada, que por naturaleza adquiere el rango de perpetua, el derecho de propiedad no desaparece con la muerte y da nacimiento entonces al fenómeno de la

sucesión hereditaria . De esta manera, la aparición de la propiedad individual coincide con el nacimiento de la sucesión legítima, que dará vida posteriormente a la figura testamentaria; luego entonces la "sucesión por testamento es en el orden al tiempo de aparición muy posterior a la legítima"².

Así en el antiguo imperio egipcio , al igual que en otras civilizaciones del pasado la institución testamentaria les era aun desconocida a pesar de que el culto a los muertos fue muy importante para este pueblo, en virtud de que los seres humanos a su muerte adquirían una especie de naturaleza divina, no se preocupaban por repartir sus bienes muebles ya que los más valiosos casi siempre les acompañaban en su viaje al reino de los muertos , en este orden de ideas, la transmisión de los bienes en la sucesión se realizaba de ascendientes a descendientes mediante ciertas donaciones o especies de adopciones (a esta última figura se recurría cuando por falta de descendientes se deseaba dejar bienes a otras personas).

La cultura mesopotámica, por su parte, tampoco conoció el testamento pese a que el Rey Hammurabi promulgó el conjunto de leyes más antiguo que se conoce.

Fue en Grecia donde la sucesión legítima ya se conocía existiendo grandes posibilidades de que la sucesión testamentaria hubiese aparecido en alguna de las ciudades estado griegas, especialmente en la etapa histórica llamada clásica.

² Ibidem. pp. 286

Para algunos doctrinarios, los griegos, al igual que los germanos, sólo conocieron la sucesión legítima; en este sentido Luis Muñoz considera que en Atenas más que disponer por testamento quien sería el sucesor de una persona a su fallecimiento, se empleaba una figura jurídica indirecta como lo es la adopción, al afirmar que " En Atenas la adopción sirve como institución de herederos..."³

Otros autores consideran que el testamento ya existía en la Grecia Clásica y piensan que por la configuración griega estructurada en pequeños Estados (Polis) con legislación propia diversa en algunos de ellos se pudo desarrollar tal institución; al respecto podemos señalar que Isócrates, filósofo y orador "...en un discurso conocido como la Eginética, hizo alusión a un proceso realizado en EGINE sobre la validez de un testamento de un difunto extranjero domiciliado en esta ciudad y en el cual se presentó la posibilidad de escoger entre cuatro leyes diferentes para determinar dicha validez: la Ley de EGINE; Ley del Lugar de la celebración del testamento; Ley del último domicilio del difunto, ley de la nacionalidad del testador y la Ley del Estado donde el heredero era residente".⁴ entonces la figura testamentaria, tuvo un antecedente en la cultura griega, más desgraciadamente la información con la que contamos sobre este tema no nos permite profundizar en tal cuestión.

En la historia de las comunidades griegas resulta relevante la

³ LUIS MUÑOZ y SALVADOR CASTRO Z. Comentarios al Código Civil. tomo I. Editoria Cardenas Editor y Distribuidor. México 1974. pp. 747.

⁴ LEONEL PEREZ NIETO CASTRO. Derecho Internacional Privado. 3a edición. editorial Harla. México, D.F. 1984. pp 10.

aparición, por razones de orden social de "oficiales públicos encargados de redactar documentos para los ciudadanos. Se habla de Sígraphos y de apógraphos, de un registro llevado por los primeros ...Otros hablan de funcionarios conocidos como Maemon (Promneon etc.) de quienes se afirma estaban encargados de la formalización y de registrar tratados públicos y las convenciones y contratos privados"⁵.

Con el Derecho Romano la institución testamentaria logra alcanzar un desarrollo y un perfeccionamiento importante, y de una trascendencia tal, que aun en los códigos civiles actuales de un gran número de países, entre ellos el nuestro, se nota su influencia.

El testamento para los romanos era sumamente, importante dado que integraba junto con la llamada sucesión *ab intestato*, las dos formas únicas de designar herederos; con la existencia de éstos, se encuentra satisfecho un triple interés: el interés del difunto, el interés de los acreedores y un interés religioso.

Así mismo, los testamentos fueron modificados con el desarrollo de las distintas épocas dándose diversos tipos de acuerdo a las situaciones en las que se encontrasen las personas (guerra, paz etc.) quienes testaron o bien se declaran normas para simplificar el procedimiento .

1.1.2. El derecho hereditario en la época feudal.

⁵ LUIS CARRAL Y DE TERESA. Derecho Notarial y Registral. Segunda edición. Editorial Forrua S.A. 1970. pp 65.

La sucesión por causa de muerte en la época feudal a diferencia de la sucesión romana que era individualista adquiere rasgos eminentemente familiares, fortaleciendo así algunas instituciones de derecho sucesorio.

El período histórico feudal, sirve de marco para que el derecho sucesorio adquiriera nuevas características influenciado por el cristianismo de esta manera se considera que: *"La sucesión 'mortis causa' de la edad media es familiar (legítima de los hijos, pactos sucesorios, fideicomisos, etc.), en contraposición al exagerado individualismo romano."*⁶

Así en esta etapa de la humanidad cuyo desarrollo económico-social estaba basado en feudos (indivisibles) manejados por un señor feudal, vasallo directo y fiel del rey, la sucesión testamentaria vió frenado el desarrollo que adquirió durante la vigencia del Derecho Romano y cedió ante la sucesión legítima de los descendientes.

Cabe agregar que el origen de esta etapa se encuentra en instituciones y costumbres de raíz germánica por lo que es conveniente señalar que los germanos en un principio sólo conocieron la sucesión legítima, pero con el paso del tiempo la influencia del derecho romano y del cristianismo fueron aceptando la sucesión testamentaria.

La base de la vida social de los pueblos germánicos era la familia monógama y de tipo patriarcal; la cual comprendía a los parientes a los vecinos a los clientes y esclavos, y se hacía responsable

⁶ LUIS MUÑOZ Y SALVADOR CASTRO ZAVALETA. ob. cit. pp 747.

solidariamente de los delitos de sus miembros.

Primitivamente reconocieron la sucesión en la que en sus inicios tenía preferencia para suceder el vecino y no los parientes próximos, por lo que regularmente trasladaban en vida sus bienes mediante la llamada afatonia "La afatonia germánica es la traslación en vida de los bienes a falta de posibilidades de dejarlos a individuos de la familia..."⁷

Sobre la evolución de las sucesiones en derecho germánico el licenciado Antonio De Ibarrola nos presenta a manera de reseña el siguiente cuadro:

"a) Primeramente heredó el vecino...

"b) En el siglo VI CHIPELRICO ordenó que el hijo y el hermano tuviesen preferencia sobre el vecino...

"c) Después fue afirmándose la sucesión familiar y apareció la herencia forzosa, INTESTADA.

"d) Gracias a la influencia del Derecho Romano y de la Iglesia se aceptó el testamento."⁸

1.1.3. El Testamento en los Sistemas Jurídicos Modernos.

En la últimas décadas del siglo XVIII el mundo entero se estremece por la Revolución Francesa que abarcó un período de diez años

⁷ idem.

⁸ ANTONIO DE IBARROLA. Cosas y Sucesiones. 3a edición. Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1972. pp 545.

(1789-1799) plebiscario de sucesos que transformaron la vida económica, social, política y jurídica de Francia y de toda Europa. La Asamblea Nacional logra la abolición de la monarquía absoluta y (por presión ejercida por el pueblo francés), que la nobleza renuncie a ciertos privilegios; proclamando los derechos del hombre y del ciudadano, en virtud a lo cual se considera que todos los hombres nacen iguales frente al orden jurídico contando con derechos naturales imprescriptibles que el Estado debe de conservar y proteger.

Aun cuando el derecho de testar se considera de carácter natural, por el cual el ser humano es capaz de disponer para después de su muerte; Mirabeau consideró que: "El Estado es dueño de todas las propiedades; el derecho de testar no es un derecho natural, sino una creación de la Ley, y si los parientes tiene derechos sucesorios es tan solo en cuanto que el Estado cede o abandona esos DERECHOS."⁹

El código civil promulgado por Napoleón, que ha servido de inspiración a la mayoría de las legislaciones actuales, admitió la sucesión testamentaria y la prefirió, como sucedió en Roma, a la legítima, estableciendo además al respecto una clara ordenación jurídica basada en el Derecho Romano.

Antonio de Ibarrola nos presenta las aportaciones del código de Napoleón al derecho sucesorio de la siguiente forma esquemática:

"a) Concluyó con los privilegios por razón de sexo.

"b) Admite la sucesión testamentaria; pero al establecer la

⁹ ibidem. pp.546..

institución de la LEGÍTIMA... hizo ilusoria la libertad del testador.

"c) Abolió la vinculación de la propiedad,

"d) prefirió la sucesión (así) TESTAMENTARIA.

e) Estableció, en la sucesión legítima un orden de suceder." ¹⁰

También en Italia la sucesión testamentaria tomó preponderancia con respecto de la sucesión legítima y se fue transformando de manera paulatina de ser exclusivamente de un acto de disposición de bienes a lograr que en su contenido válidamente se aceptaran disposiciones de carácter no patrimonial.

Fue en 1865 que en Italia, bajo el reinado de Víctor Manuel II se promulgó el Código de 1865, en el cual era considerado el testamento como un acto de disposición de bienes de manera exclusiva al señalar que éste es "...un acto revocable por el que alguno según las reglas establecidas por la ley, dispone para el tiempo en que habrá de dejar de vivir todos sus bienes o de parte de ellos en favor de una o más personas."¹¹ Además de que existían artículos expresos que contraponían el testamento a otras declaraciones de última voluntad que podían contar con disposiciones de carácter no patrimonial estableciendo en su artículo 135 que: "Las disposiciones de carácter no patrimonial, que la Ley consiente que sean contenidas en testamento tienen eficacia incluso si en el acto faltan disposiciones de carácter

¹⁰ Ibidem. pp. 546.

¹¹ ANTONIO CICU. El Testamento. Traducido por Manuel Fairen Martínez. Editoria Revista de Derecho Privado, Madrid España, 1939. pp. 9.

no patrimonial."¹²

Así mismo este código clasificó los testamentos en ordinarios (Ológrafo, Notarial Público y secreto), y extraordinarios (los realizados en caso de enfermedades contagiosas, el hecho en viaje por mar, etc.); y prohibió los pactos sucesorios.

En cuanto a la legislación española, se puede afirmar que el testamento adquiere una importancia relevante al ser un medio seguro de disponer del patrimonio para después de la muerte. su evolución se ve influenciada primero por disposiciones de Derecho Romano y luego por el derecho francés, elementos que se adecuaron a las costumbres locales.

En el siglo XIII, ya las leyes españolas hablaban de testamentos, disponiendo que los mismos se deben otorgar necesariamente ante un escribano, en el Fuero Real, y ya el Código de las Siete Partidas del Rey Alfonso X promulga el Ordenamiento de Alcalá que contiene una ley que interesa al derecho sucesorio, que es la del título décimo noveno que establece: "...el testamento debe hacerse ante escribanos públicos con presencia de tres testigos a lo menos, vecinos del lugar, se impone la unidad del acto para el testamento y se reconoce como válido morir parte testado y parte intestado."¹³

¹² idem.

¹³ HECTOR MIRANDA COTA. Legislación Notarial Mexicana. Editorial, Librería Carrillo Hermanos e Impresores. S.A. Guadalajara Jal. 1986. pp. 66. Tomo I.

Son también importantes las Leyes del Toro de 1505 las cuales reglamentaban el otorgamiento del testamento por medio de comisario (procurador) al que se le fijaba de antemano facultades para otorgar un testamento en nombre de otras.

Las leyes citadas se aplicaron tanto en España como en sus colonias y cabe señalar que en las mismas se manejaban clasificaciones variadas de testamentos.

En el siglo XIX, el Código Civil español admite la sucesión testamentaria (que puede ser libre y limitada), la sucesión legítima y la mixta; considerando que en la testamentaria existen alrededor de veintidós formas diferentes de testar (considera entre otros al testamento ológrafo, el abierto, el cerrado etc.).

1.2. Antecedentes en el Derecho Mexicano.

1.2.1. La Capacidad para Heredar en el Derecho Precolonial.

En las sociedades prehispánicas más avanzadas se permitía disponer, en vida, de los bienes y derechos no patrimoniales para después de la muerte; en otras palabras se tiene conocimiento ya del testamento.

Es muy frecuente que al estudiar la evolución del derecho mexicano se omita la época anterior a la llegada de los españoles, quizá porque se considera que las instituciones existentes en esa época no tienen

relación alguna con nuestra actual legislación; más cabe decir que en nuestro derecho actual y en las costumbres regionales de nuestro país perviven conceptos y normas del derecho prehispánico.

La organización jurídica-política de las comunidades precoloniales alcanza un avance considerable en tres grupos que son los Toltecas, los Mayas y los Aztecas, en orden cronológico, siendo precisamente estos últimos con los que el grado de adelanto en la práctica y aplicaciones del sistema jurídico es más visible.

En materia de sucesiones generalmente se heredaba dignidad y bienes al hijo primogénito de la esposa principal o, sucesivamente, a los nietos o hermanos (el mejor); entre los plebeyos además, en su caso adquirían por herencia el sobrino, el pueblo o el rey, más lo anterior no descartaba la posibilidad de que el de *cujus* testara con libertad. Al respecto Lucio Mendieta expresa que: *"como regla general heredaba el hijo primogénito del padre; particularmente los bienes del mayorazgo que le pertenecía por herencia con la dignidad que a ellos correspondía, pero se le desposeía de sus bienes durante el tiempo que el rey determinaba, en caso de dar lugar a ello por mala conducta... la dignidad y los bienes se transmitían al hijo primogénito habido con la esposa principal, o sea que había tomado en matrimonio con las formalidades acostumbradas... si no había primogénito, heredaba un nieto y a falta de este un nieto segundo; a falta de todos éstos heredaba el hermano que se consideraba mejor entre varios ...sin embargo, de lo dicho había libertad de testar, pues el autor de la herencia podía elegir en vida a su sucesor. Entre los plebeyos generalmente heredaba el primogénito de la legítima esposa... Si moría*

una persona sin dejar hijos su herencia correspondía al hermano o al sobrino y a falta de uno y otro heredaba el pueblo o el rey."¹⁴

Además si los herederos no habían alcanzado la mayoría de edad, los bienes del caudal hereditario se daban a su tutor (la madre o un tío paterno) quien tenía la obligación de entregarlos cuando estos lograsen la edad adulta.

Se puede concluir que en las comunidades prehispánicas más avanzadas, el testamento era una institución por medio de la cual se permitía disponer, en vida, de los bienes y derechos (dignidad sobre todo para después de la muerte). Así mismo, el derecho sucesorio logró desarrollarse de manera trascendente y eficaz, mostrando en estos aspectos una concepción jurídica elevada.

1.2.2. El Derecho Hereditario en el México independiente

Antes de hacer referencia a esta etapa, cabe señalar que a partir de la conquista española, en nuestro país se aplican una serie de disposiciones que regían ya al pueblo español relativas al derecho sucesorio y que sustituyen el marco jurídico de civilización prehispánica.

Así el ámbito del derecho civil fue regulado esencialmente por las leyes de Las Partidas, compilación elaborada en tiempos de Alfonso X, el sabio; ocupándose del derecho civil las partidas "... cuarta (del

¹⁴ LUCIO MENDIETA Y NUÑEZ. El Derecho Precolonial. 3a edición. Editorial Porrúa, S.A. México D.F. 1976, pp 101 a 103.

matrimonio) , quinta (contratos, obligaciones) y sexta (testamentos y herencias).¹⁵

También hay que tomar en cuenta en este período a las Leyes del Toro de 1505, la nueva recopilación es de 1567 y la novísima recopilación de 1805, así como aquel antiquísimo ordenamiento de Alcalá y algunas disposiciones gubernamentales.

Cabe decir, que en tratándose de sucesiones en las Leyes de Indias ocurría que "... fuera de complicadas reglas y disposiciones sobre la sucesión en Encomiendas, Mayorazgos y Casicazgos, el derecho indiano sólo añade... el muy informal testamento de indios, algunas medidas para proteger la libertad testamentaria contra presiones por parte del clero y reglas minuciosas para garantizar la debida administración de las sucesiones abiertas en las Indias, que debían ser remitidas a herederos domiciliados en la Península."¹⁶

Al lograr la independencia, nuestro país siguió rigiéndose por las leyes implantadas por la corona española hasta que poco a poco éstas fueron substituidas por leyes enteramente de carácter nacional; por consiguiente en materia de sucesiones durante un tiempo considerable no existió un cambio importante, con relación a la legislación aplicada en la colonia.

Oficialmente fue hasta el año de 1837, en que se ordenó que se

¹⁵ RICARDO SOTO PÉREZ, Nociones de Derecho Positivo Mexicano. 16a Edición, Editorial Esfinge S.A. de C.V. México D.F. 1982, pp 15.

¹⁶ GUILLERMO FLORIS MARGADANT S. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano 4a edición. Editorial Esfinge S.A. México D.F. 1980. p.p. 108.

siguieran aplicando las leyes españolas en aquello en que no se opusiera a la legislación nacional que comenzaba a integrarse; y hasta en la Ley Central de 1853, expedida por Antonio López de Santa Anna, se declaran en vigor las disposiciones legales anteriores, sean castellanas o nacionales.

En materia de sucesiones continuaron vigentes las Leyes de Indias, Las Leyes de las Partidas, las Leyes del Toro y el Ordenamiento de Alcalá, entre otras.

Es a partir de la guerra de Reforma, cuando en materia de sucesiones, se logran avances interesantes que trascienden con la promulgación del Código Civil de 1870, el cual se inspiraba en el Código Español. limitaba la libertad de testar con disposiciones que protegían a la familia del *De Cujus* (la *portio legitima*), ya que éste sólo disponía de una parte de los bienes con entera libertad y la otra debía estar destinada a sus parientes más cercanos. La vigencia de este cuerpo legislativo fue relativamente corta, pues catorce años más tarde sería substituido por el Código Civil de 1884.

1.2.2.1. *Exposición de Motivos del Código Civil de 1884.*

El Código Civil de diciembre de 1870 fue reemplazado por el del 31 de mayo de 1884, entre sus principales modificaciones están: La supresión de la *portio legitima*, la *integrum restitutio* y la interdicción por prodigalidad.

Así, en materia de sucesiones lo más trascendente fue el establecimiento de la libertad para testar; admitió los condicilios y las memorias testamentarias (los que en la actualidad son nulos); también aceptaba dentro de los testamentos con forma ordinaria al público abierto y al público cerrado, pero no incluyó al testamento ológrafo.

1.2.2.2. *Exposición de Motivos del Código Civil de 1928.*

A finales de agosto de 1928 fue expedido el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, y que hasta la fecha rige el ámbito civil del Distrito Federal (aunque afectado por numerosas reformas). Entró en vigor a partir del primero de octubre de 1931, resultando menos individualista que el anterior Código de 1884.

En materia de sucesiones adoptó la doble forma; la testamentaria y la legítima, y en las dos se establecieron restricciones exigidas por los intereses sociales y las tendencias de la época. Por lo que respecta a la sucesión por testamento, aunque con ciertas reservas, admite la libertad de testar (pero dejando siempre a salvo el derecho de alimentos); además de adoptar el testamento ológrafo y de declarar la incapacidad legal de los ministros de los cultos, para ser herederos por testamento de ministros del mismo culto o de particulares con los que no tengan parentesco, por citar alguna de las novedades que establece y que veremos más adelante.

En suma podemos decir que el Código Civil vigente en el Distrito Federal, pese a que en materia testamentaria se inspira en el

principio de la libre testificación, atempera el individualismo existente en el predecesor. Además de hacer hincapié, en que aun cuando, con el transcurso del tiempo se han reformado o modificado alguno de sus preceptos en términos generales, en ocasiones sus disposiciones resultan inadecuadas, insuficientes o incompatibles con nuestra realidad social.

1.3. Concepto y Naturaleza Jurídica del Testamento.

Existen tanto en la doctrina nacional como internacional un sinnumero de definiciones que han tratado de explicar lo que es la figura testamentaria, generalmente considerando sus elementos y efectos; así Micius Scaevola nos dice que el testamento es; "...Un acto espontáneo, personal, solemne y revocable, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley, dispone, para después de su muerte, tanto de su fortuna como de todo aquello que en la esfera social en que vive, puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que a él están unidas por cualquier lazo de intereses"¹⁷.

De una manera más sintetizada, De Buen define al testamento como: "...Un acto unilateral y solemne por el que una persona manifiesta su voluntad para que se cumpla después de su muerte"¹⁸

En el ámbito nacional el maestro Rojina Villegas, apoyándose en la

¹⁷ LUIS MUÑOZ. Derecho Civil Mexicano (Derechos Reales, Sucesorios), Editorial Editorial Ediciones Modelo. México D.F., 1971. Tomo II. pp. 406.

¹⁸ RAFAEL DE PINA. ob. cit. pp. 287. Apud. De Buen. Derecho Español Corún. pp. 781.

legislación civil vigente en el Distrito Federal considera que: "El testamento es un acto jurídico unilateral personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma"¹⁹

Actualmente, nuestro Código Civil del 30 de agosto de 1928 (y que nos rige desde octubre de 1932) define al testamento, sintetizando la naturaleza jurídica del mismo en su artículo 1295, en los términos siguientes:

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

La definición legal antes transcrita hace mención de las características esenciales del testamento (acto jurídico personalísimo, revocable, etc.) y también no sólo atribuye al mismo un carácter patrimonial (transmisión de los bienes y los derechos) sino además, excepcionalmente de naturaleza no económica (declaración y cumplimiento de deberes).

características

Acto jurídico.

¹⁹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS. Compendio de Derecho Civil II. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. 16a edición. Edit. Porrúa S.A., México D.F., 1984. pp. 383.

El testamento es una manifestación de la voluntad que tiende a producir consecuencias en el ámbito jurídico, traducidas éstas tanto en la disposición de bienes y/o derechos y en la declaración o cumplimiento de deberes (que podrían ser de carácter meramente moral). Ahora bien el testamento es un acto en el que encontramos únicamente la manifestación de una voluntad, la del testador y cuya eficacia se actualizará a su muerte; esto nos lleva a estimarlo como un acto jurídico unilateral cuya regulación es equiparable a la de los contratos en todo aquello en que no se oponga a las disposiciones específicas que lo rijan o a su propia naturaleza, como se dispone en el siguiente artículo:

Art. 1859.- "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicadas a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."

Revocable.

Otra característica fundamental del testamento es su revocabilidad; la que puede ser posible mientras viva la persona que lo ha otorgado. Dicho carácter es irrenunciable y no puede ser motivo de convenio en contrario pues caeríamos dentro del pacto sucesoral (arts. 1492 y 1493)

La revocación puede ser total o parcial, y expresa (cuando en forma terminante el testador manifiesta que es su voluntad dejar sin efectos su testamento anterior) o tácita (que resulta de las

circunstancias) ya que serían incompatibles las disposiciones testamentarias como lo señala el artículo 1494 del Código Civil.

Así, pese a ser un acto jurídico revocable, la institución estudiada no es un mero proyecto o una previsión a futuro; es un acto jurídico perfecto desde su nacimiento, cuyos efectos se producirán hasta que el testador muera.

Libre.

La libertad del testamento se traduce, primeramente en que como todo acto jurídico la voluntad debe otorgarse sin coacción alguna; y, en segundo lugar, el testador tiene plena libertad para dejar sin efectos la institución de herederos y/o legatarios que hubiese hecho y designar nuevos, y además a disponer de todo o parte de sus bienes como mejor le parezca, indicando así, nuestro Código Civil en ciertos artículos, entre los que señalamos:

Art.1344.- "El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes".

Art.1485.- "Es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge, o de sus parientes".

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

Por otra parte, aun cuando nuestra ley civil actual sigue el principio de la libre testificación, establece la obligación de dejar alimentos a las personas señaladas en el artículo 1368, de no cumplirse, se impone como sanción, la inoficiosidad del testamento (artículo 1374).

Personalísimo.

El testamento es un acto personalísimo, porque no puede desempeñarse por conducto de representantes; sino que el testador en persona es quien debe manifestar su voluntad, instituyendo herederos y/o legatarios, asignando cantidades y distribuyendo bienes.

No obstante a que el testamento no puede quedar expuesto a que el representante o apoderado se desvíe de la verdadera voluntad del testador, en la mayoría de los casos se puede buscar el consejo de un tercero, preferentemente un jurista en relación al contenido y redacción del testamento; esto, no priva, el acto de su naturaleza personalísima, pues la voluntad que en él se manifiesta no es la del asesor, sino del causante.

Consecuencia del carácter personalísimo es que en un sólo acto no pueden testar dos o más persona, sino que debe otorgarse por un testador único; y tampoco puede encomendársele a un tercero instituir herederos o establecer las porciones hereditarias (aparentemente el artículo 1298 estatuye una excepción a esta regla, pero no sucede así,

ya que simplemente se le encarga a alguien individualizar las personas, y la distribución de las cantidades que ya había fijado el causante). Según dispone nuestro código civil en sus artículos 1296 al 1299.

Formal.

El testamento es un acto rigurosamente formal, dado que siempre ha de otorgarse, conforme a la manera establecida previamente por la ley; por lo que no existen testamentos sin formalidad prestablecida, por pequeña que la misma sea.

Dentro de los actos formales existe una subdivisión que los distingue en: solemnes y no solemnes; en los primeros la forma es constitutiva o substancial (*ad-solemnitatem*), mientras que en los segundos, la forma solamente tiene efectos probatorios (*ad-utilitatem*). En nuestro derecho, al igual que en los derechos de corte latino, el testamento es un acto jurídico unilateral substancialmente solemne, al considerar que la forma es necesaria y constitutiva; dado que es elevada por sus códigos al rango de elemento esencial. La solemnidad se exige con el propósito de llamar la atención de quien la otorga; y de la sociedad, sobre la importancia del acto.

En términos generales concluimos este apartado afirmando que desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, en nuestro derecho, el testamento es un acto jurídico unilateral, revocable, libre, personalísimo y de carácter solemne por el que un individuo manifiesta su voluntad, tendiente a la disposición de su patrimonio, a la

declaración o cumplimiento de deberes de naturaleza económica o meramente moral, que tendrá plena eficacia después de su muerte.

1.4. Capacidad e incapacidad.

En la institución testamentaria como en todos los actos jurídicos, la capacidad es regla general, pero existen dos excepciones que son: la incapacidad por falta de edad y la incapacidad por demencia.

Art. 1305.- "Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho."

Art. 1306.- "Están incapacitados para testar:

1.- Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad y sean hombres o mujeres.

2.- Los que habitualmente o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio."

La ley señala que los 18 años cumplidos, es la edad base para el otorgamiento de un acto jurídico en general; más en el testamento, por su carácter excepcional, se fija a los 16 años cumplidos, y antes de la misma la incapacidad es absoluta (sin embargo, cabe señalar, que en el ológrafo la capacidad requerida se obtiene a los 18 años).

Respecto a lo anterior algunos doctrinarios critican: "...al legislador por haber señalado los dieciséis años como punto de partida de la capacidad para testar y expresar que a esa edad no puede esperarse una madurez de espíritu suficiente para resolver

adecuadamente el contenido que puede tener el testamento, por ejemplo: el reconocimiento de un hijo natural; pero el legislador estimó oportuno señalar esa edad, probablemente porque consideró que en nuestro medio al llegar a ella, se tiene cierta posibilidad de madurez, además porque a esa edad el menor puede trabajar formarse un patrimonio y casarse..."²⁰

En virtud de las reformas al artículo 450 fracción segunda del código civil, publicada en el diario oficial de la federación el día 23 de julio de 1992 desaparece la incapacidad relativa y con ella la posibilidad de que el incapaz con ratos de lucidez pueda otorgar testamento, pues es considerado ahora por la Ley permanentemente incapaz.

En cuanto a la capacidad para heredar, nuestro código civil para el Distrito Federal establece como regla general que todos los habitantes de esta entidad tienen capacidad para heredar; pero en relación a determinadas personas y a bienes específicos, pueden perderla en los casos y por las causas señaladas en la ley.

Así la capacidad para heredar es frente a la incapacidad, que constituye la excepción, la regla general; y podemos entenderla como la idoneidad para adquirir la calidad de heredero o legatario. El artículo 1313 del Código Civil establece el principio general en los siguientes términos:

²⁰ LEOPOLDO AGUILAR CARBAJAL. Segundo Curso de Derecho Civil. Bienes
Derechos Reales y sucesiones. 1a edición. Editorial Porrúa S.A.,
México D.F. 1975. pp. 272.

Art. 1313.- "Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto, pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

I.- Falta de personalidad;

II.- Delito;

III.- Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento.

IV.- Falta de reciprocidad internacional;

V.- Utilidad pública;

VI.- Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento."

La primera incapacidad señalada es la falta de personalidad, la misma se reglamentó en el artículo 1314 del Código Civil, que dispone la incapacidad para suceder a los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia o a los concebidos cuando no sean viables, de conformidad con el artículo 1315, y que es válida la disposición testamentaria hecha en favor de los hijos que lleguen a nacer de ciertas y determinadas personas en vida del testador (lo que no es una excepción, dado que para heredar dichos sujetos deben haber nacido durante la vida del testador).

La segunda incapacidad prevista es la causada por un delito, la que se encuentra reglamentada en los artículos 1316 a 1320 de nuestro código civil. Se afirma que: "El artículo 1316 además de las causas en que se integran verdaderos delitos, como motivo de la incapacidad,

señala otros casos en que más bien son actos inmorales que delictuosos; también el artículo 1317 del código civil extiende la incapacidad por delitos antes expresada, al caso en el que el autor de la herencia no fuera descendiente, ascendiente, cónyuge o hermano del acusador siempre que dicha acusación sea declarada calumniosa".²¹

Cabe mencionar que en los casos previstos por la ley (artículos 1318 a 1320) algunas de estas incapacidades pueden perdonarse.

Respecto a las incapacidades dispuestas en tercer término por el artículo 1313; serán incapaces por presunción de influencia contraria a la libertad del testador; referente al testamento del menor, los tutores y los curadores, salvo que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de ser aprobadas las cuentas de la tutela, no siendo aplicable esta incapacidad a los ascendientes o hermanos del menor (artículo 1321 y 1322); también en este supuesto de incapacidad se encuentra el médico que haya asistido al testador durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria (art. 1323). Y sufre incapacidad por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento; el notario y los testigos que intervinieron en él, y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos.

Por falta de reciprocidad internacional, tienen incapacidad para heredar los extranjeros, que de conformidad con las leyes de su país, no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de mexicanos (artículo 1329).

²¹ *Ibidem.* pp. 302

En quinto sitio, se establece la incapacidad por razones de interes público; que afecta a los ministros de los cultos con respecto a otros ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado; extendiéndose tal incapacidad a sus ascendientes, descendientes y cónyuges o hermanos, cuando se trate de personas a quienes hayan prestado cualquier clase de auxilio espiritual durante la enfermedad de que hubieren fallecido o de quien hayan sido directores espirituales. La otra incapacidad de este tipo, prevista en nuestro código civil en su artículo 1327, es la relacionada a los extranjeros y a las personas morales, cuya capacidad es la relativa a los extranjeros y a las personas morales, y se regirá por lo dispuesto en el artículo 27 constitucional y leyes reglamentarias.

La última incapacidad reglamentada, causada por la renuncia o remoción de un cargo conferido por el testador hace que los tutores, curadores o albaceas nombrados que rehusen el cargo sin causa justa, o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio y las personas designadas tutores legítimos del testador que rehusen desempeñar el cargo sin causa; tengan incapacidad para suceder al testador (artículos 1331 y 1332).

Finalmente, cabe señalar que basta con que el heredero sea capaz al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o en su caso, al tiempo de que se cumpla la condición, para suceder al testador válidamente.

1.5 Nulidad, Caducidad y revocación.

El testamento es un acto jurídico *suigeneris* susceptible de ser afectado por las causas de ineficacia comunes a la de los demás actos de esa naturaleza, la inexistencia y la nulidad (que dada sus particularidades será siempre absoluta); y así mismo por dos más, propias de su carácter especial, la revocación y la caducidad.

1.- Nulidades:

La inexistencia en el testamento aparece por la falta absoluta de voluntad en el testador o, por falta de objeto. La manifestación de la voluntad debe hacerse por el testador de manera clara y expresa, no aceptándose la manifestación tácita (artículo 1489). El testamento tiene un objeto variado consistente en la institución de herederos o legatarios o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos, y sólo a falta de ellos no existirá el acto.

Como ha quedado señalado en los testamentos el principio general es el de considerarlos como actos jurídicos solemnes, por lo que cuando se omitan en su otorgamiento las formas prescritas por la ley (solemnidades), el testamento será inexistente.

En cuestión de nulidades en nuestro derecho, refiriéndose a la sucesión testamentaria se acepta solamente la absoluta, con las idénticas características de la inexistencia, así lo interpreta la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 251, Sexta época,

cuarta parte, Tercera Sala, del apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975; que en su parte relativa a la letra señala: "Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales emplea la expresión acto jurídico inexistente, en la que pretende basarse la división tripartita de la validez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos porque el tratamiento que el propio código da a las inexistencias es el de nulidades...". La que se presenta tanto en los casos de ilicitud en el motivo el fin o la condición del testamento como en la incapacidad y los vicios de la voluntad: "...la incapacidad, los vicios de la voluntad y la falta de forma, que debieran producir nulidad relativa, en el testamento producen absoluta por las siguientes razones: el testamento es inconfirmable porque si la pretendida confirmación se efectúa antes de la muerte del testador, en realidad se ha otorgado un nuevo testamento; y si se otorga cuando el testamento surte todos sus efectos, ya no es posible la ratificación..., Como el código no señala un plazo de prescripción de la acción debe considerarse imprescriptible; finalmente la acción para que se declare la nulidad absoluta puede ser ejercitada por todo el que tenga interés en esta declaración."²²

Los artículos del 1484 al 1493, regulan lo relativo a las nulidades de los testamentos; pudiendo completarse con las disposiciones afines establecidas en nuestro código respecto a los contratos, que sean compatibles con su naturaleza o que no se opongan

²² ibidem. pp. 334.

a las disposiciones señaladas al principio.

2.- Caducidad.

La caducidad también produce la ineficacia del testamento. Proviene de causas ajenas a la voluntad del testador, que se presentan después de otorgado y de fallecido el testador; y se reglamentan en el código civil vigente en sus artículos 1497 y 1498.

La caducidad de los testamentos consiste en la pérdida de su eficacia jurídica, por causas extrañas a la voluntad de sus otorgantes. Nuestra ley civil establece sobre esta cuestión:

Art. 1497.- "Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios;

"I.- Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependan la herencia o el legado.

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

"III.- Si renuncia a su derecho."

Art. 1498.- "La disposición testamentaria que contenga disposiciones de suceso pasado o presente desconocidos, no caduca aunque la noticia del hecho se adquiera después de la muerte del heredero o legatario, cuyos derechos se transmitirán a sus respectivos herederos."

3.- Revocación.

El efecto de la revocación es el de suprimir la eficacia del testamento, que en su origen fue otorgado válidamente; la ineficacia proviene de un cambio de voluntad del testador, y dado su carácter de acto unilateral esencialmente revocable, basta que el testador realice una manifestación expresa o tática en contrario para que el testamento pierda fuerza. Se encuentra regulada en los artículos 1492 a 1496 de la legislación civil.

En un testamento en que se hubiera reconocido un hijo aun cuando éste se revoque no se tendrá por revocado el conocimiento, conforme lo dispone el artículo 367 del Código Civil.

Cabe hacer mención, al testamento inoficioso el cual adquiere dicha calificación cuando el testador no deja la pensión alimenticia a las personas a que se refiere el artículo 1368 del Código Civil, dado que por tal acto se lesionan sus derechos a percibir alimentos.

Para Rafael de Pina la inoficiosidad del testamento: "supone la ineficacia de aquella parte de la disposición de última voluntad que produzca la preterición, por lo que se puede considerar como un caso de ineficacia parcial."²³

1.6. Contenido y Figuras Comunes de los Testamentos.

El testamento, en cuanto a su contenido, no es un acto meramente de transmisión de bienes, dado que es patente que el mismo puede tener

²³ RAFAEL DE PINA. Ob. Cit. pp.318.

y tiene, un contenido más complejo. De esta manera, no podemos establecer con certeza, que el testamento es un acto de naturaleza únicamente patrimonial, puesto que es susceptible de admitir disposiciones de propiedad bien diferente. Es indudable que el testador puede: "..., Nombrar tutor testamentario, reconocer hijos, confesar deudas, aconsejar y orientar a sus familiares respecto a lo que sea conveniente para ellos en relación con determinados negocios pendientes, o con la educación de los hijos, disponer sobre su entierro, etc.; expresiones de voluntad que, si bien no tienen todas la misma fuerza legal, no por ello dejan de ser disposiciones de última voluntad y cuya eficacia..., es en todo caso innegable."²⁴

Sobre este tema es conveniente distinguir, el llamado contenido típico y contenido atípico del testamento. El primero se integra por disposiciones de carácter patrimonial; y el contenido atípico, se constituye por el conjunto de disposiciones de última voluntad que no cuentan con tal carácter. Por regla general en el testamento coexisten ambos contenidos, y en su caso la usencia de cualquiera de ellos no lo priva de su sentido de acto jurídico de postrera voluntad.

En el testamento considerado como acto patrimonial, debemos señalar que no todos los derechos y relaciones jurídicas del de cujus quedan subsistentes una vez que ha fallecido, puesto que existen bastantes que se extinguen con la muerte del testador: "...tales como los de personalidad, los de usufructo, uso y habitación, los correspondientes a la patria potestad, el mandato, los derechos políticos, los honoríficos, las posiciones jurídicas creadas en

²⁴ Ibidem. pp. 239.

consideración directa a las cualidades, condiciones o aptitudes especiales del sujeto y otros más."²⁵

Se puede afirmar que generalmente, el testador tiene plena libertad para establecer modalidades al disponer de sus bienes, pero su voluntad debe estar emitida dentro del ámbito que permita la ley, a fin de que surta efectos en caso contrario el legislador castiga el exceso con sanciones de índole diverso.

Así la institución de heredero puede ser hecha en forma pura o bajo alguna modalidad. Las modalidades de las disposiciones testamentarias que se pueden establecer de acuerdo con nuestro sistema jurídico son: la condición, la causa y el modo. La institución a término no se acepta en nuestro sistema sucesorio (sin embargo esta posibilidad se admite para el legado) y por lo mismo la fijación del día en que deba comenzar a cesar la institución de heredero se tendrá por no puesta (artículo 1380 del código civil).

a) Condición:

La institución de heredero o legatario se llama condicional cuando sus efectos se encuentran subordinados a la ejecución o no de un suceso futuro e incierto; podemos deducir que la condición testamentaria: "...es una modalidad establecida por el testador con el propósito de que se realicen cualquiera de las siguientes finalidades:

a) Sujetar los efectos de la institución testamentaria a una esencial,

²⁵ *Ibidem*, pp. 257.

natural o accidental, relacionada con la institución misma o con el beneficiario de ella; b) Imponer el cumplimiento de una carga al beneficiario de la institución y, c) Determinar el hecho futuro e incierto de cuya realización dependen los efectos de la institución."²⁶

Pese a que existen diversas clasificaciones de las condiciones, entre ellas destacan las dos siguientes; suspensivas y resolutorias; potestativas, causales y mixtas.

Las suspensivas son aquellas de las que depende la adquisición del derecho a la herencia o legado; las resolutorias en cambio, una vez cumplidas resuelven la obligación volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido.

Art. 1350.-"La condición solamente suspende por cierto tiempo la ejecución del testamento, no impedirá que el heredero o legatario adquiera derecho a la herencia o legado y lo transmitan a sus herederos."

Art. 1361.- "La carga de hacer alguna cosa se considera como condición resolutoria."

Las condiciones potestativas son las que dependen de la voluntad del favorecido o de un tercero. Las causales las que subordinan sus efectos exclusivamente al azar, y finalmente, en las mixtas existe una mezcla de las anteriores.

²⁶ LUIS ARAUJO VALDIVIA. Derecho de las Cosas y derecho de las Sucesiones. Cajica, México, Puebla. 1965. pp. 429.

Art. 1352.- "Si la condición es puramente potestativa de dar o hacer alguna cosa y el que ha sido gravado con ella ofrece cumplirla; pero aquél a cuyo favor se estableció rehusa aceptar la cosa o el hecho, la condición se tiene por cumplida."

Art. 1353.- "La condición potestativa se tendrá por cumplida cuando el heredero o legatario hayan prestado las cosas o el hecho antes de que se otorgara el testamento a no ser que pueda reiterarse la prestación en cuyo caso no será ésta obligatoria sino cuando el testador haya tenido conocimiento de la primera."

Art. 1354.- "En el caso final del artículo que precede, corresponde al que debe pagar el legado la prueba de que el testador tuvo conocimiento de la primera prestación."

Art. 1356.- "Cuando la condición fuere causal o mixta, bastará que se realice en cualquier tiempo, vivo o muerto el testador, si éste no hubiere dispuesto otra cosa."

Art. 1357.- "Si la obligación se hubiese cumplido al hacerse el testamento ignorándolo el testador, se tendrá por cumplida más si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida si ya no puede existir o cumplirse de nuevo."

El código civil dispone que en lo previsto en sus artículos 1344 al 1367, relativos a las modalidades testamentarias se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales. cabe señalar que la libertad del testador para establecer condiciones no es ilimitada. Nuestro ordenamiento civil distingue entre condiciones nulas y las que se tienen por no puestas. Las primeras son: "... las condiciones físicas o legalmente imposibles de dar o hacer impuestas

al legatario que hagan en su testamento algunas disposiciones en favor del testador o de otra persona."²⁷ y las segundas: " La condición de dar o no hacer, la de no impugnar el testamento o alguna de las disposiciones que contenga, la impuesta al heredero o legatario de tomar o no tomar estado."²⁸

b) Causa.

La causa en el testamento es el motivo determinante del testador para instituir heredero o legatario (sentido subjetivo); y de la misma se ocupan los artículos 1301 y 1304, entre otros, los que reproducimos:

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

Art. 1304.- " La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita."

c) Modo.

Se denomina institución submodo a aquella en la que se impone al heredero o legatario una obligación o carga. Y como ya se ha dicho el Código Civil equipara el modo con la condición resolutoria.

²⁷ RAFAEL DE PINA. Ob.cit.pp.105.

²⁸ idem.

Figuras Comunes a los Testamentos.

Existen algunas figuras testamentarias, que consideramos debería conocer toda persona, que llegue a otorgar un testamento. Sin embargo, es muy común que el autor del mismo en la práctica ignore el alcance de dichas figuras y en consecuencia no llegue a comprender la importancia de esta institución jurídica.

La difusión que se da sobre este tema, es deficiente, los organismos oficiales no han expedido hasta ahora ningún folleto donde se expliquen las figuras testamentarias más comunes. Sin embargo, se debe aclarar, que en muchas notarías si se maneja esta información en forme impresa (y en caso de existir alguna duda, la misma se trata de aclarar antes del otorgamiento del testamento.).

En base a lo anterior, pensamos necesario desarrollar de manera sucinta ciertas instituciones básicas en todo testamento.

1.- Testador.

En la sucesión testada el testador es el elemento personal o subjetivo (también se la llama causante, autor de la herencia o de *cujus*) de quien dimana la sucesión.

El testador en la testamentaria es considerado como: "... un sujeto del derecho hereditario cuya conducta jurídica se encuentra regulada no sólo para dictar válidamente su testamento, sino también

para definir hasta donde alcanza el poder de su voluntad por reconocimiento de la norma y en qué aspectos debe subordinarse a disposiciones prohibitivas o imperativas que lo obligan a disponer en cierta forma de sus bienes según diversas legislaciones que no admitan plenamente la libertad de testar, o que los sometan a la necesidad jurídica de asegurar alimentos a ciertas personas,..."²⁹

El papel del causante de la sucesión, en el testamento, es de naturaleza activa dado que dicta las disposiciones de su última voluntad, llegando a asumir en este sentido la función de un legislador respecto a la distribución de su patrimonio (al designar herederos y/o legatarios) en términos generales: "Salvo los casos de interés público en los que la ley declara la nulidad de las disposiciones o condiciones testamentarias, podemos afirmar que la voluntad del testador es la suprema ley en la sucesión testamentaria"³⁰

De esta forma para que el testador comprenda el alcance y los límites de su voluntad como fuente creadora de derechos y obligaciones en la institución testamentaria, es necesario que cuente con un adecuado asesoramiento.

2.- Herencia y Heredero.

A diferencia del concepto de testador; nuestro código civil si

²⁹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS. Ob. cit. pp. 291.

³⁰ ibidem. pp. 284.

define a la herencia y al heredero en sus artículos 1281 y 1284 respectivamente:

Art. 1281.- "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte."

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

El vocablo herencia lo podemos entender en dos sentidos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero es relativo a la sucesión universal; y el segundo a la masa de bienes y relaciones patrimoniales que son objeto de la sucesión. En este último sentido se dice que la herencia es el nombre que toma el patrimonio del causante de la sucesión a su muerte.

Las diferentes situaciones en que se presenta la herencia son las siguientes: vacante, yacente, adida, indivisa y divisa.

Vacante es la herencia renunciada por la persona que debía aceptarla; o en su caso cuando no existen herederos o es repudiada por quienes lo sean y por los subditos, si los hay.

La calificación de yacente se aplica a la herencia que se encuentra en el período comprendido entre la delación (llamado a heredar), y la transmisión.

Adida. es la herencia, respecto a la cual el heredero ha manifestado la voluntad de hacerla suya (aceptarla)

Herencia indivisa es la que está pendiente de la división; y la divisa es aquella cuya división se ha realizado.

El heredero de acuerdo con la definición legal citada (artículo 1284) es un verdadero continuador del patrimonio del *de cuius* y se encarga de todo su patrimonio, pero con el límite que establece el beneficio de inventario (respondiendo sólo de las cargas hereditarias hasta donde lo permita el activo). La característica esencial del heredero, es que sucede a título universal; es decir, hereda todo el patrimonio como universalidad, o una parte alcuota de él.

De conformidad con lo establecido en nuestro código civil (artículos 1378 a 1390), la institución del heredero no es esencial para la validez del testamento; por lo tanto, éste puede existir pese a la falta de heredero, o bien, cuando el mismo no acepta la herencia.

El Código Civil Vigente para el Distrito Federal, inspirado en el derecho germánico, considera que la propiedad y posesión de los bienes de la herencia se transmite al heredero desde el momento mismo del fallecimiento del autor (artículo 1288).

Es importante señalar que en el artículo 1287, se prevee la teoría de los conmurentes, al considerar que cuando varias personas perecen en el mismo desastre o en el mismo día (autor de la herencia y sus

herederos o legatarios), si no se puede determinar el orden del fallecimiento, se presume que todos murieron al mismo tiempo, y entonces no habría transmisión hereditaria entre ellos.

3.- Legado y Legatarios.

La palabra legado puede considerarse en dos sentidos; uno subjetivo, relativo a la sucesión a título singular, y otro objetivo significando el objeto u objetos legados.

Generalmente cuando el legislador utiliza esta expresión se está refiriendo a un sentido objetivo. El código civil de manera expresa, no nos brinda un concepto; sin embargo, considerando las disposiciones de los artículos 1285, 1392, y 1394, se puede definir en los siguientes términos:

*"El legado, como institución privativa de la sucesión testamentaria, consiste en la transmisión a título particular y gratuito de un bien concreto y determinado, o determinable, o de un hecho o servicio, en favor del legatario que puede gravar a la sucesión, a un heredero o a un legatario."*³¹

El régimen de los legados tiene reglas propias (artículos 1391 a 1471) y reglas supletorias; de esta manera, el artículo 1391 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que los legatarios,

³¹ LEOPOLDO AGUILAR CARBAJAL. Ob. Cit. pp. 320.

cuando no haya disposiciones especiales, se registrarán por las mismas normas de los herederos.

Como ya se explicó, el legado es una institución exclusiva de la sucesión testamentaria (en la sucesión legítima nunca existen legatarios). La diferencia primordial entre herederos y legatarios consiste en que el primero sucede a título universal y responde de las deudas hereditarias hasta por la cuantía de los bienes heredados; en cambio el legatario hereda a título particular y por regla general no responde del pasivo (salvo el caso señalado en el artículo 1286, donde se equipara legatario con heredero).

Por su parte el artículo 1285 define al legatario de la siguiente manera:

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

El Legado puede ser puro o simple, cuando no está sujeto a ninguna modalidad; o en caso contrario: "... sujeto a términos ya sea *suspensivo o extintivo*; el término incierto convierte al legatario en usufructuario; sujeto a condición, tanto *suspensiva como resolutoria*; onerosos, parece una contradicción pero no lo es; ya que en este caso el legatario estará obligado a liberar una carga de monto inferior al valor del legado (artículo 1939), y alternativos, cuando el legatario puede escoger una cosa entre varias señaladas por el testador (artículos 1421 a 1426)."³²

³² *ibidem*, pp. 322 y 323.

Respecto al objeto del legado, el código dispone en su artículo 1392, que éste puede consistir en la prestación de una cosa o de algún hecho o servicio. La clasificación legal de los legados es bastante extensa y se encuentra en el capítulo VII denominado legados.

Tiene capacidad para disponer legados , de acuerdo con el código citado, él que la tiene para testar, y para ser legatario, él que la tenga para ser heredero.

4.- Albaceas.

La palabra albacea proviene del vocablo árabe *avale alwacir*, que significa ejecutor o cumplidor, y además mansesor y fideicomisario. Por lo que se refiere a su naturaleza se ha estimado que el albacea es representante del testador (Beseler, Luis Muñoz y Ruggiero); que es representante de la sucesión (Demburg); que es de los herederos (Unger); que es el mandato postumo (Planio), o que es un mandato sujeto a reglas especiales (Colín y Capitán).

Para Rojina Villegas. *"Los albaceas son las personas designadas por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de cujus, así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y división de la herencia. Es decir, los albaceas son los órganos representativos de la comunidad hereditaria para proceder a su administración,*

liquidación y división, y en su caso, los ejecutores de las disposiciones testamentarias."³³

"I.- Ejecutar lo ordenado en el testamento por el autor de la herencia. para ello ha de exhibirlo; II. La guarda, conservación y legal administración de los bienes sucesorios; III. La determinación y justipreciación, mediante inventario y avalúo, de los bienes sucesorios y del pasivo de la masa hereditaria; IV. La representación en juicio y extrajudicialmente de dicha masa considerada como patrimonio autónomo; V. El ejercicio de las acciones que corresponden a la herencia; VI. En general llevar acabo todo lo necesario para concluir la liquidación de la herencia y adjudicación de los bienes a herederos y legatarios."³⁴

Cuando no existe testamento o el testador no designó albacea, no se realiza la señalada como primera facultad u obligación.

La capacidad para ser albacea, la tienen aquellos que tengan libre disposición de sus bienes (artículo 1679). Además, salvo en los casos de ser herederos únicos, no podrán ser albaceas:

- a) Los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abre la sucesión;
- b) Los que por sentencia hubiesen sido removidos del cargo;
- c) Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad;

³³ RAFAEL ROJINA VILLEGAS. Ob. Cit. pp. 332.

³⁴ EDUARDO PALLARES. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 6a edición. Editorial Porrúa S.A. México, D.F. 1970. pp. 74.

y

d) Los que no tengan un modo honesto de vivir (artículo 1680).

El nombramiento de albacea corresponde de acuerdo a nuestra legislación civil, al testador (artículo 1681), a los herederos (artículo 1682), al juez (artículos 1684 y 1687), y a los legatarios (artículos 1688 y 1690).

Nuestro ordenamiento civil, admite la posibilidad de que el albacea renuncie a su cargo o se excuse de su ejercicio; ahora bien el que lo haga sin causa justa perderá lo que le hubiese dejado el testador.

Los encargos de albacea e interventor acaban por el término natural del encargo, por muerte de quienes lo desempeñan, por incapacidad legal de los mismos declarada en forma, por término del plazo señalado por la ley y las prórrogas que se hayan concedido (un año prorrogable por igual plazo), por revocación de sus nombramientos por los herederos, por remoción y por renuncia.

5.- Tutor.

La ley define la tutela como la institución que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural o legal, o solamente la segunda para gobernarse a sí mismos (artículo 499).

La tutela es un encargo de interes publico del que nadie debe eximirse, sino por causa legitima; el que rehusare sin causa legal desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de la negativa resulten al incapaz (artículo 452 y 453). De esta manera, la ley señala como impedimentos para su ejercicio: La minoría de edad, la incapacidad legal, la remoción de un cargo similar por mal desempeño, la condena por delitos contra la propiedad u honestidad, la privación del cargo por sentencia judicial, el ejercicio de un cargo vinculado con la administración de justicia, la enfermedad crónica contagiosa y todas las demás que señale nuestro código (ver artículos 503 a 505).

La tutela puede ser de diversas especies: testamentaria, legitima y dativa (artículo 461). La testamentaria es la que debe desempeñar la persona nombrada por el último ascendiente del menor en su testamento (artículo 470), el nombramiento del tutor testamentario excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados (artículo 471); por sus características esta clase de tutela es la más importante para nosotros.

La persona que por testamento deja bienes a un incapaz que no esté bajo la patria potestad puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes dejados (artículo 475), el adoptante que ejerce la patria potestad tiene derecho a nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo (artículo 481).

La tutela legitima existe cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario (también cuando se le deba nombrar en

caso de divorcio); y corresponde ejercerla a las personas señaladas en el artículo 483 del código civil.

La tutela dativa tiene lugar cuando no hay testamento ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima, o cuando el tutor testamentario está impedido para ejercer su cargo, la designación se hará por el menor, mayor de 16 años, con la confirmación del juez pupilar, (artículos 495 a 497).

Las obligaciones del tutor pueden ser divididas en dos grupos:

- Las previas al desempeño de su cargo.
- Las que se dan en el ejercicio del mismo.

Las primeras son: la caución, que debe otorgar para llevar a cabo su puesto (puede consistir en hipoteca, prenda o fianza). existen casos en que se les puede exceptuar de esta obligación; en este grupo tenemos el previo nombramiento del curador si el tutor tiene que administrar bienes.

Son obligaciones del tutor en el desempeño de su cargo, entre otras: "...alimentar y educar al incapacitado preferentemente a su curación o regeneración; formar un inventario circunstanciado y solemne de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado; representar al incapacitado en juicio y fuera de él, en todos los actos civiles con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento...; solicitar la autorización judicial para todos los actos que legalmente no pueda hacer sin ella (art. 537 c.

civil).³⁵ Así mismo, el tutor debe rendir al juez cuenta detallada de su administración cada año en el mes de enero, o en cualquier tiempo cuando por causas graves se lo exijan: el curador, el Consejo Local de Tutelas y el mismo menor (artículos 590 y 591).

El tutor tiene derecho a una retribución que fijará el ascendiente o extraño que lo nombre en su testamento, o por el juez en caso de tutela legítima o dativa (artículo 585).

Por último, la tutela se extingue en los siguientes casos: muerte del pupilo o desaparición de su incapacidad; porque el incapacitado entre a la patria potestad ya sea por reconocimiento o por adopción. Concluida la tutela, el tutor debe entregar todos los bienes y documentos del incapacitado (artículos 606 y 607).

6.- Curador.

Todo individuo sujeto a tutela, además de tutor requiere de un curador, salvo los casos de tutela para expósitos o judicial, siendo el curador la persona capaz que tiene como misión la vigilancia de los actos del tutor. Al respecto, lo dispuesto sobre impedimentos y excusas de los tutoreses aplicable a los curadores (artículos 613 y 622).

Resulta obvio, que un testador puede nombrar curador en caso de haber previamente designado tutor testamentario. La institución de la curaduría se encuentra reglamentada en el código civil en un capítulo

³⁵ EFRAIN MOTO SALAZAR. Elementos de Derecho. 29ª edición. Edit. Porrúa S.A. México D.F., 1983. pp. 147.

especial comprendido de los artículos 618 al 630, y en ciertas situaciones se pueden aplicar disposiciones legales relativas a la tutela de manera supletoria. En esta materia sobresalen los artículos siguientes:

Art. 458.- "Los cargos de tutor y de curador de un incapaz no pueden ser desempeñados al mismo tiempo por una sola persona. Tampoco pueden desempeñarlo personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado en línea recta o dentro del cuarto grado en la colateral."

Art. 623.- "Los que tienen derecho a nombrar tutor lo tienen a nombrar curador"

Art. 626.- "El curador está obligado:

"I. A defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en los casos en que están en oposición con los del tutor.

"II A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado.

"III. A dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando este faltare o abandonare la tutela.

"IV A cumplir con las demás disposiciones que la ley señale."

Art.- 628.- "Las funciones del curador cesarán cuando el incapacitado salga de la tutela, pero si sólo variaren las personas de los tutores, el curador continuará en la curaduría."

Art. 630.- "En los casos que conforme a este Código tenga que intervenir el curador, cobrará el honorario que señale el arancel a

los procuradores, sin que por ningún otro motivo pueda pretender mayor retribución. Si hubiere algunos gastos en el desempeño de su cargo se le pagarán."

7.- Substituciones.

La substitución testamentaria podemos entenderla como una segunda o ulterior institución de heredero subordinada a otra; es decir: "... el nombramiento por acto de última voluntad de un heredero en SUBROGACIÓN del nombrado en primer lugar... Existe normalmente en el caso de SUBSTITUCIÓN, una PLURALIDAD de instituciones, sucesivas y subsidiarias. Puede haber substituciones hasta el infinito. El substituto del substituto, faltando éste, lo es el heredero substituido (art. 1475)..."³⁶

Históricamente han existido las siguientes especies de substituciones: la vulgar (directa), la pupilar, la ejemplar (cuasi pupilar) y la fideicomisaria (indirecta). Para algunos autores, entre ellos De Buen, en derecho moderno la substituciones pueden reducirse a dos tipos: el primero sustentado por la substitución vulgar, que es una institución condicional en virtud de la cual uno es llamado en defecto de otro; y el segundo apoyado en la substitución fideicomisaria que es aquella en la cual el testador impone al heredero (o legatario) la obligación de conservar la herencia (o la cosa legada) y de transmitirla a su muerte a otra persona o a otras designadas específicamente. Y únicamente a manera de señalamiento, la pupilar surgía cuando se designaba a un heredero para el descendiente

³⁶ ANTONIO DE IBARROLA. Ob. Cit. pp. 655.

impúber (menor de 16 años) o que muera antes de adquirir la testamentificación activa. La ejemplar, tenía por objeto el nombramiento de un sustituto al descendiente mayor incapaz por enajenación mental para el testamento.

Nuestro Código Civil Vigente, no admite más sustitución que la vulgar o directa, prohibiendo expresamente las sustituciones fideicomisarias y cualquier otra diversa de la reconocida.

Art. 1472.- "Puede el testador substituir una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que mueran antes que él, o de que no puedan o quieran aceptar la herencia."

Art. 1473.- "Quedan prohibidas las sustituciones fideicomisarias y cualquier otra diversa a la contenida en el artículo anterior, sea cual fuere la forma de que se revista."

Art. 1474.- "Los sustitutos pueden ser nombrados conjunta o sucesivamente."

La sustitución no es exclusiva del nombramiento de heredero, sino que puede aplicarse a los legatarios, los tutores, los curadores (testamentarios) y los albaceas. El Código Civil para el Distrito Federal regula esta cuestión en sus artículos 1472 a 1483, inclusive.

B.- El Derecho de Acrecer.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1884 reconoció el derecho de acrecer, y lo reguló en sus artículos 3653 a 3663, buscando (supliendo la voluntad del testador) evitar los problemas que pudieran

presentarse cuando un heredero o legatario no quisieran o no pudieran heredar; cabe señalar, que en Roma se admitió el derecho de acrecer para evitar que el testador muriera parte testada y parte intestada o en su caso, para que el heredero instituido en una parte de la herencia lograra percibir la totalidad de ésta.

El Código de 1884 señalaba:

Art. 3653.- "Derecho de acrecer es el que la ley concede a un heredero para agregar a su porción hereditaria la que debía corresponder a otro heredero."

Art. 3654.- "Para que en las herencias por testamento tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere:

"I. Que dos o más sean llamados a una misma herencia o una misma porción de ella, sin especial designación de partes.

"II. Que uno de los llamados muera antes que el testador, renuncie la herencia o sea incapaz de recibirla."

Así, el derecho de acrecer podría ser definido como: "...aquél que corresponde a los coherederos llamados a heredar, en cualquier forma de delación, de manera conjunta, o sea sin designación de partes, cuando uno de ellos, por no querer o no poder serlo, deja una porción vacante que deba ser distribuida entre los demás."³⁷

El código civil actual, no reprodujo la reglamentación sobre esta figura contenida en su antecesor, además en la sucesión testamentaria no se hace alusión a la misma, ni se aplica la solución del derecho de acrecer. Por esto, algunos autores (Rojina Villegas, Ibarrola,

³⁷ RAFAEL DE PINA. Ob. cit. pp. 311.

Aguilar, Carvajal, etc.) niegan la conveniencia y la existencia de dicho derecho, más nosotros pensamos que puede manifestarse en el testamento por voluntad del testador.

Una práctica jurídica, es la de que en el testamento público abierto, el testador pueda establecer expresamente tal derecho, sea en los herederos o legatarios principales y/o en los substitutos, cuando a los mismos los señale de manera conjunta (es obvio que tal derecho puede establecerse en los demás tipos de testamentos. La diferencia es que la ley no se aplica supletoriamente ya que en este sentido, como medio de solución a los problemas que pudieran presentarse en las instituciones de dos o más herederos (o legatarios) cuando alguno de ellos no pudiera o no quisiera heredar y el testador no hubiese designado substitutos (ni de manera expresa establecida entre ellos el derecho de acrecer).

Rafael de Pina considera que si el testador dice: "...dejo mis bienes a los sujetos A, B y C; y B, por ejemplo, no acepta, A y C, percibirán la totalidad de los bienes objeto de la institución en tal forma afectada, y que consiguientemente, recibirán mayor cantidad de bienes de la que habrían recibido de no existir la renuncia de B, en virtud, precisamente, del derecho de acrecer."³⁸

9.- Los Testigos Instrumentales.

Los testigos en los testamentos notariales, no constituyen un

³⁸
idem.

simple requisito formal, ni de efectos solamente probatorios, más tienen una mayor trascendencia, dado que conforman un requisito substancial del que no se puede prescindir, con independencia de la intervención notarial pues su falta causaría, en cualquier caso, la nulidad del testamento.

En términos amplios, el testigo es una persona que presencia una cosa o que da testimonio de ella. Los jurisconsultos han clasificado a los testigos en diversos grupos, considerando tanto la calidad de su persona como las de sus declaraciones, o las relaciones que mantienen con las partes; una de esas clases la forman los llamados testigos instrumentales: *"Testigo instrumental. es el que concierne a la celebración de un acto jurídico, como uno de los requisitos necesarios para la validez del mismo. Tales son los testigos que la ley exige al notario cuando éste autoriza una escritura pública, a los oficiales del estado civil en las actas que levantan."*³⁹

Los testigos testamentarios que asisten al otorgamiento del testamento, bajo la pena de nulidad del mismo, son una subclase de los instrumentales.

La ley no solamente exige que en los testamentos públicos los testigos oigan y vean al testador, sino que éste exprese su voluntad tanto al notario como a los testigos. La redacción del código civil hace a los mismos sujetos de una relación testador testigo, ya que además de recibir la voluntad, deben poner su atención en captar exactamente dicha voluntad que es dirigida a ellos como al notario.

³⁹ EDUARDO PALLARES Ob. Cit. pp. 763.

Numerosos notarialistas han atacado la intervención testifical en los actos notariales (Jimenez Arnau, Neri, Fernández Casado, Luis Carral y de Teresa, etc.); los siguientes conceptos sintetizan su posición:

1.- La existencia de testigos no tiene otro fundamento que la tradición española asentada en la "Ley de las Siete Partidas" en la cual al notario se le concebía como un hombre hábil para escribir, pero de casi nula preparación científica. En la actualidad, el que son más sabedores del derecho que de escribir, esta medida carece de justificación.

2.- Los testigos son innecesarios en los instrumentos públicos, ya que es únicamente el notario quien le puede dar tal carácter, así mismo, los testigos sólo intervienen por vía de solemnidad.

3.- El valor instrumental de los testigos en el otorgamiento del testamento, si no ha llegado a ser una ficción, resulta muchas veces un requisito cumplido en serio por verdaderos profesionales.

4.- La intervención de testigos se opone a la naturaleza secreta del testamento.

5.- No es posible subdividir la fe pública, ya que la misma es única, y en los instrumentos públicos es concedida al notario por el Estado y no a los particulares.

6.- Los testigos en el testamento son más un riesgo que una seguridad jurídica (pues en un futuro, por dinero, por compromiso de amistad o por cualquier otra causa pueden violar su dicho y someter un testamento a acciones de nulidad que tendrían muchas posibilidades de

prosperar."⁴⁰

Los autores que defienden la participación de testigos en los testamentos argumentan que estos refuerzan el testimonio notarial, ya que en caso de conflicto entre los herederos, las declaraciones de los testigos pueden hacer luz sobre la auténtica voluntad del testador.

Resulta pues que los testigos en los testamentos notariales, aun cuando se critica esa participación en el otorgamiento, constituyen de conformidad con el Código Civil vigente para el Distrito Federal un elemento substancial, cuya falta acarrearía la inexistencia o nulidad del acto jurídico unilateral de última voluntad; pese a la presencia del notario y su investidura de fe pública.

10.- El Notario.

De acuerdo con el artículo 19 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, "El notario es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultados para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignent los actos y hechos jurídicos..."

La función del notario como portador de fe pública contribuye al orden, a la tranquilidad de la sociedad en que actúa; al permitir que se cumpla la certeza que es una de finalidades del derecho; de esta manera, los hechos y los actos contenidos en los instrumentos que

⁴⁰ CAYETANO CASILLAS Y CASILLAS. Forma en los Testamentos. publicada en la Revista de Derecho Notarial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. México D.F., 1989. año XXXII, Número 99. pp. 177 y 178.

certifica el notario tienen el carácter de auténticos.

Así la fe pública notarial ha sido definida como "...El asentamiento que con carácter de verdad y certeza prestamos a lo manifestado por el notario dentro de la órbita de sus propias funciones."⁴¹

La función de la fe pública, constituye la llamada facultad certificante del Estado, la que se cumple por éste mediante funcionarios o particulares (peritos en derecho como el notario). La facultad certificante es la potestad de atestiguar la verdad de los hechos que se han producido en presencia del autorizante en nombre del Estado (la posibilidad de dar validez o eficacia jurídica predominante a ciertas aseveraciones).

Resulta notorio que la fe pública es una calidad de ciertos instrumentos, esa calidad está conformada tanto por la autoridad moral y técnica de quien los elabora, o como por la suposición admitida en la ley que lo expresado por el funcionario investido de fe, es cierto, real o verdadero.

La fe pública del notario denota la capacidad para que lo certifica sea creíble para la sociedad. Esto, contribuye al orden público, a la tranquilidad de la comunidad en la que actúa y pertenece, permitiendo que se cumpla con uno de los fines del derecho: la certeza (la que conlleva a la realización de la seguridad).

⁴¹ FROILAN BAÑUELOS SANCHEZ. Derecho Notarial. 3a. edición. Cardenas Editor y distribuidor, México D. F. 1984. pp. 110

Por otra parte la actividad notarial requiere de una serie de elementos para que el notario pueda desempeñar su función de fedatario, sobresaliendo entre los mismos: el protocolo y el sello.

El protocolo adquiere especial importancia, dado que la Ley del Notariado para el Distrito Federal, dispone que el notario únicamente podrá autorizar instrumentos públicos (escrituras y actas) en su protocolo. Los artículos 42 y 43 de la citada ley a tal efecto dicen:

Art.42.- "Protocolo es libro o juego de libros autorizados por el Departamento del Distrito Federal en los que el notario durante su ejercicio, asienta y autoriza con las formalidades de la presente ley las escrituras y actas notariales que se otorguen ante su fe."

Art.43.- "El notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en su protocolo y sin que observe el procedimiento establecido al efecto en esta ley..."

Por lo anterior es manifiesto que el protocolo: "... es uno de los elementos que usa el notario para dar seguridad jurídica, pues al utilizarse encuadrado evita la pérdida del instrumento y facilita la duplicación de éste, al poder sacar de él cuantas copias sean necesarias."⁴²

El sello permite la actividad notarial pues el símbolo de la fe pública del Estado; y la falta de él en los instrumentos notariales produce su nulidad. La ley del notariado nos habla del mismo en los

⁴² BERNARDO PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO. Derecho Notarial. 2a edición. Edit. Porrúa, S.A., México D. F., 1983. pp. 82.

artículos 39 a 41 bis.

Art.40.- "el sello de autorizar se imprimirá en el ángulo superior izquierdo del anverso de cada hoja del libro o en cada folio que se vaya a utilizar, debiendo imprimirse también cada vez que el notario autorice una escritura, acta, testimonio o certificación."

Por último, podemos afirmar que la función de fedatario del notario constituye una institución de seguridad social, tendiente a conservar y hacer efectivos contra terceros los derechos de los particulares; y por lo cual, los instrumentos notariales adquieren el carácter de auténticos (en los que la presunción de certeza sólo puede ser desvirtuada por declaración judicial).

CAPITULO II

LOS TESTAMENTOS PUBLICOS Y EL TESTAMENTO OLOGRAFO

2.1. *Disposiciones legales aplicables a los testamentos.*

El Código Civil Vigente para el Distrito Federal, en el capítulo primero, título tercero, del libro también tercero señala varias disposiciones, de carácter general aplicables a los testamentos; pero la mayoría de las mismas son relativas a los de forma ordinaria. Cabe decir, que algunos preceptos necesitan modificarse o simplemente adecuar sus términos y lograr entonces una normatividad más idónea.

Antiguamente, el Derecho Civil Mexicano, dividió los testamentos en solemnes y privilegiados; actualmente, tal clasificación sigue existiendo, pero nuestro Código Civil cambia la denominación por la de ordinarios y especiales (en los primeros concurren las formalidades ordinarias y en los segundos las extraordinarias o especiales).

En el presente capítulo, los testamentos ordinarios serán objeto de un estudio particular, por lo que sólo hablaremos brevemente de los especiales.

Nuestro Código civil establece como testamentos especiales a los siguientes:

- 1.- Testamento Privado.
- 2.- Testamento Militar.
- 3.- Testamento Marítimo.
- 4.- Testamento hecho en país extranjero.

1.- *Testamento Privado.* Se encuentra regulado por los artículos 1565 a 1578, caracterizándose por ser la fórmula legal de las disposiciones de última voluntad reconocida para los casos de verdadera urgencia; éstos son cuando el testador sufre de alguna enfermedad grave, de tal magnitud que no haya tiempo para que concurra el notario; cuando no exista notario o juez en la población; o bien aún cuando existiendo notario o juez les sea imposible o muy difícil asistir al otorgamiento debido a fuerza mayor, enfermedad, epidemia (artículo 1565 del Código Civil).

En su otorgamiento no interviene ningún funcionario público, sino únicamente cinco testigos idóneos. Si los testigos no saben o no pueden escribir, o debido a que el caso fuere muy urgente, no será necesario que el testamento sea redactado, pues tendrá validez la sola manifestación verbal.

Este tipo de testamento surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o del peligro en que se hallaba o dentro del mes siguiente desaparecida la causa que lo motivó.

2.- *Testamento Militar.* El testamento militar se autoriza exclusivamente cuando concurren las siguientes circunstancias:

Que los testadores sean militares, asimilados del ejército o prisioneros de guerra que realicen el testamento cuando estén en acción de guerra o estando herido en el campo de batalla, declarando su voluntad ante dos testigos o plasmándola en un pliego cerrado firmado de su puño y letra que deberá entregarse al jefe de su corporación. Se reglamenta en los artículos 1579 a 1582.

3.- *Testamento Marítimo.* Es exclusivo de los que se encuentran en alta mar a bordo de navíos de la Marina Nacional, de guerra o mercantes. Se otorga siempre por escrito ante dos testigos y el capitán del navío. Debe ser leído, datado y firmado como sucede en el público abierto (pero siempre deberán firmar el capitán y dos testigos). Se encuentra comprendido en los artículos 1583 a 1592.

4.- *Testamento hecho en país extranjero.* Bajo el principio "*locus regit actum*" (la ley del lugar sigue el acto) reconocido por el artículo 15 del Código Civil, los testamentos realizados en el extranjero producen efectos cuando se haya cumplido con las formalidades exigidas por la ley del lugar.

Una segunda circunstancia par la aplicación de formalidades es que el Derecho Mexicano otorga facultades notariales a las Secretarías de Legación, los cónsules y vicecónsules mexicanos para otorgar ante ellos testamentos públicos, o de auxiliar de Encargado del Archivo General de Notarías, si se tratase de testamento ológrafo, pues están facultados para recibirlo y cumplir con las formalidades de éste,

siempre y cuando, los testamentos otorgados ante ellos surtan sus efectos en el Distrito Federal.

Los funcionarios de referencia remitirán copia autorizada de los testamentos otorgados ante ellos a las Secretarías de Relaciones Exteriores para que sean publicados en los periódicos a la muerte del testador, y así los interesados puedan solicitar la apertura del testamento. Su regulación se encuentra en los artículos 1593 a 1598.

Los testamentos especiales son las formas extraordinarias que la legislación prevé para la realización de la última voluntad de su autor, y su validez está condicionada a las circunstancias extraordinarias y de emergencia en que se halla su autor. Así mismo, están sometidos a que ocurra el deceso del testador en esas mismas circunstancias especiales y extraordinarias.

La ley reconoce como válidos únicamente los testamentos ordinarios y concede como beneficio de quien está a punto de morir en circunstancias extraordinarias el valor a su última voluntad. Excepción dada de la inclusión en la calificación del testamento hecho en país extranjero con arreglo a las leyes de aquél al cual la ley mexicana reconoce validez por el principio de reciprocidad, y su efectividad en este caso no está sujeta a la condición de la muerte de su autor, sino al principio de que en caso similar el nacional de país extranjero, donde se realizó el testamento, en el caso de haberlo realizado en México tuviese igual valor. De esta manera, la ley mexicana bajo estas consideraciones, ubica este tipo de testamento

dentro de la clasificación de los especiales.

Por otra parte, nuestra legislación civil, en su artículo 1502, determina quienes no pueden ser testigos del testamento.

Art. 1502.- "No pueden ser testigos del testamento:

- "I. Los amanuenses del notario que autorice;
- "II. Los menores de dieciséis años;
- "III. Los que no estén en su sano juicio;
- "IV. Los ciegos, sordos o mudos;
- "V. Los que no entiendan el idioma que habla el testador;
- "VI. Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuges o hermanos. El concurso de una de las personas a que se refiere esta fracción; sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficia a ella o a sus mencionados parientes;
- "VII. Los que hayan sido condenados por delito de falsedad."

Analizando el artículo anterior, consideramos necesario hacer algunas observaciones:

En la fracción primera se continúa utilizando el término amanuense (que era la persona que se encargaba de copiar los manuscritos o escribir en los protocolos del notario o escribano lo que éste dictaba), cuando en la actualidad tal prohibición se aplica a los empleados del notario, pues es un tanto difícil que en esta época, las escrituras se hagan a mano, y no con algún otro medio mecánico o eléctrico de impresión.

En relación a la cuarta fracción, resulta obvio que el sordo que tenga la capacidad auditiva necesaria para oír mediante un aparato especial no tiene impedimento legal para ser testigo.

Dispone también el Código Civil que cuando el testador ignore el idioma español deben concurrir al acto y firmar el testamento, además del notario y los testigos, dos intérpretes nombrados por el mismo testador (artículo 1503).

El conocimiento del testador es un elemento importante para el notario y los testigos que intervengan en un testamento (público abierto o público cerrado). De esta manera, si bien el notario tiene fe pública, ésta sólo demuestra la existencia del acto, pero en tratándose de testamentos tanto el notario como los testigos que intervengan en él, deberán conocer al testador o cerciorarse por algunos de los medios de identificación previstos por el artículo 63 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, éstos son:

- El conocimiento personal del testado por el notario.
- Una identificación oficial.
- Dos testigos mayores de edad, que a su vez sean identificados por el notario.

También pueden ser identificados por algún medio establecido en la ley de su identidad. También deben cerciorarse de que el autor de la herencia se halle en pleno uso de sus facultades mentales y libre de cualquier coacción.

Si no existe la posibilidad de verificar la identidad del testador, ésto se hará constar, y testigos y notario agregarán la media filiación del autor; sin embargo, la validez del testamento está sujeta a la condición de que se justifique plenamente la identidad del testador (artículos 1504, 1505 y 1506).

La necesidad de que el notario dé fe sobre la identidad del testador constituye una garantía contra cualquier intento de suplantación de personalidad, lo que es muy importante para fundar la presunción legal de certeza anexa a los instrumentos públicos.

Para impedir situaciones fraudulentas, el Código Civil prohíbe a los notarios y a cualquier persona que tenga que redactar disposiciones de última voluntad, dejar hojas en blanco y servirse de abreviaturas o cifras (esto último en beneficio de la claridad del acto), bajo la pena de quinientos pesos de multa (claro que con la supresión de los tres ceros a la moneda nacional en el 1993, pues la multa será de cincuenta centavos a menos de que se reforme el artículo) a los notarios y de la mitad a los que no lo fueren (artículo 1507). Como se ve, la sanción pecuniaria impuesta en la actualidad resulta irrisoria, ya que en nada puede resarcir a los interesados en los daños que sufran cuando la disposición legal no es obedecida.

Dispone además nuestro Código que el notario que hubiere autorizado un testamento, tiene la obligación de dar aviso a los

interesados tan luego que sepa de la muerte del testador, siendo responsable si no lo hace, de los daños y perjuicios que la dilación ocasione. También deben de dar aviso a los que tengan en su poder un testamento (artículos 1508 y 1509).

En los testamentos públicos cerrados, si las personas que tuvieren en su poder los mismos, fueren herederos por intestado, perderán el derecho que pudieran tener a la herencia si no dan el aviso a que se refieren los dos artículos mencionados con anterioridad; es decir, lo que prevé la ley es que en virtud de que el sistema jurídico mexicano no posee un control federal de testamentos, si alguno de los herederos intestamentarios va a defraudar o menoscabar a los testamentarios, mediante el ocultamiento de la existencia de un testamento, la sanción prevista por el legislador será la pérdida del derecho a heredar, aún cuando alguna porción de la masa hereditaria le hubiese sido concedida en ese testamento.

En caso de que los interesados en recibir este aviso estén ausentes o sean desconocidos, la noticia se dará al juez (art. 1510).

Concluimos este apartado, proponiendo las siguientes modificaciones:

- 1.- En la fracción primera del artículo 1502, cambiar el término amanuense por el de empleado.
- 2.- Establecer expresamente que la situación prevista en el artículo 1507 dado que la multa resulta insignificante. La misma debería incrementarse de acuerdo al salario mínimo.

2.2. Testamento Público Abierto.

2.2.1. Concepto, requisitos y modalidades.

Dentro de los testamentos ordinarios, el testamento público abierto es el más completo, conocido y seguro, por ser la forma en la que se otorgan mayores garantías de autenticidad y posibilidad jurídica de cumplimiento de la voluntad del testador.

Este tipo de testamento, es conocido también como solemne, auténtico o notarial; y se le considera la forma de manifestación de una prevención de última voluntad más conocida en todas las legislaciones. En cuanto a su definición, podemos decir que "...es aquella expresión de última voluntad en las que el testador hace saber sus disposiciones, llenando las formalidades que exige la ley."⁴³

Es público abierto, porque no es oculto ni secreto; se otorga ante notario, el que lo imprime en su protocolo como sucede con cualquier instrumento público notarial. No obstante, el Código Civil para el Distrito Federal sólo lo define como el que se otorga ante el notario y tres testigos. Al establecer en su artículo 1511 lo siguiente:

⁴³ CAVETANO CASILLAS Y CASILLAS, Ob. Cit. pp. 173

Art. 1511.- "Testamento Público Abierto, es el que se otorga ante Notario y tres testigos idóneos."

Para Antonio de Ibarrola, el testamento es público:

"... porque se hace la declaración de voluntad en un INSTRUMENTO PUBLICO..." y es Abierto "...porque la voluntad del TESTADOR es conocida tanto del NOTARIO como de los TESTIGOS."⁴⁴

Por otra parte, el artículo 1512 del Código Civil del Distrito Federal señala las formalidades necesarias para que el testamento exista, refiriéndose al acto de expresión de la voluntad al señalar que el testador expresará de un modo claro y decisivo su voluntad al notario y a los testigos. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento de acuerdo a la voluntad del testador para que éste manifieste su conformidad. Si así fuera, firmarán todos el instrumento asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiese sido otorgado. Este precepto se complementa con lo dispuesto por los artículos 1504, 1505 y 1506, lo que ya han sido comentados anteriormente.

Por lo dicho anteriormente las formalidades esenciales del testamento público abierto en nuestro derecho civil son las siguientes:

"a) Expresión que haga el testador de modo claro y terminante de su voluntad ante el notario y los testigos.

"b) Redacción que hará el notario por escrito de la voluntad del

⁴⁴ ANTONIO DE IBARROLA. Ob.Cit.pp.570.

testador, en cláusulas. Esta redacción deberá sujetarse estrictamente a la voluntad del testador.

"c) Lectura que hará el notario en voz alta, para que el testador manifieste si está conforme.

"d) Firma del instrumento.

"e) Asentamiento que se hará dentro del mismo instrumento, respecto del lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

"f) Unidad del acto.

"g) Fe de cumplimiento de formalidades.

"h) Identificación plena del testador.

"i) La calificación hecha por el notario y los testigos respecto de que el testador se halla en su cabal juicio y libre de toda coacción."⁴⁵

Faltando alguna de las requeridas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el Notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además, en la pena de pérdida del oficio (art. 1525).

En torno a la expresión unidad del acto, se ha disertado ampliamente; la misma consiste en que identificado el testador y presentes los testigos y el Notario, exprese su voluntad ante ellos, se lea por el notario en voz alta el testamento redactado, manifieste el testador su conformidad con lo escrito y firmen todos el testamento (las formalidades se practicarán acto continuo). Mas pese a que algunos tratadistas consideran que: "... no cabe comenzar el acto con

⁴⁵ CAYETANO CASILLAS Y CASILLAS. Ob. Cit. pp. 174 y 175.

la lectura de un testamento previamente redactado, dado que la redacción (aunque previamente se hayan dado instrucciones para ella) es un momento del acto que exige la presencia del otorgante y de los testigos.⁴⁶ En la actualidad, la exigencia de unidad del acto, aplicada estrictamente al otorgamiento del testamento, resulta anticuada, puesto que es muy común que el testador se presente a la oficina del Notario con anticipación al otorgamiento del acto, le exprese su voluntad y discuta con él la forma más adecuada de expresión y redacción de su voluntad.

Por lo que se refiere a las modalidades, el testamento público abierto presenta las siguientes:

a) Cuando el testador no pudiere o no supiere escribir, intervendrá otro testigo más, que firme a su ruego; pero en caso de extrema urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, podrá firmar por el testador uno de los instrumentales, haciéndose constar esta circunstancia (artículos 1513 y 1514).

b) Cuando el testador fuere enteramente sordo, pero sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; y si no supiere o no pudiere hacerlo, designará a una persona que lo lea a su nombre (artículo 1516).

c) Cuando sea ciego el testador, se dará lectura al testamento dos veces; una por el notario quien lo hará en voz alta, y otra, en

⁴⁶ RAFAEL DE PINA. Ob. cit., pp. 333.

igual forma por uno de los testigos u otras personas que designe el testador (artículo 1512).

d) Cuando el testador ignore el idioma español, pueden presentarse las siguientes situaciones (previstas en el artículo 1518).

1.- Puede escribir de su puño y letra su testamento, que será traducido al español por dos intérpretes que deben concurrir al acto; la traducción se transcribirá en el protocolo y el original se agregará en el apéndice correspondiente del notario que intervenga.

2.- Si 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 dos intérpretes que deben concurrir al acto, con transcripción en el protocolo y en el apéndice del notario.

3.- Finalmente, si no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento a uno de los intérpretes y traducido por los mismos se procederá como en los dos casos anteriores.

2.2.2. *Función Notarial.*

El notario actúa como fedatario (da fe del acto testamentario);

no obstante, la función notarial en el otorgamiento de un testamento no se limita a dar fe del acto, además: "... constituye... una garantía de la corrección del mismo, dado el carácter de técnico del derecho que tiene, como titular de una profesión jurídica reglamentada por el Estado."⁴⁷

La redacción por escrito de la voluntad del testador, en cláusulas, debe ser hecha por el notario, pero no es necesario que él escriba personalmente dichas cláusulas, puesto que podrá hacerlo un empleado del notario u otra persona a solicitud del mismo, así lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis "Testamento público abierto redactado por el escribiente de la Notaría", Página 190, Volumen 103-108, Epoca 7a. Cuyo texto es: "En el supuesto caso de que se hubiera llegado a demostrar que el fedatario no fue quien escribió un testamento público abierto, sino que lo hubiera hecho alguno de los escribientes o amanuenses de la notaría, ello no le restaría validez alguna a dicho acto jurídico, toda vez que éste no es elemento esencial del acto. Y si de su lectura se deduce que en su elaboración se observaron todos y cada uno de los requisitos esenciales que estatuye la ley, puesto que se cercioró del cabal juicio del De Cujus que se hizo acompañar de los tres testigos... que se elaboró bajo su vigilancia y dirección, que dió lectura a cada una de las cláusulas, que firmó el documento dando fe del acto...". También el notario tendrá que dar lectura en voz alta al instrumento que consta la voluntad del testador, para que éste manifieste su conformidad con lo escrito.

En términos generales, el notario tiene la obligación de cuidar que se llenen todas las formalidades que para el otorgamiento de un testamento público abierto exige la ley. Así mismo, luego que se otorgue el acto de última voluntad, debe de cumplir con ciertos requisitos u obligaciones de carácter administrativo; entre ellas podemos señalar las siguientes:

a) Presentar aviso de que se otorgó ante él un testamento público abierto, al Archivo General de Notarías (que llevará un registro destinado a tal fin) dentro de los tres días hábiles siguientes. En el aviso se expresará la fecha del otorgamiento, el nombre y generales del testador y en su caso los nombres de sus padres. Cuando en el testamento existan cláusulas irrevocables (reconocimiento de hijos), sin revelar el contenido de las mismas, el notario las mencionará en el aviso señalado (artículo 80 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal).

b) Si el testamento público abierto, contiene disposiciones que beneficien a una institución de Asistencia Privada, el notario está obligado a dar aviso a la Junta de Asistencia Privada de la existencia de esas disposiciones y remitirle copia simple a ellas (artículo 112 de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada).

La intervención notarial, en el otorgamiento de un testamento público abierto, constituye un elemento de seguridad y certeza, pues consolida el acto de última voluntad poniéndolo fuera de la

incertidumbre (por la suposición admitida en la ley de que lo expresado por el notario en su protocolo es cierto).

2.2.3. *Función de los testigos.*

Nuestro código civil no solamente exige la presencia de testigos que oigan y vean al testador, sino que él mismo exprese su voluntad tanto al notario como a los testigos. En el testamento público abierto, los testigos no sólo reciben la voluntad del testador, sino que además deben prestar atención en captar exactamente lo que es expresado por éste.

En la legislación civil aplicable en el Distrito Federal, la intervención de los testigos en el testamento público abierto, no tiene una finalidad probatoria; es un elemento esencial del acto, cuya falta nos lleva a la nulidad. El carácter solemne de los testigos no los convierte en figuras decorativas pues parece que: *"... el significado de la exigencia de esta solemnidad, es crear una garantía de la autenticidad y verdad del negocio aduciendo a personas que puedan dar testimonio del proceso del otorgamiento y del contenido de lo declarado durante él."*⁴⁸

El notario da fe del otorgamiento del testamento, y a nuestro entender la fe pública notarial no debería necesitar el refuerzo del

⁴⁸ ANTONIO DE IBARROLA. Ob. Cit. pp. 558.

testimonio instrumento de otras personas; dado que si el notario es un perito en derecho investido por el Estado de fe pública, por sus cualidades técnicas y morales, la presencia de los testigos (como garantía de verdad), pone en duda la capacidad técnica (jurídica) y moral del mismo. Sin entrar en mayor discusión, pensamos que en un futuro al perfeccionarse la función notarial, la intervención de los testigos instrumentales en los testamentos no será necesaria, ya que la fe pública es exclusiva del funcionario y no necesita por su naturaleza robustecerse con el testimonio de particulares.

Así, en virtud del perfeccionamiento de los sistemas informáticos de los medios de comunicación con los archivos generales, que en forma inmediata, pueden crear el antecedente de tiempo y lugar, además de que es la fe pública del notario la que le da el carácter de documento público en los términos de los códigos de procedimientos civiles y no la presencia de los testigos.

Un documento público impugnado de falsedad, requiere pruebas en contrario, y su simple impugnación no somete la fe pública del notario a análisis, que hace prueba plena, sino que cuestiona si fue emitido por éste, y la carga de la prueba en cuanto a la declaración falsa del notario se limita a quien lo impugnó, y no al notario mismo; además, si en un documento o testamento se probara que es falso el contenido (la declaración hecha por el testador), los testigos no tienen valor alguno y la sanción contra el notario podría ser hasta la pérdida de la patente.

En conclusión, debe señalarse que entre las ventajas que ofrece este tipo de testamento están entre otras:

a) Es el que otorga mayores garantías al testador de que su última voluntad se cumpla después de su muerte (pues tiene todas las garantías que al caso presta la competencia, pericia, probidad y responsabilidad del notario).

b) Tiene toda la fuerza probatoria de los documentos auténticos, pues la ley (salvo prueba en contrario) admite lo expresado por el notario en su protocolo como cierto, pues no debe olvidarse que por disposición de la ley, en especial del código de procedimientos civiles: "*Son documentos públicos:*

"1.- *Los testimonios de la escritura pública otorgadas con arreglo a derecho y las escrituras originales mismas;...*", y hacen prueba plena en tanto no se demuestren vicios en su constitución.

c) Lo pueden otorgar quienes no saben leer o escribir en términos de los artículos 1514 y 1515 del Código Civil.

d) Al quedar asentado en el protocolo del notario, se evita su pérdida y destrucción, facilitando así mismo su duplicación al poderse sacar de él cuantos testimonios sean necesarios (otorgando a los interesados un medio de seguridad jurídica).

e) Su otorgamiento queda inscrito, en un registro especialmente

destinado al efecto, encargado al Archivo General de Notarías del Distrito Federal (el artículo 79 de la Ley del Notariado exige a los Jueces y notarios ante quienes se tramite la sucesión, recabar informes del Archivo General de Notarías sobre la existencia de algún testamento otorgado por el De Cujus y la fecha de los mismos).

Finalmente, pensamos que por ser la forma en que, se otorgan mayores garantías de certeza y posibilidad jurídica de cumplimiento de la voluntad del testador; el testamento público abierto por mucho tiempo seguirá siendo el más completo, conocido y seguro. Cabe decir, que con el transcurso del tiempo las solemnidades requeridas para su otorgamiento deben comenzar a ser menos rigurosas y más acordes con la naturaleza del acto, desapareciendo algunas o simplemente modificándose.

2.3. Testamento Público Cerrado.

2.3.1. Concepto.

Por varias razones el testador puede expresar su última voluntad, en un instrumento cuyo contenido sea conocido hasta su muerte. Para lo mismo el autor de la sucesión puede emplear la forma de testamento público cerrado, llamado también secreto y que le ofrece la posibilidad de que el notario y los testigos reciban su voluntad

póstuma en un sobre cerrado, y por ende los desconozcan.

Sin embargo, este testamento ordinario, es el que ofrece más inconvenientes, dado que pese a las formalidades de que se rodea su otorgamiento, existe el riesgo de que llegue a destruirse (se encuentra roto el pliego interior, abierto el que forme la cubierta, etc.) y quedar sin efecto.

Este tipo de testamento era ya reconocido en Roma. En el Derecho Justineano, está perfectamente reglamentado. Fue conocido en el Fuero Juzgo y regulado por las Partidas. Se le conoce también como el testamento místico o secreto. Su característica fundamental, es que el notario y los testigos que intervienen en su otorgamiento desconocen el contenido del mismo. Por otra parte, los testigos en este testamento, sólo dan testimonio de que el sobre fue entregado y lacrado, y firmarán la cubierta del mismo junto con el testador y el notario, este último estampará además su sello.

Al testamento público cerrado, lo han definido como: "...aquél que escrito por el propio testador o por otra persona a su ruego, en papel común, debe ser presentado ante notario público para que recoja la declaración del testador de que la expresión de su última voluntad se encuentra en el pliego que va encerrado en el sobre que exhibe, para que se haga constar esta declaración por acta notarial en el sobre de referencia."⁴⁹

El Código Civil para el Distrito Federal regula esta forma ordinaria del testamento de manera específica, en sus artículos 1521 a 1549.

Art. 1521.- "El testamento público cerrado, puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común."

Art. 1522.- "El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si no supiere o no pudiere hacerlo podrá rubricar y firmar otra persona por él a su ruego."

2.3.2. *Forma y Fondo.*

En nuestro derecho positivo, con referencia al testamento público cerrado se ha distinguido entre su fondo y su forma.

En el fondo, la declaración secreta de una voluntad en un documento privado que puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, en papel común (artículo 1521). Además, los que no saben o no pueden leer, no están en posibilidades de hacer un testamento cerrado. Son inhábiles porque no pueden comprobar por sí mismos la exactitud de su declaración (artículo 1530).

Por lo que hace a la forma, es la parte externa o meramente formal, constituida por el conjunto de formalidades que otorga la ley

para su otorgamiento (no existe un orden específico para que exprese su voluntad); éstas son las que revisten naturaleza de un documento público. Dichas formalidades se explican a continuación.

2.3.3. Formalización.

De los artículos 1522 al 1535, se deducen las siguientes formalidades esenciales en el otorgamiento del testamento público cerrado.

a) El testador debe rubricar todas las hojas y firmarias, si él no lo pudiese hacer, lo hará otra persona a su ruego, en este caso dicha persona concurrirá con el testador a la presentación del pliego cerrado; en dicho acto el testador declarará que aquella persona rubricó y firmó en su nombre y ésta firmará en la cubierta junto con los testigos y el notario (artículos 1522 y 1523).

b) 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 acto del otorgamiento, y lo exhibirá al notario en presencia de tres testigos (artículo 1524).

c) Al presentar el pliego cerrado, el testador debe declarar que en el mismo está contenida su última voluntad (artículo 1525).

d) El notario dará fe del otorgamiento, expresando las formalidades requeridas en el código civil; esta constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento que llevará las estampillas del timbre correspondiente y deberá ser firmado por el testador, los testigos, y el notario, quien además, pondrá su sello. Si alguno de los testigos no sabe firmar, lo hará en su nombre otra persona (artículos 1526 y 1527).

Dado que la Ley General del Timbre del 24 de diciembre de 1975 (que había derogado a la Ley del 30 de diciembre de 1953) quedó derogada por la Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles del 31 de diciembre de 1979; ya no es aplicable lo dispuesto por las estampillas del timbre en los testamentos.

e) El testamento público cerrado que carezca de la firma o de cualquiera de las formalidades señaladas en el código civil, quedará sin efecto, y el notario que lo autorizó, será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá además en la pena de pérdida del oficio (artículo 1534 en relación con el 1520).

Así mismo, cerrado y autorizado el testamento, se entregará al testador, y el notario pondrá razón en el protocolo, del lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue autorizado y entregado; si no lo hace así, el testamento es válido, pero el notario incurrirá en la pena de suspensión del cargo por seis meses.

2.3.4. Modalidades.

Las modalidades de este tipo de testamento se presentan en los siguientes casos:

a) Cuando el testador no supiere o no pudiere firmar su testamento, lo hará otra persona a su ruego; aplicándose en su caso lo dispuesto en los artículos 1522, 1523, 1528 y 1529, en el entendido de que sólo en casos de extrema urgencia podrá firmar uno de los testigos y el notario lo hará constar expresamente.

b) Si fuere sordomudo, el testador puede hacer testamento de esta clase con tal de que esté todo el escrito fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario ante cinco testigos (que es una de las variantes), escriba en presencia de todos sobre la cubierta del sobre lo que contenga, que en aquel pliego se encuentra su última voluntad y que va escrita y firmada por él. El notario declarará en el acta de la cubierta que el testador lo escribió así, observándose las formalidades correspondientes al caso en que el testador sea normal y en su caso se aplicará lo dispuesto en los artículos 1528 y 1529 (artículos 1531 y 1532).

c) Cuando sea sólo mudo o sordo, puede hacer testamento cerrado con tal que esté escrito de su puño y letra, sujetándose a las demás solemnidades precisas para esta clase de testamentos (artículo 1533).

2.3.5. Entrega, Conservación y Apertura.

Una vez cerrado y autorizado el testamento, dispone el código civil, se entregará al testador, quien:

- a) Podrá conservarlo en su poder,
- b) Darlo en guarda a la persona de su confianza,
- c) Depositario en el Archivo Judicial.

El notario que aprobó el testamento debe poner razón en su protocolo del lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue autorizado y entregado; en caso contrario incurrirá en la pena de suspensión por seis meses, mas no se anulará el mismo (artículo 1535 y 1537).

El hecho de entregar al testador el sobre que contenga su testamento, debidamente cerrado y autorizado, constituye un acto que puede hacer inútiles las previsiones anteriores, puesto que la eficacia de lo dispuesto en el testamento público cerrado se supedita a que se le conserve o deposite en un lugar donde los riesgos de destrucción disminuyen. Ciertamente el depósito en el Archivo Judicial es el que más garantías ofrece; sin embargo, tiene el mismo inconveniente que el Archivo General de Notarías: su carácter localista; además, la multiplicidad de Archivos Judiciales, de disposiciones legislativas locales que pueden o no ordenar la custodia

de dicho testamento público cerrado a algún otro archivo o registrador.

Existe la idea de crear un archivo de últimas voluntades de carácter federal y con los más modernos sistemas de informática y telecomunicaciones, el cual explicaremos con más detalle en el capítulo tercero de esta tesis.

Si el testador quiere depositar su testamento en el Archivo Judicial, se presentará con el sobre que contenga la expresión de su última voluntad ante el encargado de éste, quien hará asentar en el libro que con ese objeto debe llevarse una razón de depósito o entrega, que será firmada por dicho funcionario y el testador, a quien se dará copia autorizada (artículo 1538).

La presentación y depósito puede hacerse también por medio de procurador en cuyo caso el poder que al efecto se haya conferido, quedará unido al testamento. El poder para la entrega y la extracción del testamento debe otorgarse en escritura pública, y esa circunstancia se hará constar en la nota respectiva (artículo 1539 y 1541). El testador puede retirar cuando le parezca su testamento; pero la devolución se hará con las mismas solemnidades que la entrega (artículo 1540).

Toda persona que tenga en su poder un testamento cerrado y no lo presente o lo sustraiga dolosamente de los bienes del finado, incurrirá en la pena, si fuera heredero por intestado, de pérdida del

derecho que pudiere tener sin perjuicio de la que corresponda conforme al Código Penal (artículo 1549).

Es importante, hacer referencia a la caducidad; la cual se presenta en el testamento público cerrado, cuando en el mismo se encuentra roto el pliego interior o abierto el que forma la cubierta, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen, aunque el contenido no sea vicioso. Esto provocará que el testamento quede sin efecto (artículo 1548). Esta situación es manejada por algunos autores como acto de caducidad: *"El testamento cerrado quedará sin efectos 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."*⁵⁰ y por otros como una nulidad especial: *"El testamento público cerrado será nulo si se encontrare rota la cubierta, o abierta, o roto el pliego interior o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo suscriben, aún cuando el contenido no esté alterado."*⁵¹

Por otra parte, algunas disposiciones relativas al testamento público cerrado en nuestro código civil, tienen el carácter de procesales; entre ellas tenemos la apertura del testamento. La misma se desarrolla de la siguiente manera:

a) Una vez que el juez reciba un testamento público cerrado, hará comparecer ante el notario y a los testigos, a fin de que declare ; que son suyas las firmas y la del testador, o la persona que

⁵⁰dem. pp. 337.

⁵¹LEOPOLDO AGUILAR CARVAJAL. Ob.Cit. pp. 353.

haya firmado a su ruego, y además, que en su concepto, está cerrado y sellado como lo estaba al momento de su otorgamiento (artículo 1542 y 1543).

b) Para la diligencia deberán comparecer los testigos y el notario, pero si huberen fallecido, estuvieren enfermos o ausentes, se necesitará la comparecencia de la mayoría y del notario (artículo 1544).

c) Si por causas similares, no pudiere comparecer el notario, la mayor parte o ninguno de los testigos, el juez deberá hacerlo constar así por información, la legalidad de las firmas, y la circunstancia de que en la fecha del otorgamiento se encontraban aquellos en el lugar en que el testamento se otorgó; en todo caso los comparecientes reconocerán sus firmas (artículo 1545 y 1546).

d) De conformidad con lo establecido en los artículos 1543, 1544 del código civil y 877 del código de procedimientos civiles, ambos para el Distrito Federal, se requiere la presencia de los testigos y del notario para que reconozcan sus firmas y declaren según su concepto si está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de entrega de dicho testamento. A esa audiencia, asistirá además el Ministerio Público sin que esta condición obste para dar validez al testamento, pues en caso de que no puedan asistir testigos y notario por muerte o enfermedad el juez recibirá informaciones testimoniales para reconocer las firmas de aquellos que intervinieron en el acto, y si las personas mencionadas se encontraban en el lugar, en la fecha a

que se refiere la constancia que aparezca en la cubierta del testamento. Siempre los que comparezcan (de entre los testigos originales y el notario) reconocerán sus firmas.

Cumpliendo con lo anteriormente señalado, el juez en presencia del notario, testigos (cuando éstos hayan asistido); y del secretario y del Ministerio Público, abrirán el sobre que contiene el testamento y procederá a su lectura en voz alta, omitiendo, como lo establece el artículo 873 del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, lo que debe permanecer en secreto. Acto seguido, se firmará al margen, dicho testamento por aquellos que intervinieron en la diligencia, sellándolo y se decretará su publicación y protocolización.

2.3.6. La Función Notarial.

La protocolización consiste en que un notario levante en su protocolo un instrumento en cuyo apéndice agregará el testamento original; para estar en posibilidad de extender testimonio de su contenido y del acta de protocolización, dicho testimonio servirá para la tramitación de la sucesión. Así se establece que:

"Será preferido para la protocolización, de todo testamento cerrado, la notaría del lugar en que haya sido abierto, y si hubiere varias, se preferirá la que designe el promovente." (artículo 879 de

procedimientos civiles para el Distrito Federal).

Podría afirmarse, por otro lado, que la intervención notarial en materia de testamento público cerrado, es limitada, puesto que ésta se reduce a recibir el pliego testamentario cerrado y sellado o si no lo estuviere, a hacer que el notario cierre y selle. El notario dará fe del otorgamiento, con expresión de las formalidades necesarias para este tipo de testamento (el testador al presentar el documento al notario, debe declarar que en el mismo está contenida su última voluntad). El fedatario en la cubierta del testamento, hará constar lo anterior y la misma será firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además pondrá su sello.

Por lo mismo, al dar fe de que el otorgamiento de un testamento privado se cumplieron las formalidades de ley, aunque constituya un elemento de certeza y por consiguiente de seguridad pública, el notario no garantiza la corrección ni la validez de su contenido, ya que lo ignora.

Luego de otorgado el testamento, el notario debe de realizar ciertos actos para completar las formalidades del otorgamiento:

a) Entregar el testamento al testador y poner en su protocolo la razón que señala el artículo 1535 del Código Civil.

b) Presentar aviso de que se otorgó ante él un testamento público cerrado, indicando quién lo tiene en su poder, y cubriendo

todos los demás requisitos que marca el artículo 80 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

2.3.7. La Función de los Testigos.

En la formulación del testamento, los testigos constituyen un elemento de existencia necesaria, cuya falta acarrea la nulidad absoluta del acto.

El Código Civil vigente señala que en el otorgamiento de un testamento público cerrado, deben concurrir tres testigos, que llenen los requisitos que se exigen a los que intervienen en el público abierto. La presencia de los testigos en el acto tiene la finalidad de asegurar la veracidad de las firmas estampadas y de la entrega del testamento; para los efectos de los artículos 1542 y siguientes del código civil, los cuales ya han sido comentados.

Los testigos también ignoran el contenido del testamento, su intervención se centra en escuchar atentamente la expresión del testador de que su testamento cerrado está contenido en un pliego (previamente cerrado y sellado o no); y en firmar la razón que al efecto ponga el notario en la cubierta del documento. Así mismo, deben observar cuidadosamente las características del pliego que contenga la última voluntad del testador, ya que es posible que en un futuro tengan que declarar en cuanto al mismo.

Finalmente, cabe apuntar, que el testamento público cerrado, obliga a hacer las siguientes consideraciones:

a) Su parte externa o formal reviste la naturaleza de un documento público, y respecto a la misma cuenta con la fuerza probatoria de los instrumentos auténticos.

b) Es utilizado para mantener en secreto la voluntad del testador, hasta su muerte.

c) Tiene la ventaja de que el sordomudo pueda llevarlo a cabo, mas observando las formalidades especiales señaladas en la ley.

Sin embargo, tiene como desventajas que los que no saben leer, o bien no pueden, son inhábiles para hacerlo; el riesgo de su destrucción es latente, pues el mismo es entregado al testador luego de autorizarlo; puede quedar sin efecto si el pliego interior se encuentra roto, o abierto el que forma la cubierta, o si se encuentran borradas y raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan. Su contenido puede ser vicioso.

Así, pensamos que esta forma de manifestar la póstuma voluntad de una persona, es la que presenta mayores inconvenientes, pues pese a las formalidades que cubren su otorgamiento, existen posibilidades de que por cualquier circunstancia no prevista quede sin efecto.

2.4. El Testamento Ológrafo.

2.4.1. Referencia Histórica.

El testamento ológrafo es el único testamento absolutamente secreto, ya que en éste el testador debe escribir de su puño y letra sus disposiciones testamentarias; y en cambio en el público cerrado existe la posibilidad legal de que sea redactado por otra persona a ruego del testador (y en consecuencia no será secreto para ésta).

La forma ológrafa como medio de manifestar una disposición de última voluntad, ha sido muy atacada porque presenta demasiados riesgos de destrucción; no obstante, dicho inconveniente queda casi eliminado con la exigencia de su depósito en el Archivo General de Notarías, pese al carácter localista del mismo, ya que representa un problema fundamental el que el trámite de la sucesión en México se realice localmente, y en algunas ocasiones este conflicto puede provocar la grave circunstancia de dos procedimientos sucesorios, ignorando probablemente, y hasta contraviniendo disposiciones testamentarias legítimas; es por eso, que se propone la creación de un Archivo Federal de Testamentos, que constituye la parte medular de esta tesis.

Se tienen noticias del testamento ológrafo en Atenas. En derecho romano, esta forma de testar fue introducida para casos especiales en una Novela de Valentiniano y Teodosio, de 446, la que Justiniano no

admitió. No obstante, sí aceptó, con la Novela 107, una forma privilegiada de testamento para que el padre que disponía en favor de los hijos, el llamado "*Testamentum parentum inter liberos*" (cabe decir que en esta clase de testamento no existía la obligación de que el testador lo suscribiera completamente de su puño y letra). Al respecto podemos agregar que: "*En el Derecho Romano y en una constitución de Valentiniano III se dice 'Si holographia manu testamentum candatur, testes necessarios non puntamos'.* (Nov. Valent. III 21, 2, 1). En el Código de Justiniano se regula el testamento ológrafo con características distintas como lo entiende nuestro derecho, pues además del requisito de autoconfesión que exigía la firma de testigos (Ley 28, tit. XXIII, Lib. VI)." ⁵²

Según Polacco: "*La forma ológrafa de testamento aceptada en Francia, en los países de derecho escrito y confirmada por el artículo 16 de la ordenanza de Luis XIV de 1735, fue el origen del testamento ológrafo...*" ⁵³

Napoleón aceptó este testamento para toda Francia mucho después, y se hizo extensivo para todos aquéllos que quisieran disponer de sus bienes por acto de última voluntad.

En España el testamento ológrafo se introdujo en el Código Civil Vigente de 1889 (vigente).

⁵² LUIS MUÑOZ Y SALVADOR CASTRO ZAVALETA. Ob.Cit. pp.799.

⁵³ RAFAEL DE PINA. Ob.Cit. pp.339. Apud. POLACO. Las Sucesiones. Buenos Aires, 1950. pp. 219.

Nuestro Derecho Civil no lo admitió en un principio; era desconocido en el Código de 1884 (el Código Civil del Estado de Puebla lo aceptó). El testamento ológrafo es una de las novedades introducidas por el Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Para evitar sus inconvenientes más graves -la facilidad con que puede falsificarse y lo frecuente que es su destrucción- se dispuso que se redactara por duplicado y se depositara uno de los originales en el Registro Público (actualmente dicho depósito es el Archivo General de Notarías).

La comisión redactora del código civil de 1928, esperaba que el testamento ológrafo fuera el testamento del porvenir para la mayoría de las clases sociales, ésto por la facilidad de su otorgamiento y porque inicialmente no se exigía para hacer ninguna erogación.

2.4.2 *Concepto, formalidades y depósito.*

La palabra ológrafo viene del griego holographos, que significa por entero; por lo cual el testamento ológrafo es el escrito de puño y letra del testador. Como denominación más correcta de esta manera de testar se ha sugerido la de autógrafo, pero no ha tenido éxito alguno.

Recibe el nombre de ológrafo: "... el testamento escrito de puño y letra del testador y otorgado con sujeción a las formalidades prescritas por el legislador para las disposiciones de última voluntad

de esta clase." 54

Para Luis Muñoz y Salvador Castro Zavaleta: "El testamento ológrafo, que mejor llamado autógrafo, es el escrito de puño y letra por el testador." 55

En esta forma de testar no es obligatorio que el testamento se elabore ante un funcionario público, sino que solamente es necesaria su presencia en su depósito, que constituye el momento preciso en que se lleva a cabo su otorgamiento.

Según Castan: "...la característica esencial que diferencia al testamento ológrafo del abierto y del cerrado es la autoconfesión por el testador, sin intervención de persona alguna extraña." 56

El Código Civil en su artículo 1550 dispone que se llame testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador, y agrega que los testamentos ológrafos no producirán efecto alguno si no están depositados en el Archivo General de Notarías en la forma prevista por la ley.

Los requisitos esenciales para que pueda otorgarse un testamento ológrafo, podemos deducirlos de los artículos 1551 al 1556, pudiéndolos resumir de la siguiente manera:

54 RAFAEL DE PINA. Ob.Cit. pp. 338

55 Ob. Cit. pp. 798.

56 Apud. CASTAN. RAFAEL DE PINA. Ob.Cit. pp. 338. Elementos de Derecho Civil. T. III. pp. 360

1.- Que el testador sea mayor de edad (art. 1551).

2.- Para su validez, debe estar totalmente escrito por el testador, y encontrarse firmado por éste con expresión del día, mes y año en que se otorgue. Los extranjeros podrán otorgar este tipo de testamento en su propio idioma (art. 1551).

3.- En caso de que el testamento llegue a contener palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. Pero la omisión de esta formalidad por el testador, sólo afecta la validez de dichas palabras, mas no al testamento mismo (art. 1552).

4.- Debe hacerse por duplicado y el testador imprimirá en cada ejemplar su huella digital. Uno de los originales dentro de un sobre cerrado y lacrado, se depositará en el Archivo General de Notarías y el otro también cerrado y lacrado y con la razón en la cubierta a que se refiere la ley, será devuelto al testador (art. 1553).

5.- En caso de que el testador lo considere necesario para evitar violaciones, podrá poner en los sobres que contengan los testamentos los sellos, señales y marcas que le parezcan convenientes (art. 1553).

6.- Para la formalización del depósito, se deben sujetar a lo dispuesto en los artículos 1554 a 1556.

Así, en el capítulo cuarto, título tercero, libro tercero del Código Civil, algunos preceptos nos hablan del depósito del testamento ológrafo, entre ellos se encuentran del 1554 al 1559.

Como una garantía de la conservación del testamento tratado, se ha establecido la necesidad de su depósito en el Archivo General de Notarías.

El depósito se hará personalmente por el testador, quien si no es conocido del encargado de la oficina, debe presentar dos testigos que lo identifiquen. En el sobre que contenga el testamento original, el testador de su puño y letra pondrá la siguiente nota: "dentro de este sobre se contiene mi testamento". A continuación se expresará el lugar y la fecha en que hace el depósito. Esta nota será firmada por el testador, y por el encargado de la oficina. En caso de que intervengan testigos de identidad, también firmarán (art. 1554).

En el sobre cerrado que contenga el duplicado del testamento ológrafo, se pondrá la siguiente constancia, extendida por el encargado de la oficina: "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." Se pondrá luego, el lugar y la fecha en que se extiende la constancia que será firmada por el encargado de la oficina, poniéndose también al calce la firma del testador y de los testigos de identificación cuando intervengan (art. 1555).

Si el testador estuviere imposibilitado para hacer personalmente la entrega de su testamento en la oficina del Archivo General de Notarías, el encargado de ella deberá concurrir al lugar donde aquél se encuentre, para cumplir con las formalidades del depósito (art. 1556).

Hecho el depósito, el encargado del Archivo tomará razón de él en el libro respectivo, a fin de que el testamento pueda ser identificado, y conservará el original bajo su directa responsabilidad hasta que proceda a hacer su entrega al mismo testador o al juez competente (art. 1557).

En cualquier tiempo, el testador tendrá derecho de retirar del Archivo General de Notarías, personalmente o por medio de mandatario con poder especial otorgado en escritura pública el testamento depositado, en cuyo caso se hará constar el retiro de un acta que firmarán el interesado o su mandatario, y el encargado de la oficina (art. 1558).

Por último, el encargado del Archivo General de Notarías no proporcionará informes acerca del testamento ológrafo depositado en su oficina, sino al mismo testador o a los jueces competentes que oficialmente se los pidan (art. 1559).

Por otra parte, la intervención del Jefe del Archivo General de Notarías del Distrito Federal, sólo es necesaria para el depósito del testamento ológrafo (que es el otorgamiento propiamente), dado que es

un testamento que no necesita elaborarse ante dicho funcionario.

Así, dicho Jefe debe encargarse, entre otras cosas, del depósito y conservación de los testamentos ológrafos (luego de identificar al testador). Para tal fin, realizará las siguientes actividades:

1.- Identificar al testador de la manera prescrita en el artículo 1554 del Código Civil.

2.- Firmar la nota, puesta por el testador, en el sobre que contenga el testamento original; cuidando que en el mismo se indique el lugar y la fecha en que se hace el depósito.

3.- Poner y firmar, en el sobre que contenga el duplicado del testamento original la constancia a que hace mención el artículo 1555 del código civil.

4.- En caso de que el testador estuviere imposibilitado para hacer personalmente la entrega de su testamento en el Archivo General de Notarías, el encargado del mismo deberá concurrir al lugar donde aquél se encontrare, para cumplir con las formalidades de depósito (art. 1556).

5.- Una vez hecho el depósito, tomará razón de éste en el libro respectivo (para identificar el testamento) y conservará el original bajo su directa responsabilidad hasta que proceda a hacer su entrega al mismo testador o al juez competente (art. 1557).

6.- Cuando el testador retire el testamento depositado, hará constar el mismo en un acta que firmará junto con el interesado o su mandatario.

7.- Cuando se le solicite (al juez competente o notario) rendirá informes acerca de si en su oficina se ha depositado el testamento ológrafo del autor de una sucesión que se haya abierto.

8.- Remitir el testamento ológrafo original al juez competente que se lo pida.

Como se desprende de su función en esta materia, el Jefe del Archivo General de Notarías en el Distrito Federal es un representante del Poder Ejecutivo del Estado, encargado de que se cumplan las formalidades del depósito y conservación de un testamento ológrafo. Y ésto, adquiere importancia preponderante si recordamos que los testamentos ológrafos no producirán efectos si no están depositados en el Archivo General de Notarías. Esta función se adecuaría en toda la Federación con la creación del Archivo Federal de Testamentos, según los procedimientos que serán explicados en el capítulo tercero de esta tesis.

2.4.3. Apertura y Declaración Judicial.

La apertura y la declaración de ser formal el testamento ológrafo, se ajustará a los preceptos contenidos en el código civil y en el código de procedimientos civiles, ambos para el Distrito Federal.

El código civil dispone que el juez ante quien se promueve un juicio sucesorio pedirá informes al encargado del Archivo General de Notarías, acerca de si en su oficina se ha depositado algún testamento ológrafo del autor de la sucesión, para que en caso de que así sea, se le remita el testamento. Así mismo, el que guarde en su poder el duplicado de un testamento ológrafo o cualquiera que tenga noticia de que el autor de una sucesión ha depositado algún testamento de esta clase, lo comunicará al juez competente, quien pedirá al encargado del Archivo en que se encuentre el testamento, que se lo remita (art. 1559 y 1560).

El código de procedimientos civiles contemplando las referidas disposiciones ordena que el tribunal competente para conocer de una sucesión, que tenga noticias de que el autor de la herencia depositó su testamento ológrafo, como se dispone en el artículo 1553 del código civil, dirigirá oficio al encargado del Registro en que se hubiere hecho el depósito (actualmente dicho depósito es el Archivo General de Notarías) a fin de que le remita el pliego cerrado en que el testador declaró que se contiene su última voluntad (art. 1881).

Recibido el sobre que contenga el testamento el tribunal procederá como lo dispone el artículo 1561 del código civil:

Art. 1561.- "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; y en presencia del Ministerio Público, de los que se hayan presentado como interesados y de los mencionados testigos, abrirá el sobre que contiene el testamento. Si éste llena los requisitos mencionados en el artículo 1551 y queda comprobado que es el mismo que depositó el testador, se declarará formal testamento de éste."

El duplicado hará veces de original cuando ésta haya sido destruido o robado, y en este supuesto se procederá a su apertura de la manera prevenida para la del original depositado (art. 1562).

Según disposición expresa del código civil para el Distrito Federal, el testamento quedará sin efecto cuando el original o el duplicado, en su caso, estuvieren rotos, o el sobre que los cubre resultare abiertó, o las firmas que lo autoricen aparecieran borradas, raspadas o con enmendaduras, aún cuando el contenido del testamento no sea vicioso (art. 1563).

Finalmente, podemos decir, que el testamento ológrafo presenta ventajas y desventajas que varios autores han tratado de poner de manifiesto:

- 1.- El secreto en que permanece lo dispuesto por el testador.

2.- La facilidad que presta el otorgamiento de la última voluntad. La comisión redactora del código civil vigente consideraba que por la facilidad de su formación (pues basta que el testador exprese de una manera clara y terminante su voluntad respecto del destino que quiera dar a sus bienes para después de su muerte, decían), abrigaba la esperanza de que el ológrafo fuese del testamento del porvenir para la mayoría de las clases sociales, mas éste no ha sucedido así.

3.- Los gastos que ocasiona son menores a los de los otros testamentos ordinarios.

Artículo 88 de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal (año 1992). "Por los actos que a continuación se mencionan se pagarán derechos conforme a las siguientes cuotas:

I.- Depósitos de testamentos ológrafos en el Registro Público de la Propiedad (así):

- | | |
|---|------------|
| a) Si fueren hechos en los locales de las oficinas respectivas, en horas hábiles. | 117,000.00 |
| b) Si fueren hechos en los locales de las oficinas respectivas, en horas inhábiles. | 171,000.00 |
| c) Si fueren hechos fuera de los locales de las oficinas res- | |

pectivas, en horas hábiles.	233,000.00
d) Si fueren hechos fuera de los locales de las oficinas res- pectivas, en horas inhábiles.	351,000.00

4.- El depósito exigido por la legislación civil, aunque viene a someter la eficacia del testamento a una operación ulterior y accesoria, logra evitar la facilidad de desaparición del testamento olografo.

Entre los inconvenientes que esta forma de testar presenta podemos citar:

1.- El riesgo de destrucción, que en nuestro régimen legal disminuye considerablemente con la exigencia de un depósito en el Archivo General de Notarías.

2.- Puede prestarse a la falsedad y el fraude (por lo cual en nuestro derecho existe el depósito del testamento original); Planiol considera que el olografo permite falsificaciones, sobre las cuales los peritos podrían estar muy distantes de poder opinar con certeza.

3.- La ignorancia del testador sobre este testamento, que puede ir acompañada de un indebido asesoramiento, puede acarrear graves consecuencias.

4.- No ofrece seguridad acerca del estado mental del testador en

el momento de la redacción y de su otorgamiento.

5.- El carácter localista del Archivo General de Notarías del Distrito Federal, que como reiteradamente lo hemos señalado trae graves problemas, los cuales se evitarían con la creación de un Archivo Federal de Testamentos.

CAPITULO III

EL ARCHIVO GENERAL DE NOTARIAS Y

EL ARCHIVO FEDERAL DE TESTAMENTOS

3.1. *Antecedentes e Importancias del Archivo General de Notarías.*

El Archivo General de Notarías, toda vez que implica la utilización de abundantes recursos económicos, técnicos y humanos posee una trascendencia social, y es de importancia tanto para el interés público como para el privado.

La historia se inicia cuando el hombre descubre la escritura aún rudimentaria y simbólica, y una técnica para perpetuar la memoria de los hechos. Así fue como surgieron los primeros documentos, término relativamente reciente y proviene de la locución latina "*documentum*" que se refiere a la enseñanza, ejemplo, muestra.

La creación de la técnica para producir documentos requirió de un arduo y prolongado esfuerzo y fue el producto de una necesidad práctica, la cual no se refirió en estos hombres, en el inicio de la historia, a un afán historicista, los más antiguos documentos líticos y de tablillas de arcilla en los que se consignaron hechos, conocimientos y experiencias que sirvieron para los fines de la vida práctica del lugar y de la época en que fueron creados.

A través del paso del tiempo, estos documentos cobraron el inapreciable valor testimonial, según el cual la humanidad puede reconstruir la historia. En este sentido se explica el doble valor de los archivos; por una parte se refiere al valor circunstancial de la sociedad en que surge; es decir, da fe de los hechos y circunstancias importantes y trascendentes para los miembros de la sociedad. El segundo aspecto, es el de crónica, aplicándose a la historia de una sociedad, de esta manera adquiere el valor de Archivo histórico.

El Archivo General de Notarías del Distrito Federal preserva uno de los más antiguos archivos del Nuevo Mundo y posee un alto valor para la historia de México; pero también y sobre todo es de sumo interés para quienes en el ejercicio de sus derechos requieren documentos probatorios fehacientes dentro de las instituciones en el Derecho Nacional.

Este Archivo posee documentos emitidos desde 1525 aunque esto se reduce a la minoría; la mayor parte del mismo se refiere a actos realizados a partir del año de 1921 a nuestros días.⁵⁷

Es conocido de todos que durante la conquista y la colonia, el cronista y el escribano realizaron un papel destacado; fueron la conciencia vigilante que registró los hechos de las armas, los sucesos de la empresa colonizadora y misionera, la actividad de los

⁵⁷ Investigación de Campo realizada en el Archivo General de Notarías, Área del Archivo Histórico el día 19 de octubre de 1992.

encomenderos, el carácter, las costumbres, las manifestaciones culturales de los pueblos conquistados. Los escribanos dejaron sobre todo la constancia fehaciente de los muchos aspectos legales en las relaciones de dominación.

El formalismo del siglo XVI, se trasladó y estableció en la administración virreinal; es por eso, que existe una abundante literatura impregnada de un matiz costumbrista. Todos los actos trascendentes tanto públicos como privados requerían de la actividad del escribano, es por esta razón la abundancia de documentos que constituyen un fidedigno testimonio de una época y de un sistema. ⁵⁸

Como reiteradamente se ha señalado, es un mínimo porcentaje el de los documentos que revisten un interés puramente histórico. En el Distrito Federal, nuestro archivo desempeña una función jurídica actual y futura.

Podemos concluir, que en los sentidos expuestos el Archivo General de Notarías realiza dos funciones: una jurídico trascendente y otra histórico documental.

Para nuestros efectos el Archivo General de Notarías, a pesar de su carácter localista, tiene como fin específico la publicidad y custodia de los testamentos públicos abiertos y ológrafos cuando son requeridos por la autoridad competente o por el notario ante el cual se lleva la sucesión.

⁵⁸ Cfr. LUIS CARRAL Y DE TERESA. Ob.Cit.

La actividad notarial que desde la antigüedad ha venido siendo reglamentada en Nueva España, además de tener pronta realización al establecerse en ella los escribanos que dieron fe de los primeros actos jurídicos llevados a cabo entre particulares, también fue dotado de esa organización legislativa. Sin embargo, durante el período colonial no existió un lugar específico donde fueran depositados los protocolos, siendo conservados la mayor parte por los escribanos.

Fue hasta 1852, cuando el General Mariano Azuela hizo el primer intento de establecer un sistema de control de los protocolos notariales a través de la Secretaría de Justicia. Durante el II Imperio, Maximiliano decretó que los notarios conservaran sus protocolos y dicha medida prevaleció hasta inicios del presente siglo en que, en base a la Ley del Notariado del 19 de diciembre de 1901, fue creado el Archivo General de Notarías en el cual debían de concentrarse todos los protocolos, a fin de terminar con la dispersión de los mismos.⁵⁹

Diversas leyes han regido a la actividad notarial y al archivo entre las que están: Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal de 1867, Reglamento del Colegio Nacional de Escribanos de 1870, Ley del Notariado de 1901, (en la que como ya se mencionó se crea el Archivo General de Notarías); Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 1932, etc., hasta la actual que es la Ley del Notariado para el Distrito Federal, del 8 de enero de 1980,

⁵⁹ Cfr. BERNARDO PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO. Ob.Cit.

con reformas y adiciones del 13 de enero de 1986. ⁵⁷

El Archivo General de Notarías se estableció por primera vez en el ala poniente del antiguo edificio de gobierno del Distrito Federal, anteriormente conocido como Antigua Casa de Diputación. De este lugar trasladó sus oficinas a la de Filomeno Mata, junto a lo que fue la iglesia de Santa Clara. Más tarde se volvió a instalar en una de las partes del edificio antiguo del Departamento del Distrito Federal. De este lugar se cambió a la construcción conocida como la Aduana de Santo Domingo y de ahí a la calle de Ignacio Ramírez. Posteriormente se instaló a las oficinas del Registro Público de la Propiedad y del Comercio, en la calle de Villalongín. De este lugar, pasó a ocupar el antiguo edificio del Ex Convento de la Enseñanza, en Donceles 104, inmueble que albergó sus fondos durante 20 años, de 1968 a 1988.

Debido a que nuevamente llegó a ser insuficiente ese lugar se acabó de trasladar a su actual sede, la de Candelaria de los Patos, por instrucciones del entonces Jefe del Departamento del Distrito Federal, Ramón Aguirre Velázquez. El citado edificio, se encuentra ubicado en la calle de Candelaria, entre General Anaya y Juan de la Granja, en el histórico barrio de Candelaria de los Patos.

3.2. Organización y Función.

El Archivo General de Notarías administrativamente, depende de la

⁵⁷ *Idem.*

Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos de la Coordinación General Jurídica del Departamento del Distrito Federal. (Reglamento Interior del Departamento del Distrito Federal. Artículo 52 fracc. VIII).

Esta Institución, de acuerdo a la Ley del Notariado, ha sido delimitada cronológicamente formando dos partes: una la del archivo reciente o "vivo", cuya documentación es considerada privada, de 70 años a la fecha.

La otra corresponde al Archivo Histórico, cuya documentación es la más antigua pues comprende del siglo XVI hasta la que tenga más de 70 años, siendo ésta de carácter público.

El Archivo General de Notarías tiene como función primordial la custodia y conservación de los protocolos notariales, así como la expedición de certificaciones, testimonios, informes de testamentos y la validación del testamento ológrafo, elaborado de puño y letra del testador.

A la formación del Archivo General de Notarías, surge simultáneamente el área del Archivo Histórico, la que desde entonces alberga todos los protocolos desde 1525 a 1923, en virtud de que cada año se va cumpliendo la antigüedad de 70 años ya citada.

El área histórica está integrada por dos grandes fondos:

El primero de 1525 a 1901; y el segundo de 1902 a 1923, hasta este momento.

Dentro del primero se encuentran incluidos pequeños fondos como los de Haciendas, Pueblos Adyacentes, Judicial Ayuntamiento de la Ciudad de México y otros.

La ordenación del primer fondo es alfabética-cronológica y lo integran un total de 752 notaría, más los libros de los pequeños fondos antes citados que hacen un total de 1451; hasta ahora físicamente en esta área. El contenido de la documentación es de gran riqueza histórica y una fuente inagotable de información para historiadores, juristas, arquitectos, sociólogos, economistas y otros investigadores.

Esta fuente informativa contiene tipos documentales como:

cartas de soldada (convenio sobre salarios), de horramiento o liberación de esclavos (emancipación de esclavos negros), compañías o convenios para diversas operaciones mercantiles, mineras o agrícolas; así como contratos para construir: retablos, iglesias, casas, etc.; testamentos, dotes, poderes, flanzas, cartas de aprendiz de oficios, obligaciones de pago, arrendamientos de casas, tiendas, estancias y haciendas; y otros documentos característicos de los siglos XVI y XVII. Y así mismo, la documentación del siglo XVIII, refleja la evolución que para entonces había alcanzado la Nueva España y particularmente la ciudad de México.

Importantes cambios en la estructura documental se advierten en pleno siglo XIX, sobre todo después de consumada la independencia, quizá como intento de romper con la tradición colonial tan arraigada. Así, encontramos nuevas denominaciones de tipos de documentos como poderes ultramarinos, formación de sociedades para explotar recursos naturales, urbanización de la Ciudad de México, introducción de nuevos servicios públicos; interviniendo en ellos importantes personajes.

Se advierte la desaparición de tipos documentales como los dotes. En el siglo XX continúan en general las mismas formas documentales de fines del siglo XIX, y con la aparición de la Ley del Notariado de 1901, los anexos probatorios del documento se integraron en apéndices separados del protocolo.

3.3. *Servicios que presta.*

Servicio a usuarios:

Este sólo será otorgado a quien demuestre tener personalidad jurídica, es decir, comparecer en la escritura y presentar una identificación. También puede ser solicitada a través de un notario o juzgados.

- Expedición de testimonio o copias certificadas.
- Regularización de escrituras que no fueron debidamente protocolizadas ante el notario.
- Informes de testamentos.
- Registro y validación del testamento ológrafo (el Archivo General de

Notarías es el único lugar del D.F. donde puede realizarse este acto jurídico). El que sólo será solicitado a través de un juzgado familiar.

Servicio a Notarios:

- Revisión de libros.
- Informes de testamentos.
- Expedición de testimonios o copias certificadas.

Servicio a Juzgados:

- Debe ser solicitado a través de juzgados civiles, penales y familiares, por personas físicas y morales.
- Testimonios y copias certificadas de escrituras.
- Informes de testamentos.

Servicio del Area Histórica:

- Consulta de protocolos por investigadores.

3.4. *El Jefe del Archivo General de Notarías.*

Por ley, el Jefe del Archivo General de Notarías en ciertos actos adquiere el rango de funcionario investido de fe pública, como sucede con el otorgamiento del testamento ológrafo. Pero normalmente, tiene a su cargo la función de manejar la Unidad Departamental de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, denominada "Archivo

General de Notarías".

Como ya se mencionó, el citado archivo, dependía del Registro Público de la Propiedad y del Comercio, más ya desde la entrada en vigor del reglamento interior del Departamento del Distrito Federal, se dispuso que éste dependería de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos (art. 52, fracc. VIII); dicho reglamento se abrogó por el publicado en el Diario Oficial el 26 de agosto de 1985, el cual señala en su artículo 37, fracción VIII tal situación:

Art. 37.- "Corresponde a la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos:

"... VIII Conservar y administrar el Archivo General de Notarías..."

En lo que a nosotros respecta, el Archivo será administrado por un Director (Jefe), el cual es encargado de llevar un registro de los testamentos que autoricen los notarios, de los cuales hayan dado el aviso a que se refiere el artículo 80 de la ley del notariado (entre otras cosas) y así mismo encargarse del depósito y la conservación del testamento ológrafo, luego de haber identificado al testador.

El reglamento del Archivo General de Notarías de 1947 exige la práctica notarial a quien llegue a ser nombrado su titular; es decir, que para ser director son requisitos indispensables:

- Ser notario en ejercicio en el Distrito Federal, por lo menos un año antes del nombramiento o;
- Ser aspirante al ejercicio del notariado, con patente registrada por

lo menos tres años antes del nombramiento.

El encargado del Archivo General de Notarías debe recibir los testamentos ológrafos y en su defecto la persona que le siga en antigüedad o quien de antemano se designe por alguna circular o acuerdo interno.

Se ha criticado el carácter localista que en nuestro sistema tiene el Archivo General de Notarías, dado que únicamente pertenece al Distrito Federal (o a la Entidad Federativa en la cual se inicia el juicio sucesorio respectivo) y obliga en consecuencia tan sólo a los notarios y autoridades de esta entidad, el pedir informes al referido Archivo cuando ante ellos se tramite una sucesión. La competencia en materia sucesoria, se basa en el último domicilio del autor de la herencia, y a falta de éste, el de ubicación de los bienes raíces de la sucesión, y a falta de ambos, el lugar del fallecimiento (art. 156 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). Por lo tanto, en el caso de que una persona haya otorgado un último testamento en Tlaxcala y tenga su domicilio y bienes en el Distrito Federal; al radicarse la sucesión de la referida persona, el juez o el notario (en su caso) pedirán informes al Archivo General de Notarías o bien a los archivos locales correspondientes y en ellos no se encontrará registrado el testamento que otorgó el autor de la sucesión en Tlaxcala, pudiéndose llegar a tramitar la sucesión con un testamento que haya sido revocado o se abrirá la legítima, ésto resulta un motivo de gran inseguridad; de ahí, la necesidad de la creación de un Archivo Federal de Testamentos encargado del registro

de los testamentos otorgados en cualquier lugar de la República, al cual todas las autoridades tuvieran obligación de rendir y pedir información.

3.5. *Necesidad de un Archivo Federal de Testamentos.*

Es de reconocerse, que en todos los países del mundo existe la necesidad de una institución que dé datos indubitables acerca de que un testamento en ejecución es, de acuerdo con la legislación que le da validez, el único que debe cumplirse; sin esta institución se originan trastornos muy serios. En efecto se presenta para ejecución, un testamento con apariencia de validez y de vigencia plenos, por lo que, o va en vías de ejecución o se cumple hasta la partición, cuando aparece otro testamento que supera al primero y como debe prevalecer sobre él, todo lo actuado resulta nulo y, además de las molestias del consiguiente juicio de nulidad, ha de reponerse totalmente el procedimiento sucesorio respectivo, aunque a veces la total restitución de los derechos prevalentes en favor de sus beneficiarios sean imposibles, por la naturaleza de los bienes aplicados que pueden haberse consumido o menoscabo irreparablemente al tratar de cumplir con lo estatuido por el testamento válido.

Por ello, un buen número de legislaciones de diversos países han establecido registros únicos de actos de última voluntad, que permiten verificara cuál testamento quedó vigente a la muerte del testador.

3.5.1 Justificación.

En cuanto al problema de los Estados con régimen gubernamental centralista o de régimen federal con legislación civil unificada y de título de régimen federal con legislación civil reservada a cada Estado o Provincia, en los dos primeros no existe obstáculo legislativo insuperable para obtener un registro nacional, pues bastará encontrar alguna disposición federal en qué apoyar la existencia o si se carece de ella, sólo será necesario hacer pasar a la regulación federal correspondiente que comprenda todo el país y estatuya un régimen de registro central.

Por otra parte, México es un país federal, integrado por 31 estados autónomos y un Distrito Federal. La legislación civil es de la competencia privativa de cada uno de los 31 estados y el poder legislativo federal la norma para el Distrito Federal. Funcionan archivos de actos de última voluntad en todos los Estados y en el Distrito Federal; sin embargo, en el país no se ha resuelto el problema de la creación de un registro nacional.

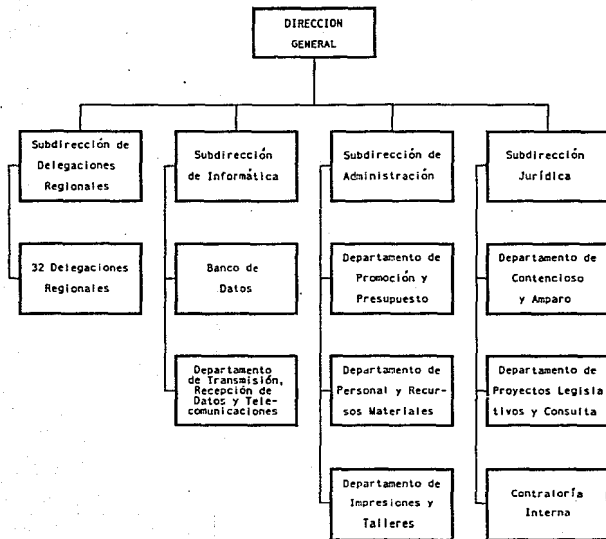
Como ocurre en todo el mundo, los grandes núcleos de población urbana crecen y se unen con otros en jurisdicciones municipales y estatales diferentes, con legislación propia, ya que constitucionalmente, es claro, que el ámbito legislativo sobre actos

de última voluntad queda comprendido en el derecho civil.

Por ejemplo, la Ciudad de México, originalmente comprendida sólo dentro de los límites del Distrito Federal, cuyo territorio inicial fue reconocido por nuestra primera Constitución federalista, es decir, la de 1824, estaba constituido por un círculo, cuyo centro era la Plaza de la Constitución y cuyo diámetro ni siquiera incluía la entonces Villa de Guadalupe, aún separada por campos de cultivo del casco de la capital, lo que permitía que Tlalpan fuera entonces la capital del Estado de México; pronto hubo de crecer en poca proporción hacia el norte y hacia el oriente y el occidente inmediatos, y con mucha mayor superficie hacia el sur, para incluir hasta Tláhuac, Xochimilco, Milpa Alta y Cuajimalpa, absorbiendo los municipios intermedios, como Tacubaya, Mixcoac, San Angel, Coyacacán y Tlalpan entre otros y desde mil ochocientos veinticuatro el ámbito del Derecho Civil fue otorgado a los Estados y dentro de él, la organización de la herencia testamentaria y la legítima.

Con el transcurso del tiempo, las zonas rústicas interurbanas han desaparecido prácticamente y la Capital ha absorbido a todos los antiguos municipios de Entidad, con sus cabeceras y poblados que los integraron, lo que no le ha bastado para ocupar las áreas que se requieren para la construcción del monstruo urbano, con la consiguiente fusión física sin solución de continuidad, en la que actualmente vivimos y que ha invadido preponderantemente a los distritos y en consecuencia a los poblados que, aunque constitucionalmente pertenecen al Estado de México, ubicados en los

ARCHIVO FEDERAL DE TESTAMENTOS



119

NO EXISTE

PAGINA

DE LA 120 A LA 125

desarrollo de éstos.

d) Informar de los requerimientos a la Subdirección de Delegaciones Regionales, distintos a los señalados en el inciso "b"; para que ésta resuelva sobre su procedencia.

La Subdirección de Informática, tendrá a su cargo la custodia y almacenamiento de información en el Banco Central de Datos, realizando las copias de respaldo respectivas semanalmente y vigilando el buen funcionamiento de la red federal de cómputo, y de los sistemas de comunicación respectivos.

De dicha subdirección dependerán los siguientes departamentos:

- Departamento del Banco Central de Datos.- Que tendrá el control de la red de cómputo respectiva y del centro de información.

- Departamento de Transmisión, Recepción de Datos y de Telecomunicaciones.- Tendrá a su cargo el sistema de telecomunicaciones por satélite, radio transmisión y los alternos de telefonía y fax; en este último caso, este departamento capturará la información para que sea asimilada por el banco central de datos.

- Subdirección de Administración. Esta oficina estará encargada del manejo económico, administrativo, de personal y de la impresión de las formas de captura. De ella dependerán:

- El Departamento de Programación, Organización y Presupuesto. Encargado de presupuestar el manejo del patrimonio del organismo.

- El Departamento de Personal y Recursos Materiales. Encargado de la contratación del personal y del movimiento de los recursos materiales de este organismo.

de este organismo.

- El Departamento de Impresiones y Talleres. Encargado de la fabricación de las formas de captura distribuidas en las treinta y dos Delegaciones Regionales.

La Subdirección Jurídica, está encargada de los juicios en los cuales sea llamado el Archivo Federal de Testamentos, así como para representar los intereses jurídicos de este organismo, por medio de su Departamento de Contencioso y Amparo. A su vez propondrá las modificaciones legislativas que estime convenientes para el mejor desempeño de su servicio, según lo propuesto por el Departamento de Proyectos Legislativos y de Consulta.

También dependerá de dicha Subdirección, la Contraloría Interna, encargada de la vigilancia del legal ejercicio de sus funciones.

3.6.1. Procedimiento.

Las formas de captura serán impresas por el Departamento de Impresión y Talleres, perteneciente a la Subdirección de Administración y contendrá los siguientes datos:

- Nombre.
- Domicilio.
- Teléfono.
- R.F.C. (con homoclave si es contribuyente).

- Nacionalidad.
- Si es extranjero: calidad migratoria, tipo y número.
- Si es mexicano por naturalización, número de la carta.
- Fecha de nacimiento.
- Estado civil.
- Hijos menores de edad.
- Fecha, lugar, hora y tipo de testamento.
- Notario y número de escritura.
- Archivo ante el cual se otorgó el testamento ológrafo.
- Archivo ante el cual se depositó el testamento público cerrado.

Dichas formas se presentarán por triplicado: original de color blanco para autoridad federal o notario; primera copia, rosa para el Archivo Federal de Testamentos, a través de sus Delegaciones Regionales; segunda copia amarilla, para el archivo local correspondiente en cada caso.

La información rendida por los archivos locales, delegaciones diplomáticas y autoridades federales señaladas será capturada dentro de las veinticuatro horas siguientes a su recepción por las delegaciones regionales correspondientes que tendrán una circunscripción igual a la entidad federativa donde se encuentren y al D.F.

En caso de emergencia, al no poder utilizar la red por fallas electrónicas, remitirán el informe por los medios alternos de telefonía, fax y radiotelefonía señalados, dejando constancia de la

fecha y hora de transmisión.

Por lo que respecta al programa del Archivo Federal de Testamentos, contará con las siguientes características:

- Un sistema cerrado con treinta y dos terminales establecidas en las Delegaciones Regionales, y las que para su caso señale la Dirección General, para su uso en las oficinas centrales; pudiéndose ampliar al número que la propia subdirección de informática crea conveniente en cada delegación regional a propuesta del subdirector de delegaciones regionales.

Dichas terminales, tendrán las siguientes características: sin puertos de acceso a través de discos de cualquier especie, y sin medios de acceso para la conexión a puerto alguno. Deberán ser sellados herméticamente con los sellos de seguridad que se establezcan por los técnicos competentes.

El programa será una base de datos que ordenará el índice desde cualquiera de las informaciones capturadas. La clave de programación será del exclusivo conocimiento del Director General, y sólo podrá hacerse desde una terminal específica de la Unidad Central del Banco de Datos.

Cada vez que se acceda al programa desde cualquiera de las treinta y dos delegaciones regionales, los empleados de las mismas deberán hacer ingresar su clave personal de acceso, dejando siempre constancia de la hora y fecha de la consulta y la causa de la misma.

La ley deberá prever fuertes sanciones en caso del uso ilegal del banco de datos.

Las causas para consultar al Archivo Federal de Testamentos serán:

La existencia de un Juicio civil, la sucesión tramitada ante notario público; los particulares con interés jurídico que presenten acta de defunción o la sentencia judicial de ausencia y presunción de muerte. Cualquier otra causa deberá ser autorizada por escrito por el subdirector de delegaciones regionales, y si lo estimara conveniente por el Director General.

3.7. Marco Legal.

La creación del Archivo Federal de Testamentos, es posible dentro del marco legal mexicano. Si bien es cierto, que nuestro sistema federal ha reservado a los gobiernos locales la facultad de legislar en materia de derecho civil y familiar, el artículo 121 de la Constitución General de la República que en su parte relativa a la letra reza: Art. 121. "En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos...", lo que significa que la existencia del Archivo Federal de Testamentos, en la forma

propuesta no invade las facultades reservadas a los Estados sino establece paralela e independientemente a la forma prescrita por las legislaciones locales, la manera de probar la existencia de un testamento y el procedimiento de registrar los mismos sin limitar, ni excluir la forma en que las entidades federativas realicen su registro; adicionalmente, el beneficio de la economía procesal y de la seguridad jurídica se reflejará en el patrimonio de los Estados y en el de sus habitantes.

Así mismo proponemos que de conformidad con el artículo 73 fracc. XXX que a la letra dice: "El Congreso tiene facultad:...

XXX. Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión."

Esto es, que se expida mediante ley del Congreso de la Unión, toda vez que ésta es uno más de los casos previstos en la Constitución para hacerlo.

La forma de organización en virtud de la relativa autonomía que debe tener el órgano y el manejo patrimonial que requiere por su amplia distribución en el territorio nacional y la necesaria agilidad del servicio que presta, da cabida de órgano desconcentrado de la Federación, perteneciente a la Secretaría de Gobernación. Las características de un órgano desconcentrado en estricto sentido son:

" a) Son creados por una ley o reglamento.

b) Dependen siempre de la Presidencia, de una Secretaría o de un

Departamento del Estado.

c) Su competencia deriva de las facultades de la Administración Central.

d) Su patrimonio es el mismo que el de la Federación aunque también puede tener presupuesto propio.

e) Las decisiones más importantes, requieren de la aprobación del órgano del cual dependen.

f) Tienen autonomía técnica.

g) No puede tratarse de un órgano superior (siempre dependen de otro).

h) Su nomenclatura puede ser muy variada.

i) Su naturaleza jurídica hay que determinarla teóricamente en cada caso, estudiando en particular al órgano de que se trate.

j) En ocasiones tiene personalidad propia."⁶²

Estos requisitos son aplicables en todas sus características al Archivo Federal de Testamentos, y sus delegaciones regionales serán órganos desconcentrados por región, pues además de existir la delegación de facultades a los órganos inferiores, éstos se distribuyen geográficamente dentro del territorio abarcando cada oficina un área superficial de éste, que demande la acción regional.

Cabe aclarar, que al asignar este órgano a la Secretaría de Gobernación deberán modificarse las facultades que se le otorgan por medio de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su

⁶² ACOSTA ROMERO MIGUEL. Teoría General del Derecho Administrativo. Primer curso. Sava. edición. Editorial Porrúa, México, 1988, pp. 317.

artículo 27o., con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Federal que dice:

"La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos."

Y también con el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal:

"Art. 17o. Para la más eficaz atención eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables."

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

Como apuntamos en el primer capítulo, durante las primeras etapas del desarrollo de la humanidad, en virtud del estado primitivo de las sociedades, toda vez que no había una definición precisa del concepto de propiedad que hoy en día prevalece; podemos considerar, que la propiedad predominante era la colectiva, y por lo tanto la sucesión testamentaria era innecesaria y desconocida; así mismo la carencia de un lenguaje escrito, y por ende la falta de un sistema jurídico que pudiera regular de alguna manera instituciones complejas como lo es la testamentaria.

Ya con la civilización griega, cuna del mundo occidental, la escritura dio lugar, entre otras grandes instituciones a la estructura jurídica y a la posibilidad real de transmitir informaciones precisas, definidas, y a la conservación relativamente permanente de éstas; requisitos necesarios para la existencia de testamentos.

Sobre todo que el preciso y definido concepto de la propiedad individual necesario para cualquier forma de sucesión (que en un principio se presentó en su forma legítima), aunque habría que agregar que estos primeros esbozos del derecho sucesorio por consecuencia natural fueron adentrándose lentamente en el mundo griego, y su desarrollo aunque brillante para su época, es un tanto imperfecto para

nuestros modernos conceptos sucesorios.

En Roma, durante el período del Imperio, se logró un desarrollo en el ámbito jurídico y el perfeccionamiento de las instituciones sucesorias. Los conceptos fundamentales de este importante fenómeno jurídico ha sido adoptado y reproducido por las más diversas legislaciones del mundo occidental en sus códigos civiles y familiares, circunstancia a la cual no es ajena nuestro país.

Para el Derecho Germánico, en sus orígenes primitivos, la sucesión poseía un rasgo especialmente particular consistente en que el patrimonio se transmitía *Mortis causa* a los vecinos del *De Cujus*, y después, en una evolución lógica la sucesión se trasladó a los parientes cercanos, dando lugar a una transmisión forzosa en beneficio de los herederos legítimos, y en un desarrollo tardío del Derecho Germánico se aceptó el testamento, pero de manera limitada y conservando en su gran mayoría el carácter forzoso de la masa hereditaria. La aceptación del testamento fue producto de la influencia del Derecho Romano y sus limitaciones se deben en gran parte a la influencia de la doctrina cristiana que ya había penetrado al mundo romano antes de la fusión de éste con los pueblos germánicos y por ende con su derecho.

Si bien en Roma, se aceptó la libre disposición testamentaria, no fue así durante la Edad Media, pues influido de ese espíritu cristiano del que hablamos antes, la sucesión que se reconoció fue la legítima, que obligaba a la transmisión de la masa patrimonial en beneficio de

los descendientes.

Para el Derecho Occidental, el Código Francés de Napoleón es punto de partida del sistema jurídico moderno romanista y significó un adelanto jurídico trascendental al estructurar un cuerpo legislativo sistemático, ordenado y claro que en la gran mayoría del Derecho Privado determinó direcciones y tendencias que penetraron a las legislaciones actuales. El derecho sucesorio no es ajeno a esta influencia, y volviendo al individualismo romanista marca una clara tendencia hacia la sucesión testamentaria pero con ciertas limitaciones que obligaban a heredar a la familia de aquél que testaba.

La figura testamentaria en el Derecho Italiano surgió de una evolución paulatina, partiendo en sus orígenes de la asimilación del testamento público cerrado, transformándose después en un sencillo acto de disposición de bienes; toda vez que, durante este período el testamento fue considerado una declaración de última voluntad, que contenía diversas disposiciones, algunas de las cuales eran patrimoniales y otras eran simples declaraciones sobre diversos actos de contenido no económico.

Víctor Manuel II, promulgó durante su reinado, el Código de 1865, en el cual, en lo relativo a las disposiciones sucesorias, específicamente a las testamentarias se distingue por haber clasificado a los testamentos en ológrafos; notarial que podían ser públicos o secretos, y por otro lado, en extraordinarios que eran

aquellos que se emitían en caso de enfermedad contagiosa o el realizado durante algún viaje.

Dentro de la legislación civil española, el testamento adquirió una gran importancia al constituirse en un medio a través del cual se podía disponer del patrimonio de manera segura para después de la muerte. Esta situación se ve influenciada durante su evolución por principio de Derecho Romano y posteriormente en virtud del amplio desarrollo que inyecta el Código Napoleónico al Derecho Francés, adecuándolo a los usos y costumbres propias de la España de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Ya adentrados en este último, el Código Civil español admitió la posibilidad de que mediante la vía testamentaria se pudiese suceder, conservando la sucesión legítima, que en España como en la mayoría de las culturas occidentales fue reconocida originalmente como medio para transmitir el patrimonio "*mortis causa*".

Así mismo, el Derecho Español, reconoció la sucesión mixta y consideró que en la sucesión testamentaria existían alrededor de veintidós formas o tipos de testamentos en los que podemos manifestar como los más relevantes por la influencia que ejercen en nuestro Derecho son: el testamento ológrafo, el testamento abierto, el testamento cerrado, etc.

Por otra parte, no en todas las comunidades prehispánicas fue conocido el testamento como institución; empero, en las más avanzadas, dentro de lo que actualmente es el territorio mexicano sí lo fue. Esta

figura permitía disponer en vida para efectos *post mortum* de los bienes y derechos (estos últimos entre los nobles, eran normalmente las dignidades), éstos se transmitían generalmente por la vía de sucesión legítima al hijo primogénito.

Estos pueblos preveían que en caso de que los herederos no hubiesen alcanzado la mayoría de edad, los bienes que componían la masa hereditaria que se les había transmitido se daban en custodia a un tutor, quienes normalmente eran la madre o un tío paterno.

El tutor tenía la obligación de conservar este patrimonio y devolverlo a su legítimo propietario a la edad adulta, es decir, cuando el heredero llegara a la mayoría de edad y adquiriera el pleno uso de sus derechos. De esta manera, el derecho sucesorio logró desarrollarse de manera trascendente y eficaz, mostrando en estos aspectos una concepción jurídica bastante elevada.

En el Virreinato de la Nueva España, el Derecho Civil fue regulado esencialmente por leyes de la España Continental, entre las que se destacan las Leyes de las Siete Partidas, las Leyes del Toro, la Nueva y Novísima Recopilación, el Ordenamiento de Alcalá, etc. Luego entonces, es lógico considerar que cuando nuestro país adquirió su independencia debió conservar dichas disposiciones que fueron sustituidas lenta y paulatinamente por nuevas leyes de carácter nacional. A pesar de esto, aún en el año de 1837, en materia de sucesiones, continuaron vigentes las Leyes de las Indias y las demás disposiciones antes mencionadas.

Ya en completa autonomía, con el Código de 1870, se lograron grandes avances en materia de Derecho Sucesorio, a pesar de que se limitaba aún la libertad de disposición del testador, que protegía a los herederos legítimos y no fue sino hasta el Código de 1884 que se estableció en México la libertad para testar, suprimiéndose la "*Portio Legítima*". Se admitieron los condicillos, las memorias testamentarias. Y distinguiéndose dentro de la clasificación de los testamentos ordinarios, el público abierto y el público cerrado.

En contraposición a lo establecido en el Código Civil Vigente para el Distrito Federal, el de 1884 de marcada influencia individualista, no limita la facultad de disposición del testador en ningún aspecto, pero permitiendo como el actual, en su ausencia la tradicional sucesión legítima.

Nuestro actual Código Civil, atempera el individualismo de su predecesor adoptando en materia de sucesiones la forma testamentaria y la legítima, estableciéndose en ambas las restricciones exigidas por los intereses y tendencias de la época.

Sin embargo, cabe señalar que a pesar del constante interés del legislador para modificar y actualizar nuestro código, en términos generales sus disposiciones resultan insuficientes, y en ocasiones hasta incompatibles con nuestra realidad social, producto del rápido desarrollo de nuestra sociedad.

La definición contenida en el artículo 1295 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, es más compleja y exacta que las que limitan el área de la figura testamentaria a la transmisión del patrimonio del *De Cujus*.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, en nuestro Derecho, el testamento es un acto jurídico unilateral, irrevocable, libre, personalísimo y de carácter solemne por el que un individuo realiza una manifestación de voluntad, tendiente a la disposición de su patrimonio y a la declaración o cumplimiento de deberes de naturaleza económica o meramente moral, que tendrá plena eficacia después de su muerte.

El testamento es un acto jurídico *stricto iuris* que puede ser afectado por las causas de ineficacia comunes a las de los demás actos de esta naturaleza: la ineficacia y la nulidad (que siempre será absoluta) y por otro lado, dos más, propias de su carácter especial: la revocación y la caducidad.

El testamento inoficioso, es aquél en el cual, el testador no deja la pensión alimenticia a las personas a que se refiere el artículo 1368 del Código Civil, dado que por tal acto se lesionan sus derechos a percibir alimentos.

Así, las modalidades que el testador puede imponer a su declaración de póstuma voluntad, reflejan el carácter especial del testamento, dado que en él se perciben las reglas generales, ya que la

institución de heredero nula no trae consigo la nulidad de todo el testamento sino tan sólo de dicha cláusula.

Las figuras comunes a los testamentos son: testador, herencia, heredero, legado, legatario, albacea, tutor, curador, el derecho de acrecer, testigos instrumentales, el notario, entre otros.

La difusión existente sobre las figuras testamentarias básicas (heredero, legatario, albacea, tutor, curador, etc.), es deficiente o nula. Los medios de comunicación masiva en muchas ocasiones complican el panorama al propagar información fuera de toda realidad, y los organismos oficiales casi no se han preocupado hasta ahora de dicho problema. Esto ha provocado que sea muy común que el autor de un testamento llegue a ignorar el alcance de dichas figuras y en consecuencia no comprenda la importancia de esta institución jurídica.

El notario, en su función de fedatario, constituye un elemento de seguridad social, tendiente a conservar y hacer efectivos contra terceros, los derechos de los particulares; aún así, nuestro Código Civil exige la presencia de testigos instrumentales para reforzar la fe notarial como un elemento substancial, en los testamentos públicos pues un documento público impugnado de falsedad, requiere pruebas en contrario y su simple impugnación no somete la fe pública del notario.

La fe pública del Jefe del Archivo General de Notarías y del Notario, busca consolidar los actos o hechos jurídicos poniéndolos

fuera de la incertidumbre; instituyendo en el orden público un elemento; la seguridad social, que busca evitar cuestiones litigiosas, y con ello la certeza de que nuestra voluntad, otorgada conforme a lo dispuesto por la ley, se cumpla y trascienda en el ámbito jurídico.

Por otra parte, nuestro Código Civil, clasifica a los testamentos en ordinarios y especiales. Dentro de los ordinarios encontramos al público abierto, al público cerrado y al ológrafo; mientras que en los especiales están abarcados el privado, el marítimo, el militar, el hecho en país extranjero. En los primeros, es decir, en los ordinarios concurren las formalidades ordinarias; en cambio, en los segundos, concurren las extraordinarias o especiales como lo son: la enfermedad, epidemias, el estado de guerra entre otras.

Dentro de los testamentos ordinarios, el Público Abierto (al que también se le llama solemne, auténtico o notarial) por mucho tiempo seguirá siendo considerado como el más completo, conocido y seguro de los ordinarios, debido a que es la forma en la que se otorgan mayores garantías de certeza y posibilidad jurídica de cumplimiento de la voluntad del testador.

De entre las formalidades esenciales del testamento público abierto, podemos mencionar:

- La expresión que haga el testador de su voluntad debe ser clara y terminante, ante el notario y los testigos.
- La redacción por escrito, que hará el notario de la voluntad del testador.

- Firma del instrumento.

- Unidad del acto. Actualmente, la exigencia de unidad del acto, aplicada estrictamente al otorgamiento de este tipo de testamento, resulta anticuada; puesto que es muy común que el testador se presente a la oficina del notario con anticipación al otorgamiento del acto, le exprese su voluntad y discuta con él la forma más adecuada de expresión y redacción de su voluntad.

Cabe señalar, que el testamento público abierto, tiene toda la fuerza probatoria de los documentos auténticos, pues la ley (salvo prueba en contrario) admite lo expresado por el notario en su protocolo como cierto; y al quedar asentado, el testamento, en el protocolo se evita su pérdida y destrucción lo que constituye una ventaja más.

El testamento público cerrado es la forma ordinaria de expresión de la voluntad de una persona, en que se presentan mayores inconvenientes, pues pese a las formalidades que cubren su otorgamiento, las posibilidades de que por cualquier circunstancia no prevista quede sin efectos son bastante elevadas, en virtud de que se requiere la conservación del documento en archivos no idóneos como lo es el caso del Archivo Judicial; y la presencia física, tanto del notario como de los testigos en el momento de su validación ante el juez competente, dificulta y en muchos casos inutiliza las declaraciones de voluntad realizadas por el *De Cujus*, lo que no es congruente con la institución testamentaria.

La función notarial en este testamento, consiste en la protocolización del mismo, es decir el notario levanta en sus libros (los que son autorizados por el Jefe del Departamento del Distrito Federal y que reciben el nombre de protocolo) un instrumento público en cuyo apéndice agregará el testamento original, para en su caso tener la facilidad de expedir testimonio de su contenido, el cual servirá para la tramitación de la sucesión.

Sin embargo, afirmamos que la intervención del notario en lo que concierne al testamento público cerrado, es restringida puesto que se limita a la recepción del pliego que contiene la última voluntad del testador y a dar fe de que esté cerrado y sellado, y en caso de no estarlo su obligación será cerrar y sellar el mismo. Por lo tanto, su parte externa o formal reviste la naturaleza de un documento público, y respecto a la misma posee la fuerza probatoria correlativa, es decir, jurídicamente es cierto de manera indubitable que el documento fue cerrado y sellado y que éste contiene al decir del autor del testamento su última voluntad; pero no tiene el valor de documento público su contenido, pues éste es desconocido inclusive para el notario; esto constituye una desventaja, pues el contenido puede estar viciado, ya que habrá sido redactado, en la mayoría de los casos, por personas que carecen de conocimientos jurídicos correspondientes a tal acto, o bien que no tuvieron la oportunidad de ser asesorados por un profesional tan conocedor de la materia como es el notario.

El testamento ológrafo es considerado el único testamento absolutamente secreto, pues en éste, el testador plasma su última

voluntad de su propia mano, a diferencia del testamento público cerrado, en el que existe la posibilidad legal de que sea dictado a un tercero a ruego del autor de la herencia.

El testamento ológrafo, encuentra sus albores en el Derecho Ateniense. Para el Derecho Romano en la época de Valentiniano III era válido el testamento escrito por el testador sin necesidad de testigos. Justiniano adopta esta figura con la variación de que sí exigía la firma de los testigos.

En un principio, este tipo de testamento no fue admitido por nuestro Derecho; sin embargo, se introdujo en el Código Civil Vigente para el Distrito Federal como una de sus novedades. El testamento ológrafo de acuerdo a la comisión redactora de 1928, era el testamento del futuro, debido a su fácil procedimiento de otorgamiento, ya que en sus orígenes no tenía ningún costo; sin embargo, en la actualidad el costo es similar al arancel de los testamentos públicos tanto abiertos como cerrados, pero con la diferencia de que el testamento ológrafo tiene como gran inconveniente la facilidad con que se puede falsificar o bien destruirse o extraviarse.

Para evitar estas desventajas, se dispuso que se redactara por duplicado, y que se depositara uno de los originales en un Registro Público, que actualmente es el Archivo General de Notarías, si se trata del Distrito Federal.

Entre los requisitos más importantes para el otorgamiento de este

acto de última voluntad están:

- La mayoría de edad del testador.
- Su redacción deberá ser de propia mano del autor de la herencia.
- Deberá hacerse por duplicado, y el testador imprimirá su huella dactilar en cada ejemplar. Uno de ellos se conservará en el Archivo General de Notarías, mientras que el otro lo conservará el testador.

El depósito ante el Archivo General de Notarías, debe hacerlo el mismo testador, en caso de que no pudiese acudir a dichas oficinas, el encargado de las mismas, deberá concurrir al lugar donde el autor de la herencia se encuentre.

Al contrario del depósito, que debe ser personal, el retiro del testamento ológrafo lo puede hacer el testador mismo o bien, por medio de mandatario con poder especial. Dicho acto se hará constar en un acta que será firmada por el interesado o su mandatario y por el encargado de la oficina del Archivo General de Notarías.

Cabe aclarar, que el encargado del Archivo General de Notarías, no brindará informes acerca del testamento ológrafo depositado en su oficina sino al mismo testador, al notario o a los jueces competentes que oficialmente se lo pidan.

De acuerdo con el Código Civil Vigente para el Distrito Federal, el testamento ológrafo quedará sin efecto cuando: el original o el duplicado se encontraran rotos o bien las formas que lo autoricen estuvieren borradas, raspadas o con enmendaduras, no importando que el

contenido del testamento no fuere vicioso.

Finalmente, podemos agregar que dentro de los grandes inconvenientes que presenta el testamento ológrafo, es el de no ofrecer seguridad acerca del estado mental del testador en el momento de la redacción y de su otorgamiento.

La posibilidad para lograr la creación de un Archivo sea cual sea su naturaleza, nace cuando el hombre descubre la escritura, y a este suceso se le une la invención de una técnica para perpetuar los hechos. Todo este proceso obedeció a una necesidad práctica de los pueblos, ya que aún cuando fueran las primitivas tablillas de arcilla; todo ello sirvió para grabar y consignar en ellos hechos y experiencias.

Con el paso de los siglos, todos estos instrumentos han permitido reconstruir la historia de la humanidad, de ahí el gran valor, inmensurable, que tienen los archivos, ya que no sólo permite la reconstrucción de la historia sino también da fe de los hechos, de las circunstancias importantes y trascendentales para los miembros de la comunidad para la que fue creada.

De esta manera es como el Archivo General de Notarías es de gran valor para nuestra sociedad, para nuestro país, y para el mundo entero, pues alberga uno de los más antiguos archivos del Nuevo Mundo. Además también es de sumo interés para quienes en ejercicio de sus derechos necesitan documentos probatorios fidedignos dentro de las

instituciones en el Derecho Nacional.

De esta manera, podemos afirmar, que en los sentidos expuestos el Archivo General de Notarías lleva a cabo dos funciones: una histórica y otra jurídico trascendente.

En un principio, durante la conquista y la colonia, el escribano tuvo una tarea de gran importancia, ya que registraba entre otras cosas, los sucesos de la empresa colonizadora, las costumbres, la actividad de los encomenderos, etc. dejando una constancia fehaciente de la sociedad de aquellos tiempos.

Para los efectos de nuestro estudio, el Archivo General de Notarías, inclusive con su carácter localista, tiene una consecuencia de gran importancia y ésta es el carácter de archivo público para las autoridades competentes y los notarios ante los cuales se tramiten juicios sucesorios y también el de custodia de los testamentos públicos abiertos y ológrafos.

Podemos concluir que el Archivo General de Notarías, es de relativa reciente creación pues a pesar de que la función notarial se llevó a cabo por más de cuatro siglos, fue hasta el año de 1852, durante el II Imperio mexicano, el de Maximiliano de Habsburgo, el que estableció la custodia de protocolos notariales. Sin embargo, fue con la ley del Notariado expedida durante el porfiriato que se creó el Archivo General de Notarías.

Han sido muchas y muy variadas las leyes que han regido sobre la estructura y funcionamiento del multicitado Archivo, hasta la actual, que data del 8 de enero de 1980 y que es parte de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, conteniendo principios más modernos y eficientes que ninguna de las precedentes.

Este Archivo, ha ocupado diversos sitios entre los cuales cabe destacar al antiguo edificio del Departamento del Distrito Federal, el del Registro Público de la Propiedad y del Comercio, ocupando actualmente el moderno edificio ubicado en Candelaria de los Patos, en el corazón del antiguo barrio de La Merced.

En cuanto a la organización y función del Archivo General de Notarías, podemos decir que depende de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos de la Coordinación General Jurídica del Departamento del Distrito Federal, y en lo que respecta a sus funciones se pueden dividir en dos grandes partes:

- La custodia e información de documentos notariales con presumible vigencia, que datan desde los ahí archivados hace setenta años a la fecha;
- El denominado archivo histórico, que comprende a los de más de setenta años y que se extiende hasta documentos del siglo XVI.

El primero de ellos como ya habíamos señalado, sólo podrá ser consultado a instancia de juez competente, de parte con interés jurídico y por notarios. El segundo es público, es decir, está sujeto al estudio de quien lo desee consultar, especialmente a quienes

realizan investigaciones académicas e históricas, etc.

Los servicios que presta son entre otros los siguientes:

- Expedición de testimonios de copias certificadas;
- Informes de testamentos a los particulares con interés jurídico, a jueces competentes y a notarios.
- Registro y validación del testamento ológrafo.
- Revisión de libros de notarios.

La titularidad del Archivo General de Notarías, recae en un jefe que entre sus características está la de poseer fe pública, en cuanto al otorgamiento del testamento ológrafo, encargándose de su depósito y conservación. Entre los requisitos necesarios para adquirir la calidad de Jefe de este organismo, están las de ser notario en ejercicio por lo menos un año antes del nombramiento, o bien ser aspirante al ejercicio de la actividad notarial.

Las conclusiones anteriormente vertidas, nos adentran en la hipótesis de la presente tesis: la necesidad de un Archivo Federal de Testamentos que, como ya hemos apuntado, debido a los problemas causados por el carácter localista de los archivos que custodian testamentos en una organización federal como la nuestra, en la cual las entidades federativas tienen absoluta autonomía en lo que respecta a las disposiciones que sobre testamentos se expidan.

Una institución de carácter federal como el Archivo Federal de Testamentos es necesario, pues además del interés en la autonomía

estatal subsiste el interés de los particulares en lo que se refiere a la seguridad jurídica y al pleno ejercicio de sus derechos en el cumplimiento de las disposiciones testamentarias y de la traslación de bienes a las personas que así designe, con las medidas y modalidades que estime convenientes. Pues en la actualidad es común que por la atomización de las facultades de custodia e información sobre la existencia de testamentos ha dado lugar en numerosas ocasiones a la tramitación de inútiles juicios sucesorios intertestamentarios y al menoscabo en muchas ocasiones irreparable en los bienes de aquellos que fueran designados por los testadores, a los cuales no se les hizo valer las disposiciones legalmente otorgadas, en virtud de que debido a la proximidad geográfica y a los rápidos medios de comunicación de finales de este siglo las personas pueden vivir en un Estado y trabajar y adquirir bienes en la Entidad vecina o en el otro extremo de nuestro país, y otorgar disposiciones testamentarias por así convenirle a sus intereses en cualquiera de esos lugares. Además, el Archivo Federal de Testamentos no sólo reflejaría las disposiciones de última voluntad de todas las entidades federativas, sino también de las hechas ante consulados extranjeros, ante las autoridades marítimas y navales y aún los privados.

De entre las funciones que tendría dicho organismo caben destacar las siguientes:

- Recepción de informes sobre la existencia de disposiciones de última voluntad rendidos por notarios de todas las entidades federativas y por todos los archivos locales encargados de custodiar testamentos ológrafos.

- Recepción de Informes sobre la existencia de testamentos, rendidos por las delegaciones diplomáticas, capitanías de puertos nacionales y por las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina.
- Clasificación de los actos de última voluntad de acuerdo a la fecha de otorgamiento.
- Organizar y custodiar el banco de datos.

Infomar a jueces competentes, particulares con interés jurídico y a notarios sobre la existencia de disposiciones testamentarias.

El Archivo Federal de Testamentos, contará con una Dirección General, dependiendo de ella cuatro subdirecciones, cada una con actividades definidas cuya meta será lograr un rápido y eficiente servicio, logrando así el éxito en los fines de dicho organismo.

De esta manera las cuatro subdirecciones serán:

- Subdirección de Delegaciones Regionales.- Tendrá a su cargo treinta y dos delegaciones regionales, las que recibirán informes sobre la existencia de testamentos en cada uno de los Estados de la República, de parte de los organismos correspondientes, entre otras actividades.
- Subdirección de Informática.- Custodiará y realizará el almacenamiento en el banco central de datos, elaborando las copias de respaldo respectivas cada semana y vigilando un eficiente funcionamiento de la red federal de cómputo.
- Subdirección de Administración.- Encargada del manejo económico, administrativo, de personal y de la impresión de las formas de captura.

- Subdirección Jurídica.- Representará los intereses jurídicos del Archivo Federal de Testamentos; vigilará el legal ejercicio de sus funciones, entre otras cosas.

El Archivo Federal de Testamentos, se crearía en base al artículo 121o. de la Constitución Federal pues de acuerdo con éste "En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos...", de aquí se desprende que la existencia del organismo propuesto de ninguna forma invadirá las facultades reservadas a los Estados y que su forma de registro de testamentos no será ni limitada ni excluida.

Su existencia también se basará en el artículo 73o. fracción XXX, de nuestra Carta Magna, referente a las facultades del Congreso para expedir las leyes necesarias para hacer efectivas las facultades concedidas tanto al Congreso como las otorgadas por nuestra Constitución a los demás Poderes de la Unión.

En cuanto a su forma de organización se propone la de órgano desconcentrado de la Federación, en base a los artículos 90o. de la Constitución Federal y 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; dependiente de la Secretaría de Gobernación, para lo cual se tendrán que modificar las facultades otorgadas por la Ley anteriormente mencionada.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Primer curso. 8a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 1988, 897 p.p.

AGUILAR Carvajal, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. Bienes Derechos Reales y Sucesiones. 3a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1975, 446 p.p.

AGUILAR Gutiérrez, Antonio y DERBEZ Muro, Antonio. Panorama de la Legislación Civil de México. Editorial Imprenta Universitaria. Instituto de Derecho Comparado de la U.N.A.M. México, D.F. 1960, 390 p.p.

ARAUJO Valdivia, Luis. Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones. Editorial Cajica. Puebla, México 1965, 567 p.p.

ARCHIVO GENERAL DE LA NACION. Organización y Funcionamiento de los Archivos Administrativos e Históricos de la Nación. 1a. ed. México, D.F. 1984, 36 p.p.

ARCHIVO GENERAL DE LA NACION. Historia Regional y Archivos. 1a. ed. México, D.F. 1982, 39 p.p.

ARCHIVO GENERAL DE LA NACION. Lineamientos Generales. que deben

observar las dependencias y entidades del Ejecutivo Federal en la administración de los archivos. 1a. ed. México, D.F. 1980, 34 p.p.

BAÑUELOS Sánchez, Froylan. Derecho Notarial. 3a. ed. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México, D.F. 1984, 1067 p.p.

BRAVO González, Agustín y BRAVO Valdez, Beatriz. Segundo Curso de Derecho Romano. 2a. ed. Editorial Pax-México. Librería Carlos Césarman, S.A. México, D.F. 1982, 246 p.p.

BROM Juan. Esbozo de Historia Universal. 15a. ed. Editorial Grijalbo, S.A. México, D.F. 1984, 273 p.p.

CARRAL y de Teresa, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. 2a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1970, 613 p.p.

CASILLAS y Casillas, Cayetano. Forma de los Testamentos. Publicado en la Revista de Derecho Notarial, de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. México, D.F. 1989, AÑO XXXII, Número 99, p.p. 169 a 193.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ESPASA. 12a. ed. Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, España 1979, Tomo IX, 479 p.p.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. 2a. ed. Porrúa -UNAM. México, 1988, Tomo P a la Z., p.p. 3278.

FLORESGOMEZ González, Fernando y CARVAJAL Moreno, Gustavo. Nociones de Derecho Positivo Mexicano. 24a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1985, 349 p.p.

GARCIA Cantú, Gastón. Las Invasiones Norteamericanas en México. 2a. ed. 1986. S.E.P. Dirección General de Publicaciones y Medios. 362 p.p.

GARCIA Téllez, Ignacio. Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano. 2a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1965, 186 p.p.

GONZALEZ Díaz-Lombardo, Francisco Javier. Compendio de Historia del Derecho y del Estado. 2a. ed. Editorial Limusa. México, D.F. 1979, 365 p.p.

IBARROLA, Antonio de. Cosas y Sucesiones. 3a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1972, 926 p.p.

MARGADANT S., Guillermo Floris. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. 4a. ed. Editorial Esfinge, S.A. México, D.F. 1972. 926 p.p.

MENDIETA y Núñez, Lucio. El Derecho Precolonial. 3a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1976, 165 p.p.

MOTO Salazar, Efraín. Elementos de Derecho. 29a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1983, 452 p.p.

MUÑOZ, Luis y CASTRO Zavaleta, Salvador. Comentarios al Código Civil. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México, D.F. 1974, Tomo I, 836 p.p.

ORTIZ Urquidí, Raúl. Derecho Civil. Parte General. 2a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1982, 633 p.p.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 6a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1970, 877 p.p.

PENICHE López, Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. 10a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1975, 320 p.p.

PEREZ Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. 2a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1983. 331 p.p.

PEREZNIETO Castro, Leonel. Derecho Internacional Privado. 3a. ed. Editorial Harla. México, D.F. 1984, 415 p.p.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido de la Novena Edición Francesa por D. José Fernández González. Editorial Epoca, S.A. México, D.F. 1917, 717 p.p.

RODRIGUEZ de San Miguel, Juan N. Pandectas Hispano-Mexicanas. Tomo II. Facsímil de la 2a. ed. de 1852. 3a. ed. UNAM. México, D.F. 1980. p.p. 766.

RODRIGUEZ de San Miguel, Juan N. Curia Filípica Mexicana. Práctica Forense. 1a. ed. 1850. 1a. reimpresión 1978. UNAM. México, D.F. p.p. 839.

'L E G I S L A C I O N'

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. México, D.F. 57a. ed. Editorial Porrúa, S.A. 1992, 644 p.p.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, D.F. 4a. ed. Ediciones Delma. 1992. 258 p.p.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. México, D.F. 91a. ed. Editorial Porrúa, S.A. 1991, 126 p.p.

LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, D.F. 9a. ed. Editorial Porrúa, S.A. 1988. 100 p.p.

LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL. México, D.F. 20a. ed. Editorial Porrúa, S.A. 1989, 914 p.p.

LEY ORGANICA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL. México, D.F. 11a. ed. Editorial Porrúa, S.A. 1989, 694 p.p.