

155
21

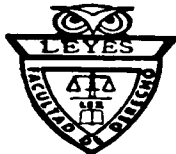


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

VENTAJAS DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO
EN CUANTO A LA ASESORIA Y SEGURIDAD
QUE SE LE BRINDA AL TESTADOR

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



MEXICO, D. F.



1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios y a la Virgen María de Guadalupe por permitirme llegar a este momento.

Al hombre y al abogado que más admiro en este mundo por su capacidad de lucha, amor y entrega total a su familia, *mi papito chulo*; y a *mi mamita* por ser una gran mujer, por su apoyo, cariño y amor; a ambos gracias por enseñarme a conducirme con responsabilidad y rectitud y porque gracias a ustedes estoy llegando a esta gran etapa de mi vida. LOS ADORO.

A mis tres hermanos *Santiago, Alberto y Fernando*, mis grandes abogados y amigos, por ser ustedes un gran ejemplo de honradez y rectitud a seguir. LOS AMO.

A mis hermanas *Charis y Montse*, mis amigas y consejeras en todo momento. LAS QUIERO.

**A mis sobrinos Chava, Beto,
Charis, Jessie, MaryCarmen,
Paola y a los Cuates.**

**A todos mis *cuñados* y *cuñadas*
con mucho cariño.**

**Siempre estarás conmigo Avi
Anita, te extraño.**

**A Gabriel, por tu gran apoyo,
ayuda, amor y paciencia en este
trabajo; y por ser la ilusión más
grande de mi vida. TE AMO.**

**Al Dr. Luis Comejo Briseño y a
toda su familia. GRACIAS.**

**Al Lic. Bernardo Pérez Fernández
del Castillo, por su apoyo
incondicional para la realización de
esta tesis.**

A Alejandro Tello, por tu ayuda.

**A los Lics. David A. Rangel Ortiz
y Luis A. Cantú Gottwald, por su
gran apoyo en la elaboración de mi
tesis.**

**Con mucho cariño, a todos mis
amigos de la Facultad de Derecho.**

**A la Universidad Nacional
Autónoma de México.**

INDICE GENERAL

INTRODUCCION	1
--------------	---

CAPITULO 1

EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

1.1) ANTECEDENTES GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO	4
1.2) EL TESTAMENTO	11
1.2.1) CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO	15
1.2.2) PRINCIPIOS GENERALES DEL TESTAMENTO	18
1.3) FORMAS DE TESTAMENTO DE CONFORMIDAD CON EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	20
1.3.1) TESTAMENTOS ORDINARIOS	22
1.3.2) TESTAMENTOS ESPECIALES	36
1.4) CAPACIDAD PARA TESTAR	42
1.5) EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO	47
1.5.1) REQUISITOS DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO	51
1.5.2) FORMALIDADES DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO	53
1.5.3) VENTAJAS Y UTILIDAD DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO	55

CAPITULO 2

OBLIGACIONES DEL NOTARIO AL OTORGARSE UN TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

2.1) EL NOTARIO	58
2.2) INTERVENCION DEL NOTARIO PUBLICO EN LA FORMA DEL ACTO JURIDICO DENOMINADO TESTAMENTO	62
2.3) INTERVENCION DEL NOTARIO PUBLICO AL OTORGARSE UN TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO	69

2.3.1) ASESORIA DEL NOTARIO PUBLICO EN EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO	72
2.4) SEGURIDAD JURIDICA QUE OTORGA EL NOTARIO PUBLICO EN EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO	75

CAPITULO 3

EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO COMO UNA FORMA DE SIMPLIFICAR EL PROCESO SUCESORIO

3.1) CONCEPTO GENERAL DE SUCESION	85
3.2) FORMAS DE SUCEDER EN SUCESION MORTIS CAUSA	88
3.3) TRAMITACION DE UNA SUCESION POR TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO CONFORME AL CODIGO CIVIL Y AL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL D.F.	92
3.4) SUGERENCIAS DE LA SUSTENTANTE PARA GARANTIZAR LAS VENTAJAS Y UTILIDAD DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO RESPECTO DE OTRAS DECLARACIONES DE ULTIMA VOLUNTAD	101
CONCLUSIONES	106
BIBLIOGRAFIA	109

INTRODUCCION

Desde tiempos remotos el hombre siempre ha mantenido relaciones con los miembros de su comunidad, las cuales han ido evolucionando de manera extraordinaria.

El hombre para poder entenderse con los demás y, sobre todo, vivir en armonía, trató de imponer reglas para respetar los derechos e ideas de cada miembro de la comunidad.

No se puede negar que dichas relaciones entre los hombres, en su mayoría, se dieron en torno a los bienes.

Los bienes siempre han sido un medio por el cual el hombre ha satisfecho sus necesidades.

Por lo mismo, aquél fue creando sus propias reglas para reconocer, sobre todo, los derechos que cada uno tenía en relación con los bienes propios.

De esta manera fué como surgió el derecho a la propiedad, y esto hizo que los hombres se interesaran en trabajar y en ir formando su patrimonio.

Así se trató de proteger esos bienes, dando una seguridad a las relaciones humanas.

Entonces se crearon reglas para darle seguridad al patrimonio que con su esfuerzo y trabajo el hombre poco a poco fué integrando.

De esta manera se buscó la forma de suceder el patrimonio de una persona cuando ésta falleciera.

Lo que al hombre le preocupaba era que los bienes de su

propiedad, al momento de su muerte, no quedaran sin titular.

Toda sociedad organizada jurídicamente se preocupa por el destino y disposición de los bienes, derechos y obligaciones que deja el dueño de un patrimonio.

Así, a través de diferentes reglamentaciones, se comenzó a regular la forma en la que el hombre pudiera decidir a qué personas quisiera dejar su patrimonio.

Fue así como se inventó el testamento, como una forma de dar libertad al hombre de disponer a sus sucesores.

Por otro lado, el hombre descubrió la importancia de que el testador sea asesorado por una persona perito en Derecho, como el Notario, para una mejor redacción del clausulado en el testamento.

El objeto primordial para la realización de este trabajo es mostrar a la gente la importancia de otorgar testamento, principalmente testamento público abierto.

Esta inquietud surgió porque me he dado cuenta que muchas personas no han otorgado testamento o no le dan la suficiente importancia de hacerlo.

Parte de este gran error consiste en creer que lo más fácil es redactar un testamento cerrado, guardarlo en un sobre y entregarlo a alguien, u otorgar testamento ológrafo y depositarlo en el Archivo General de Notarías.

En consecuencia, en este trabajo pretendo hacer un análisis y exposición de algunas de las formas en las que nuestro sistema jurídico resuelve la necesidad de otorgar testamento.

Muy en especial el resaltar al testamento público abierto como el único testamento que otorga seguridad jurídica al testador, es

decir, al dueño de un patrimonio, así como la importancia de resaltar la intervención del Notario en él.

Finalmente destacaré las ventajas que ofrece el testamento público abierto como el único testamento superior a todos los demás.

En resumen, la finalidad de la tesis es resaltar la importancia del derecho sucesorio y el derecho a determinar quién nos sucederá, sobre todo, la importancia de que el testador tenga la seguridad de que a su muerte se cumplirá su voluntad mediante testamento público abierto, ya sea tramitado ante Juez o ante Notario Público.

Asimismo, destacar la facilidad del trámite del testamento público abierto, poniendo énfasis en el papel del Notario en el otorgamiento de esta forma de testamento, evidenciando así la importancia que tiene la voluntad del autor de una sucesión a través de un testamento bien otorgado.

CAPITULO PRIMERO

EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

1.1) ANTECEDENTES GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO.

Considero importante referirme a las formas que se establecieron para resolver el problema que significaba determinar el destino y disposición de los bienes, derechos y obligaciones de una persona para después de su muerte, el señalar dónde, cuándo y cómo se haría la transmisión del patrimonio a sus herederos y que posteriormente sirvieron de base para elaborar el sistema jurídico que actualmente nos rige en ese aspecto.

Henry y León Mazeud sostienen que "el derecho de sucesión descansa sobre la necesidad de proteger a la familia y el patrimonio que debe estarle afectado".(1)

Los principios que rigen nuestro sistema jurídico para determinar el destino del patrimonio de una persona para después de su muerte los podemos encontrar en:

A) El Derecho Romano.

B) El Derecho Español y,

C) El Código de Napoleón, éste último llegó a perfeccionar muchas disposiciones del primero, dando una evolución a las relaciones del hombre.

1 Mazeud Henry y León. Mazeud Jean. Lecciones de Derecho Civil Tomo II Vol. II Pág. 1

A) El Derecho Romano es una de las fuentes más importantes que permitió determinar el destino de los bienes de una persona para después de su muerte.

Existieron dos formas de suceder a una persona: ya fuera mediante la manifestación de voluntad por parte del sujeto mientras vivía para que fuere reemplazado en todo su patrimonio, o mediante sustitución después de fallecida la persona, tomando como base las relaciones familiares que guardaban las personas con el difunto.

En el primer caso se le dió el nombre de sucesión testamentaria, debido a que el sujeto en vida realizaba un acto llamado testamento y en el segundo caso, se le conoció como sucesión legítima o sucesión ab intestato, que era cuando a falta de testamento la ley determinaba a los herederos del difunto.

El testador era conocido bajo el nombre de "de cuius".

La masa hereditaria era el conjunto de bienes, derechos y obligaciones a la cual se le conoció bajo el nombre de "*hereditas*", lo que ahora se le conoce como herencia, integrada únicamente por bienes patrimoniales. En el Derecho Arcaico llegó a abarcar bienes extrapatrimoniales.

La sucesión por testamento tuvo mayor auge que la legítima, debido a que era preferible que el sujeto determinara voluntariamente a su sucesor.

Esta razón hizo que el testamento tuviera gran importancia por la declaración de voluntad que existía en él, y porque en Roma morir intestado se consideraba una deshonra, motivo por el cual comenzó a tener una gran evolución hasta lograr una mayor formalidad.

Las formas de testamento más conocidas fueron:

a) El "*testamentum calatis comitis*", el cual se celebraba dos veces al año ante los comicios, pero por la publicidad que se le dió a esta forma de testamento dejó de usarse.

b) El "*testamentum in procinctu*" que se realizaba cuando los soldados iban a la guerra.

c) El "*testamentum per aes et libram*", se realizaba cuando el padre de familia que no había hecho testamento *calatis comitis* y sentía cerca la muerte, dejaba encargado su patrimonio a una persona para que ésta realizara el reparto de bienes entre los miembros de la familia de aquél después de su fallecimiento. Se considera que este testamento fue el origen del testamento escrito.

d) El "*testamento nuncupativo*", se hacía en forma oral ante siete testigos, pero para darle mayor seguridad jurídica, además se comenzó a establecer en tablillas lo que la persona declaraba, por lo que se hizo más confidencial. Biondi dice: "se concilia la necesidad jurídica de la nuncupatio con la exigencia del carácter secreto del testamento".(2)

En el sistema jurídico del Derecho Romano fueron cuatro las reglamentaciones que rigieron en materia sucesoria: (I) la primera fue en la Ley de las XII Tablas, en la cual fué indispensable objetivar las fórmulas jurídicas consuetudinarias que se venían creando como consecuencia de las relaciones humanas, (II) la segunda fue complementada para su mejor regulación y aplicación en el Derecho Pretorio, (III) la tercera en el Derecho Imperial y, por último, (IV) la cuarta fue unificada en el Derecho Justiniano.

(1) En la Ley de las XII Tablas, la sucesión legítima reconoció como herederos a los heres sui, quienes eran los que se encontraban bajo la patria potestad directa del difunto, a falta de éstos heredaban los hermanos sin tomar en cuenta el grado, a los cuales se les conoció bajo el nombre de agnados y a falta de estos heredaban los gentiles (personas de la misma gens).

Algunos autores señalan que en las primeras sociedades no existió sucesión testamentaria, ya que ésta surge posteriormente a la sucesión legítima.

El maestro Eugene Petit dice que "hay quien cree que los romanos sólo conocieron la sucesión ab intestato, lo mismo que los germanos y los griegos, y que la sucesión testamentaria fue introducida por la Ley de las XII Tablas".(3)

Se considera que la Ley de las XII Tablas sólo vino a sancionar las costumbres del pueblo romano, el padre de familia podía elegir, con la aprobación de los pontífices y de las curias, el continuador de su culto y de su persona.

Algunos autores sostienen que, la sucesión ab intestato (legítima) era anterior a la testamentaria, ya que se apoyan en el pasaje de la Ley de las XII Tablas, que dispone: "si falleciere intestado un pater familias que no deje herederos suyos, tengan la herencia el agnado más próximo o en su defecto los gentiles", establecen que es evidente que primero se llama a la familia y posteriormente al heredero testamentario.

Otros en cambio dicen que es la sucesión testamentaria la primera en existir, ya que de acuerdo con la Ley de las XII Tablas que establece "si muere intestado el pater familias", se sobreentiende que la ley considera la preexistencia de un testamento.

(II) En el Derecho Pretorio se les concedió el derecho de suceder al difunto a los hijos emancipados y a la mujer sine manu, es decir, aquella que se encontraba unida a la patria potestad de su familia original y ésta a su vez podía suceder a sus hijos o sus hijos a ella.

Con el Pretor comenzó a observarse la sucesión por vía oficiosa, la cual consistía en la inconformidad de la persona que no había sido considerada en el testamento teniendo derecho a heredar.

El testamento que se realizaba en el Derecho Pretorio se hacía constar por escrito ante siete testigos.

(III) En la época imperial el testamento se otorgaba en un acto ante siete testigos firmando el testador con su nombre y su sello, esto es, se fortaleció el sistema establecido por el Pretor y a esta forma de realizar testamento se le conoció como *testamentum tripertitum*.

(IV) En la época de Justiniano los testamentos fueron públicos y privados.

Los primeros se realizaban ante la autoridad pública ya fuera levantando acta o mediante un escrito entregado a la autoridad para su guarda.

El segundo se otorgaba en forma oral o escrita ante siete testigos.

Además se permitió otorgar testamentos especiales a las personas que se encontraban en riesgo inminente de morir como consecuencia de una epidemia que azotaba la ciudad, o cuando el testador se encontraba en ciertas circunstancias especiales: como permitir a un ciego otorgar testamento.

Con Justiniano se hizo una distinción entre el patrimonio del difunto y el patrimonio del heredero, además se permitió al heredero realizar un inventario de la herencia a lo que se le conoció como "*beneficio de inventario*".

En relación a la sucesión legítima Justiniano reconoció como herederos a: los descendientes, los ascendientes (hermanos, hermanas y medios hermanos), los restantes colaterales, el viudo o la viuda y al fisco.

B) Dentro del Derecho Español aparecieron los Fueros Municipales y Generales que tuvieron lugar en la época de la reconquista, reconociendo a la familia como la principal heredera.

El primer código que respetó y protegió la voluntad del causante dentro de este Derecho, fue el Ordenamiento de Alcalá, el cual dió origen al testamento público abierto ante notario, haciendo así más fácil la forma de hacer testamento.

Este mismo Ordenamiento rechaza la incompatibilidad entre las sucesiones testamentaria e intestada.

El Código Civil Español consideró a la sucesión como una forma de adquirir la propiedad.

Por otra parte, en el Antiguo Derecho Francés, especialmente tratándose de la Francia consuetudinaria, se establecía el que no hubiera lugar a la institución voluntaria de heredero, en razón de que era la ley la que debía determinar al heredero y no el testador.

"Con el derecho antiguo francés consideraban que el cónyuge no formaba verdaderamente parte de la familia".(4)

Pero con la evolución que fue teniendo la familia y el desarrollo del comercio, se trató de dar lugar a la voluntad del de cujus. En el derecho francés consuetudinario se hicieron dos distinciones,

4 Mazeud Henry y León. Mazeud Jean. Op Cit. Pág. 15.

por un lado los bienes inmuebles provenientes de la familia, a los cuales se les denominó los bienes propios y, por otro lado, los muebles y las conquistas o gananciales, esto es, los bienes adquiridos por el de cujus sin tenerlos por su familia, esto es, que no los haya adquirido por herencia o donación por parte de su familia.

Por lo tanto, se le permitía al de cujus dejar en testamento los bienes que no adquiriría por medio de la familia, ya que los bienes propios se le reservaban únicamente a ésta.

Los revolucionarios franceses se preocuparon únicamente porque existiera una igualdad absoluta entre los herederos y proclamaron la igualdad de los derechos sucesorios para los hijos naturales y legítimos.

C) El Código de Napoleón consideró al heredero como el continuador del de cujus, esto es, la persona que lo iba a suceder en su patrimonio. Admitió ambas sucesiones, la testamentaria, en la que reconocía tres formas de hacer testamento: a) ológrafo, b) abierto o auténtico y c) cerrado, y la sucesión legítima, la cual siguió un orden de sucesión.

En 1870 se expidió en nuestro país el primer Código Civil, el cual tuvo influencia del Código Civil Francés y del Código Civil Español, en el que se establecía con mayor comprensión lo relativo a la sucesión, además de existir más estabilidad, producto de una sociedad más organizada.

Este Código consideró en su artículo 3372 que la propiedad y la posesión legal de los bienes, y los derechos y las obligaciones del autor de la herencia se transmiten por la muerte de este a sus herederos, en los términos establecidos en el propio Libro.

En el artículo 3366 aceptó la compatibilidad de las sucesiones legítima y testamentaria.

Asimismo, establecía el principio de la conmurencia que significa que en caso de que el testador y sus herederos sufrieran juntos un accidente y no se pudiese saber con certeza quién había fallecido primero, se considerarían a todos muertos al mismo tiempo y no habría entre ellos transmisión de la herencia o legado.

Posteriormente surge el Código Civil de 1884, que conservó la terminología del Código de 1870, y al igual que el Código de Napoleón, consideró al heredero o legatario como representantes del testador; sin embargo, ya no plantea la herencia forzosa sino la obligación de dejar alimentos.

En este Código se estableció el principio de que el testador tenía amplia libertad para designar a sus herederos, además de considerar al heredero o legatario como representantes del testador o causante.

Finalmente tenemos el Código Civil de 1928 cuyos principios y normas nos rigen actualmente y que en relación con la sucesión por testamento analizaremos en este trabajo.

1.2) EL TESTAMENTO

Siempre ha existido la necesidad de que la muerte de una persona no de fin a las relaciones jurídicas de las que ésta era titular, esto es lo que constituye el fundamento del Derecho Sucesorio.

"El derecho sucesorio es la causa que impulsa al hombre a producir, aunque ya tenga bienes suficientes para desahogar sus requerimientos, puesto que los seres humanos desean producir más para beneficiar a los suyos con los bienes que habiendo sido suyos durante su vida, al término de ésta sean repartidos entre

sus beneficiarios"(5)

El derecho sucesorio es el conjunto de principios e instituciones que regulan la transmisión de las relaciones jurídicas de la persona que fallece.

En la transmisión de estas relaciones, en las que el titular deja de existir se encuentran tres categorías de intereses según el maestro Ibarrola, que son: los del Estado, los del individuo y los de la familia.

En relación con lo anterior, la ley establece una serie de normas para deslindar los derechos de cada una de estas categorías de interés, para no permitir el abuso entre una y otra.

Los bienes se pueden transmitir por disposición de la ley o por la voluntad del causante, lo cual constituye una cualidad y una característica importante del derecho de propiedad.

Gutiérrez y González, en su libro El Patrimonio, hace referencia al jurista Thiers, quien dice "la propiedad produce sus efectos mejores y más fecundos sólo a condición de ser completamente personal y hereditaria. El derecho de disponer de los bienes para después de la muerte se deriva de la misma noción de derecho de propiedad. No sería lógico aceptar que el hombre que puede vender y donar sus bienes, no pudiese disponer de ellos para cuando muriera".(6)

En este punto estoy de acuerdo con el jurista Thiers, en que una persona que con el esfuerzo de su trabajo o por herencia se ha hecho dueño de un patrimonio, pueda tener la libertad de disponer de todos sus bienes y heredarlos a quien él quiera.

5 Aspón Pelayo Juan M. Sucesiones. Editorial McGraw-Hill, México 1996. Pág. 3

6 Gutiérrez y González Ernesto. El Patrimonio Pecunario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio. Ed. Cajica. México, 1982 Pág. 215.

Esto es, la facultad de transmitir la propiedad, por acto de última voluntad, constituye un aliciente para el trabajo, y da al propietario la garantía de que, de ese modo, podrá atender para después de su muerte, las necesidades de aquellos sujetos que se encuentran ligados a ella.

Nuestro derecho civil sanciona como una forma para suceder, por causa de muerte, la que se realiza por la voluntad del autor y que se conoce como sucesión testamentaria.

Por la voluntad del autor de la sucesión, es como se adquiere el carácter de heredero o legatario, y es una forma de establecer derechos y obligaciones.

Tomando en cuenta lo anterior, podemos decir que dicha manifestación de voluntad constituye un acto jurídico unilateral.

Sabemos que un acto jurídico unilateral es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando la norma jurídica ampare esa manifestación.

Al realizar un acto jurídico unilateral el autor de la sucesión, y al fallecer éste, se deben cumplimentar las disposiciones testamentarias que dicho autor precisó en dicho acto.

Es muy importante cuando la voluntad del causante produce consecuencias de derecho; por lo tanto, nuestra legislación ha establecido que dicha voluntad sea otorgada con ciertas formalidades y solemnidades para que tenga validez plena.

De esta manera sabemos que este acto jurídico unilateral, para su validez, está revestido de un elemento formal, como es la solemnidad al otorgarse.

En nuestra legislación, dicho acto jurídico unilateral, recibe el nombre de **TESTAMENTO**.

La palabra testamento deriva del latín *testatio*= testimonio y *mentis*= voluntad.

Conforme al artículo 1295 del Código Civil para el Distrito Federal, el testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.

El testamento es la expresión de la voluntad del causante para que dicha voluntad se ejecute y se cumpla después de su muerte.

Ulpiano consideraba al testamento como "una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de la muerte"(7)

El Código Civil de 1884 definía al testamento como un acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos.

Partiendo de estos conceptos, podemos decir que en el testamento, la persona dispone libremente de sus bienes sin que nadie le impida tomar una decisión sobre el destino que le quiera dar a su patrimonio; y podrá cambiar su testamento cuantas veces quiera.

La sucesión testamentaria es la que se fundamenta en un acto jurídico unipersonal llamado testamento, y dicho acto debe de estar otorgado conforme a lo que señala la ley.

El testamento otorga al autor de la sucesión ventajas en cuanto a que sus bienes se quedarán en manos de quienes nombró como herederos, aunque el testador puede disponer de ciertos bienes y no del total de su patrimonio.

El testamento no comprende únicamente los derechos patrimoniales, ya que el causante puede establecer en él disposiciones de carácter distinto, tal es el caso del reconocimiento de hijos.

1.2.1) CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO

Entendemos por características, las particularidades, los rasgos, cualidades o distinciones que poseen los testamentos al momento de otorgarse.

Como se señaló anteriormente, el testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.

Para que un testamento sea considerado como tal, es necesario que cumpla con ciertas características que son elementos fundamentales para su constitución.

El derecho común recibió de los textos romanos la idea de que el particular puede establecer reglas de valor jurídico, análogas a las leyes.

La médula del testamento es el poder de la persona para dictar reglas.

Pero este poder de dictar reglas en la esfera de la autonomía privada no puede ejercerse contra el interés público ni contra las buenas costumbres.

Las características que debe tener un testamento, se desprenden de la definición que contempla el Código Civil para el D.F.:

1.- Es un acto jurídico.- Es decir, el testador lo realiza con el fin de producir consecuencias de derecho.

"...se requiere de la manifestación de la voluntad para que lleguen a producirse las consecuencias de derecho, perfeccionándose el testamento desde su otorgamiento, aunque sus efectos translativos se actualicen hasta el momento de la muerte del autor de la herencia".(8)

2.- Es un acto personalísimo.- Significa que sólo el causante lo debe otorgar, y que es un acto en el que no se puede dar la figura de la representación del testador.

Sin embargo, se permite el asesoramiento para realizarlo, incluso se puede solicitar a otra persona que lo realice a su ruego, por ejemplo, en el caso del testamento público cerrado, se permite que otra persona pueda firmar y escribir el testamento a ruego del testador (art. 1521 C.C.D.F.), aunque, en este caso, la persona sólo se limita a escribir lo que el testador le dicta.

También entendemos por personalísimo, que en el mismo acto no pueden testar dos personas a la vez, aunque existe una excepción en el caso del testamento público simplificado, el cual explicaré más adelante.

Otra excepción que existe en relación con lo personalísimo del testamento, se presenta cuando el testador deja como herederos o legatarios a personas formadas por un número ilimitado de individuos, como pueden ser a los pobres; en este caso podrá designar el testador a un tercero para que éste realice el reparto de la herencia.(Arts. 1298, 1330, 1299 C.C. D.F.).

En este supuesto sí es personalísima la elección de herederos que hizo el testador, sólo que la aplicación específica se la encomienda a otra persona.

8 Asprón Pelayo Juan M.Op Cit. Pág. 23

3.- Es un acto unilateral.- Para su perfeccionamiento se requiere únicamente de la voluntad de una sola persona.

4.- Es un acto de última voluntad.- Esto es, sólo surtirá efectos hasta después de la muerte del testador. La muerte es la que señala el principio de la producción de sus efectos y las disposiciones testamentarias.

5.- Es revocable.- Significa que el testador podrá otorgar su testamento y modificarlo cuantas veces quiera.

La última voluntad subsiste hasta la muerte, mientras no se revoque. La voluntad es cambiante, el testador es libre de cambiar su voluntad.

Aunque pueden existir cláusulas irrevocables, como por ejemplo el reconocimiento de un hijo (artículo 367 del C.C. para el D.F.)

Pero el testamento es esencialmente revocable.

6.- Es un acto libre.- El testador podrá disponer libre y concientemente de sus bienes, sin que nadie medie en su decisión, esto es, hacer eficaz plenamente la voluntad testamentaria para determinar a sus herederos.

No puede ser obligado a otorgar un testamento en contra de su voluntad testamentaria.

7.- Acto de disposición de bienes y derechos.- Puede disponer de todos o parte de sus bienes y derechos, esto es, no está obligado a disponer de todos en el testamento.

Sin embargo, no necesariamente un testamento debe contener disposición de bienes, deberes u obligaciones.

8.- Es un acto formal debido a que para su otorgamiento tiene que cumplir con la forma y formalidades o solemnidades fijadas por la ley, por lo tanto es un acto solemne.

La solemnidad es aquella forma de los actos jurídicos que requieren una forma de ser para que el acto tenga existencia. No existe solemnidad a falta de la forma en el testamento.

1.2.2) PRINCIPIOS GENERALES DEL TESTAMENTO.

Aunados a las características del testamento, van de la mano principios que deben seguirse en los testamentos:

(1) El régimen de libre testamentifacción.- Significa que el testador puede disponer libremente de sus bienes en favor de sus parientes o de extraños.

"El testador tiene libertad para hacer sus disposiciones testamentarias en la forma que juzgue más conveniente"(9)

La Legislación española permitió la libre testamentifacción, pero las leyes de las Partidas establecieron la legítima forzosa.

En el antiguo derecho germánico no se admitía la libertad de testar, se impedía que se instituyeran herederos por testamento, consagró el principio de que Dios creaba a los herederos y no el hombre.

El derecho consuetudinario francés acepta esta institución germánica y en el Código de Napoleón se fija un límite al testador para disponer de sus bienes. No puede desheredar a sus parientes consanguíneos sin causa justificada.

El Código de 1870 no llegó a admitir el derecho de disponer libremente de los bienes sino, por el contrario, suprime el régimen de libre testamentifacción aceptado en un principio por el derecho

romano, y lo limitó en tal forma que sólo en una porción muy pequeña el testador podía disponer de sus bienes.

De este régimen se pasó al Código de 1884, al de libre testamentifacción, tal como en el derecho romano, pero en nuestro Código anterior se impone la obligación de dejar alimentos a los parientes consanguíneos y al cónyuge supérstite.

Nuestro Código Civil en vigor, consagra el régimen o principio de la libre testamentifacción, no establece ninguna reserva ni porción que deba corresponder obligatoriamente a los parientes o a otras personas.

La libre testamentifacción se otorga para que el testador la ejercite en forma razonable y que no perjudique la vida social.

(II) Principio de revocabilidad del testamento. - El Código Civil establece como regla general, que dos o más personas no puedan testar en un mismo documento.

Esta prohibición tiene por finalidad asegurar el respeto del principio de la revocabilidad del testamento, y luchar contra las disposiciones mutuas.

Esto es, no pueden otorgar testamento dos o más personas en un mismo instrumento, ya sea a favor de un tercero o por disposiciones mutuas, debido a que traería como consecuencia la nulidad del testamento y no podría operar el principio de revocar un testamento (artículo 1296 del C.C. para el D.F.).

De lo anterior deriva que el testamento es un acto esencialmente individual.

El testamento no es un contrato, no hay acuerdo de voluntades.

No es una declaración dirigida a otra parte para configurarlo, no hay consentimiento.

Sin embargo, existe excepción en el testamento público simplificado cuando se permite testar en un mismo acto al cónyuge del testador cuando éste estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal.

1.3) FORMAS DE TESTAMENTO DE CONFORMIDAD CON EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Nuestro Código Civil vigente reconoce como acto jurídico solemne al testamento.

El testamento tiene esa formalidad para que sea válido y, por lo tanto, para que surta sus efectos.

Ya se ha señalado la trascendencia e importancia del testamento como acto jurídico, de tal forma que la solemnidad como elemento esencial del mismo, está más que justificada.

Además de la solemnidad el testamento, como acto jurídico, tiene una serie de elementos para su otorgamiento, según la clase de testamento que se otorgue.

"Las formas impuestas al testamento tienen por finalidad asegurar el respeto de la última voluntad del difunto". (10)

Las formas del testamento tienden a proteger la libertad del testador contra las presiones que pueda sufrir.

El testador desea que sus bienes se transmitan a su familia, las reglas de forma protegen el patrimonio familiar contra las captaciones o las falsificaciones por extraños.

10 Mazeud Henry y León. Mazeud Jean Op Cit. Pág. 342

Las reglas de forma tienden a evitar la arbitrariedad de los tribunales en la interpretación de la voluntad del testador. La palabra forma tiene diversas acepciones, se puede entender como el continente de un acto jurídico, o bien, como un elemento inherente al acto y, por último, simplemente como medio de prueba.

La forma es el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico y del contrato.

La ley establece una clasificación de los testamentos en cuanto a su forma.

Da una elección al testador de varias formas de otorgar testamento, para que su voluntad se exteriorice.

El artículo 1499 del C.C.D.F. establece "El testamento, en cuanto a su forma, es:

*Ordinario, y
Especial.*

El testamento ordinario se clasifica en :

*Público Abierto
Público Cerrado
Público Simplificado y
Ológrafo*

El testamento especial se clasifica en :

*Privado
Militar*

Marítimo y

Hecho en país extranjero

1.3.1) TESTAMENTOS ORDINARIOS

Como ya se señaló anteriormente, los ordinarios se clasifican en Público Abierto, Público Cerrado, Público Simplificado y Ológrafo.

El testamento público cerrado.- Es aquél que debe hacerse por escrito por el testador o por otra persona a su ruego y en papel común.(art. 1521 C .C.)

En este testamento el testador debe rubricar todas las hojas y/ o firmar por él otra persona a su ruego, en caso de que no supiere escribir o no pudiera por alguna causa, en este caso la persona que haya rubricado y firmado por el testador, concurrirá con él a la presentación del pliego cerrado y el testador declarará que aquella persona rubricó y firmó en su nombre y ésta firmará en la cubierta con los tres testigos y el notario.

El papel en el que esté escrito el testamento deberá estar guardado en un sobre cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará el testador al momento de presentarlo al Notario en presencia de tres testigos.

El testador al hacer la presentación declarará que en aquel pliego está contenida su última voluntad.

El Notario Público dará fe del otorgamiento, y esa constancia la expresará en la cubierta del sobre y lo firmará el testador, los

testigos y el Notario quien pondrá su sello.

Si algún testigo no supiere firmar se llamará a otra persona que lo haga en su nombre y su presencia, de modo tal que siempre haya tres firmas.

Si no pudiere firmar el testador, lo hará otra persona en su nombre, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos.

Sólo en casos de urgencia puede firmar uno de los testigos, ya sea por el que no sepa hacerlo, ya por el testador, pero el notario deberá hacer constar expresamente esta circunstancia, bajo la pena de suspensión de oficio por tres años.

Los que no saben o no pueden leer no pueden otorgar testamento cerrado.

El sordo mudo puede otorgar testamento cerrado ante cinco testigos, con tal de que todo esté escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario escriba en la cubierta del sobre que ahí se contiene su última voluntad y el notario declarará en el acta de la cubierta del sobre que el testador lo escribió de esa forma. para que ponga razón en un libro de su protocolo, de que la persona que le dió el sobre dijo contener éste su última voluntad, poniendo lugar, hora, día, mes y año en que fue entregado el testamento.

El Notario al hacer la certificación de que el testador le entregó el testamento en sobre cerrado le devolverá al testador el testamento.

El artículo 1537 del C.C.D.F. establece: El testador podrá conservar el testamento en su poder, o darlo en guarda a persona de su confianza, o depositarlo en el Archivo Judicial.

Si el testador desea depositar el testamento en el Archivo Judicial, lo presentará al encargado de dicha dependencia, quien

hará asentar en el libro correspondiente una razón de depósito o entrega que será firmada por dicho funcionario y por el testador a quien se le dará una copia autorizada.

Puede hacerse por procurador la presentación y el depósito, lo cual requerirá poder otorgado en escritura pública.

El Notario dará aviso al Archivo Judicial y al Archivo General de Notarías dentro de los 5 días hábiles de que se otorgó el testamento, indicando el número y fecha de escritura, nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, nacionalidad, ocupación y domicilio del autor de la sucesión; además, indicará la persona en cuyo poder se depositó o el lugar en que se haya hecho el depósito.

En mi opinión este artículo debería establecer que el testamento debe ser depositado únicamente en el Archivo Judicial, esto con el objeto de dar más seguridad al testador, debido a que existe mayor posibilidad de pérdida del testamento en poder del testador o de un tercero.

En relación a la fecha que debe de considerarse como el día en el que el testador declaró su voluntad, algunos autores, como Valverde, establecen que debe tomarse en cuenta la fecha del documento en el que consta el testamento, y no la fecha en la que se asentó en el protocolo del Notario, ya que tanto el Notario como los testigos sólo garantizan y autentizan la voluntad declarada.

Valverde opina que "es la del documento, que es la que contiene la verdadera declaración de voluntad"(11)

El testamento cerrado, requiere de declaración formal del juez para que surta efectos, no es perfecto.

"Para que el testamento público cerrado surta sus efectos

debe ser declarado formal testamento, esto en razón de que se desconoce el contenido del mismo"(12)

El testamento quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego interior o abierto, tenga borrones, etc.

El testamento cerrado no requiere de las formalidades que se necesitan para el testamento público abierto, las que comentaré más adelante, debido a que a pesar de que se le entrega al Notario, éste no interviene en la redacción del testamento.

Lo anterior significa que el Notario no pudo dar asesoría jurídica respecto a las cláusulas que se establecieron en el testamento cerrado.

A esto se debe que sea uno de los testamentos que tiende a ser objeto de litigios por diversos problemas que puede presentar en su redacción.

El maestro Rojina Villegas opina: "el testamento cerrado requiere tal serie de complicadas formalidades, que atemoriza a los testadores".

En mi opinión el testamento cerrado no es seguro para el testador.

Es seguro en cuanto a que se presenta el sobre al Notario y, éste levanta acta en la que hace constar la última voluntad del testador dentro del testamento, pero en cuanto a su redacción, considero que cualquier persona que quiera otorgar testamento cerrado no puede redactarlo correctamente, lo que trae consecuencias jurídicas que se pueden presentar al no redactarlo en forma clara y precisa, además de que no está asegurada la conservación e inviolabilidad del testamento.

El testamento Público Simplificado.- Este se introdujo en la 12Asprón Pelayo Juan M. Op Cit. Pag. 44

reforma del 6 de enero de 1994, misma que entró en vigor al día siguiente.

La finalidad por la cual se crea este tipo de testamento es para hacer más ágil la transmisión de la propiedad del inmueble que ha sido la vivienda de una persona que fallece.

También tiene la finalidad de evitar la irregularidad en la posesión y en la propiedad de los inmuebles.

Ha sido común el problema de que siempre existen personas que fallecen sin haber hecho testamento. En la mayoría de los casos los intestados se dan en determinados núcleos de población ya sea por ignorancia o, y en su caso, por no incurrir en el gasto de hacer un testamento. Al fallecer una persona intestada, la posesión de lo que es su único patrimonio para este tipo de personas y que en la mayoría de los casos es la casa-habitación de una familia puede ser materia de conflictos.

El testamento público simplificado no está destinado a todos, sino únicamente para favorecer a aquellas personas propietarias de inmuebles habitacionales de determinado valor, en concreto personas de escasos recursos.

Es decir en la reforma se identifica plenamente que la intención es favorecer, agilizar, dar facilidades a determinadas personas para que a su fallecimiento, éstas no queden intestadas.

De esta manera, el testamento público simplificado en términos generales, es un testamento a través del cual se dispone del inmueble que es y será la vivienda de una persona para facilitar que, al fallecer, su casa-habitación se transmita a quien el la disponga.

El inmueble debe ser habitacional y debe tener determinadas características en cuanto a su valor o bien en cuanto al origen de

su posesión, es decir que derive de una regularización.

En esencia este es el testamento público simplificado.

Ya los términos en los que se dispondrá en el testamento del inmueble, que es a través de legado o legatarios, la posibilidad de nombrar un representante especial para incapaces y menores, la forma de su escrituración cuando el que hizo testamento fallece, y la forma de recibir ese inmueble objeto de ese testamento se comentará más adelante.

Señalada así cuál es la finalidad del testamento público simplificado, tenemos que el artículo 1549 C. C. D.F., establece lo que es este tipo de testamento.

"Artículo 1549 BIS.: El testamento público simplificado es aquel que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal o en acto posterior..."

De este primer párrafo, es importante destacar las siguientes ideas:

Se dice que testamento público simplificado es aquél que se otorga ante notario, es decir, solamente ante notario puede otorgarse.

Ahora bien, el artículo continúa diciendo: respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente: esto es, el testamento público simplificado es otorgado por el adquirente de un inmueble que va a ser destinado por ese adquirente a vivienda, o bien, es el otorgado por el que adquiere una vivienda a través de un programa de regularización, o bien, el

testamento público simplificado también es el otorgado por quien haya adquirido ya un inmueble y que lo haya destinado a vivienda.

Es decir, en cuanto al momento en que se pueda hacer el testamento público simplificado:

1.- Puede hacerse en el momento en que se adquiere el inmueble, es decir, en el mismo instrumento de su adquisición.

2.- En el mismo instrumento, en el mismo momento en que se adquiere a través de una regularización, o bien

3.- Puede otorgarse en un acto posterior a su adquisición o a su regularización.

Una persona que adquirió hace 10 años un inmueble puede hoy otorgar un testamento público simplificado respecto a ese inmueble, siempre y cuando ese inmueble lo haya destinado a vivienda y siempre y cuando se cumpla con el requisito del valor que debió haber tenido ese inmueble cuando se adquirió según veremos más adelante.

El testamento público simplificado lo hace el adquirente del inmueble.

La fracción primera del artículo 1549 establece un requisito más respecto del testamento público simplificado y, concretamente, un requisito en relación con la característica que debe tener un inmueble que va a ser objeto del testamento público simplificado, es decir, no se puede hacer testamento público simplificado de cualquier inmueble, ya se estableció como primer requisito que será un inmueble que sea destinado a vivienda o que vaya a destinarse a vivienda si es que ya ha sido otorgado el testamento en un acto posterior.

Ahora no basta eso, otro requisito más es que ese inmueble al

momento de haber sido adquirido haya tenido un determinado valor, es decir no cualquier inmueble puede ser objeto de testamento público simplificado, es necesario que cuando se haya adquirido esa vivienda, su valor no haya sido mayor a 25 veces el salario mínimo general vigente en el D.F. elevado al año, al momento en que se adquirió, esto es muy importante, se tiene que saber con precisión qué valor se tenía o qué valor se tiene al momento de estar adquiriendo el inmueble.

Si una persona quiere hacer testamento público simplificado al momento de estar adquiriendo un inmueble, tendrá que ser un inmueble que lo destine a vivienda y que, además, al momento de estarlo adquiriendo, el valor de ese inmueble no sea mayor de la cifra señalada.

Si la persona que está haciendo testamento público simplificado lo está haciendo en un momento posterior a la adquisición, es necesario tener las escrituras en las que haya adquirido ese inmueble y revisar que en la época en que compró, en la época en que adquirió ese inmueble, el valor del mismo no rebasaba el equivalente a la suma vigente en la época en que adquirió.

Ahora bien, este requisito del valor no es necesario si el inmueble fue adquirido con motivo de un programa de regularización de inmuebles, no importará en consecuencia el valor aunque exceda de lo señalado, si la escritura del inmueble del que se está haciendo testamento fue con motivo de un programa de regularización, en ese caso puede suceder que el inmueble valga mucho más de lo que establece la ley.

La fracción segunda del mismo artículo ya señala los términos en los que se puede disponer del inmueble en el testamento, esto es, designando un legatario o más legatarios.

Si son dos o más legatarios se puede establecer el derecho de

acrecer entre ellos, o bien, designar a un legatario y designar a falta de ese, un sustituto o a otros sustitutos.

En muchas ocasiones a pesar de haber testamento, por las características de los herederos o los legatarios, la escrituración no se podría llevar a cabo, en concreto, porque no había un representante de un incapaz o de un menor de edad.

Así también en la fracción segunda se señala que única y exclusivamente el testador al hacer el testamento público simplificado puede señalar y puede nombrar a un representante especial para el caso de que el legatario o los legatarios que esté nombrando como beneficiarios, sean incapaces o menores de edad.

Si son incapaces y son menores de edad y al momento en que fallecen no tienen un tutor o no hay quien ejerza la patria potestad, el testador puede nombrar a un representante especial para que represente precisamente a estas personas y se pueda firmar el instrumento en donde se haga la adquisición.

Así si el legatario es incapaz, el representante especial representará al incapaz, pero exclusivamente para firmar la escritura donde se adjudica ese inmueble; si son menores de edad y no hay quien esté ejerciendo la patria potestad, el representante especial firmará en representación de ellos.

En la fracción tercera se establece que si al momento de adquirir el inmueble lo están adquiriendo dos o más personas, por cada una de ellas se puede hacer testamento público simplificado por la porción que les corresponde, igualmente el cónyuge podrá disponer de su parte si está casado bajo sociedad conyugal.

En esta fracción se establece una excepción a la regla general

de que en un solo instrumento no pueden hacer testamento dos o más personas porque en el caso del testamento público simplificado sí podrán hacerlo en un mismo instrumento dos o más personas, pero si ellas quieren podrán hacerlo por separado.

La fracción cuarta del mismo artículo establece que quienes reciban los inmuebles quedan advertidos y sujetos a que recibirán el pago de su legado, es decir recibirán el inmueble objeto del testamento público simplificado, pero con la obligación de que si hay acreedores alimentarios tendrán que pagarles en la proporción que ese inmueble represente en la totalidad de lo que el de cujus haya dejado.

La fracción quinta establece que los legatarios, es decir, los designados así en el testamento público simplificado, pueden directamente reclamar la entrega del inmueble sin que tengan que esperar a que se haga la protocolización de inventario de la sucesión o, en su caso, a que tengan que dar garantía para ser pagados de su legado antes de la protocolización de inventario.

La fracción sexta y última señala que la titulación notarial, se hará conforme al artículo 876-BIS del C.P.C.D.F., o sea que fallecida la persona que hizo testamento público simplificado, para proceder a la escrituración del inmueble, el artículo 876 BIS C.P.C.D.F. establece el procedimiento para la titulación notarial de la adquisición por los legatarios instituidos en el testamento público simplificado.

La Ley le llama titulación notarial, no le llama adjudicación ni escrituración.

Primeramente los legatarios o sus representantes le deben exhibir al notario copia certificada del acta de defunción del testador y el testimonio del testamento público simplificado.

En mi opinión también será necesario que se exhiba el título de propiedad del inmueble, esto es, se deberá acreditar no sólo que murió el testador, sino que el que hizo ese testamento era propietario del inmueble. Quizá el legislador no lo mencionó así porque seguramente en el testamento público simplificado vendrá relacionada la escritura donde se adquirió el inmueble, si es que fue un testamento otorgado con posterioridad a la adquisición de aquél, o porque en la misma escritura en que se adquirió el inmueble se hizo el testamento público simplificado.

En la fracción segunda se establece que el notario con esos dos documentos, debe de hacer una publicación avisando que ante él se está tramitando la titulación notarial de la adquisición derivada de un testamento público simplificado.

En esa publicación debe señalar el nombre del testador y de los legatarios, en su caso, su parentesco.

Posterior a la publicación, recabará del Archivo General de Notarías y del Archivo Judicial y, en su caso, en los archivos u oficinas similares del último domicilio del testador, constancias sobre la existencia o inexistencia de un testamento, esto es, el notario debe cerciorarse de que el testamento público simplificado ha sido el último que otorgó el testador, así lo señala la fracción tercera del mismo artículo, estableciendo que si es el último testamento, el notario podrá continuar con el trámite respectivo.

Posteriormente el notario redactará la escritura relacionando el acta de defunción, el testamento público simplificado, el título de propiedad, las constancias de que ha sido el último testamento, la publicación que le marca la ley y la aceptación de los legados por parte de los legatarios, y así una vez redactada la escritura, se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio.

Si los legatarios no quieren aceptar el legado, puede hacerse

también una repudiación.

El testamento ológrafo.- Tiene su origen en Roma, se comenzó a usar en Atenas; la Francia consuetudinaria lo adoptó sin restricciones y ahí se ha desarrollado por sus ventajas prácticas. En nuestra legislación el Código Civil de 1884 no lo admitió.

Este tipo de testamento es otorgado comunmente por gente que no puede pagar los servicios profesionales de un Notario Público.

No exige ninguna fórmula sacramental, es suficiente con que sea la intención del de cujus de disponer de sus bienes, además es rigurosamente secreto y práctico.

El testamento ológrafo, conforme al Código Civil para el Distrito Federal, es aquél que realiza el testador por escrito, de su puño y letra (art. 1550).

El testamento debe estar fechado de puño y letra del testador, esta fecha debe ser exacta.

Sus características son:

1.- Debe ser otorgado por persona mayor de 18 años, y escrito totalmente por el testador y firmado por él, indicando el día, mes y año en que se otorgue (art. 1551 del C.C. para el D.F.).

La firma se exige para darle al testamento un carácter definitivo.

"La fecha hace juzgar al juez sobre la capacidad"(13)

Se permite al extranjero otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

El testamento ológrafo se diferencia del testamento público

cerrado en que en este último se permite que otra persona, a solicitud del testador, pueda escribir el testamento.

Si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma; la omisión de esta formalidad por el testador sólo afecta a la validez de las palabras tachadas, pero no al testamento mismo.

2.- El testador hará el testamento ológrafo por duplicado, imprimiendo en cada ejemplar su huella digital.

Colocará cada uno, esto es, el original y el duplicado dentro de un sobre cerrado y lacrado y depositará personalmente el testador, ante dos testigos, si es que el testador no es conocido por el encargado del Archivo General de Notarías, y el duplicado será devuelto al testador.

En la carátula del sobre escribirá "dentro de este sobre se contiene mi testamento".

3.- Expresará el lugar y fecha en que se hace el depósito.

El sobre que contenga el testamento por duplicado llevará una nota que asentará el encargado de la Oficina del Archivo General de Notarías, en la que expresará que el testador le ha entregado el sobre que contiene el original del testamento, poniendo lugar y fecha y firmando el encargado de la oficina y el testador y, en su caso, firmando los testigos de identificación.

Si el testador no pudiere ir al Archivo a depositar su testamento, el encargado de la Oficina deberá concurrir al lugar donde aquél se encontrare.

El encargado de la Oficina tomará razón del depósito en el libro respectivo y conservará el original del testamento en tanto no haga la entrega al testador o al juez competente.

En cualquier momento el testador podrá retirar del Archivo su testamento, ya sea personalmente o por medio de mandatario con poder especial otorgado en escritura pública, en cuyo caso se hará constar el retiro en un acta que firmará el interesado o el mandatario y el encargado de la Oficina.

El testamento ológrafo, requiere declaración formal del juez para que surta efectos.

En caso de que el testamento original haya sido maltratado o robado, se tomará el duplicado del testamento como formal (art. 1562).

Sólo quedará sin efecto el testamento ológrafo cuando el original o el duplicado estuvieren rotos, el sobre resulte abierto ó las firmas estén borradas.

Aunque algunas personas prefieren otorgar el testamento ológrafo por su sencillez y bajo costo, sin embargo, en mi opinión, al igual que el testamento público cerrado, tampoco otorga seguridad jurídica en el patrimonio del autor de la sucesión; esto aunado a que el testador no es asesorado por un Notario Público en la redacción de su testamento y de que se está en el riesgo de que éste pueda ser robado, maltratado o extraviado. "...se pueden cometer algunas falsedades, peligros de pérdida o los de destrucción"(14)

Con frecuencia el testador expresará mal su voluntad, que tal vez deforme luego la interpretación judicial.

Por lo anterior, en el Archivo General de Notarías deben advertir al testador sobre las consecuencias jurídicas que puede tener este tipo de testamento al momento en que aquél lo deposite.

Conviene insistir que el notario ayuda al testador a expresar

amplia y claramente su voluntad y a prever los problemas que pueden suscitarse ante cualquier disposición del testamento, por lo tanto, es posible subsanar algunos de tales inconvenientes solicitando el asesoramiento del notario para la redacción.

"Saleilles dice en relación a este tipo de testamento que es la salvaguardia de la justicia, la salvaguardia suprema de la libertad testamentaria".(15)

Estoy de acuerdo con este autor en que el testador tiene completa libertad testamentaria.

La misma libertad tiene el testador en un testamento público abierto, sólo que en éste es asesorado por el Notario en cuanto a cómo redactar o expresar sus ideas.

Por ser muy someras las formalidades del testamento ológrafo, no ofrece las mismas garantías para la protección de la voluntad del testador que el testamento público abierto.

"La forma ológrafa no deja de ofrecer inconvenientes: con ella es más fácil la sugestión, la captación de voluntad y la destrucción del mismo testamento; propicia falsificaciones que los peritos están muy lejos de descubrir de modo terminante"(16)

1.3.2) TESTAMENTOS ESPECIALES

El testamento es considerado ordinario cuando el testador lo otorga en forma normal, en forma ordinaria.

Los testamentos especiales son otorgados cuando el testador se encuentra en una situación muy especial, es decir, no lo puede

15 *Rojina Villegas Rafael. Op. Cit. Pág. 377*

16 *Idem. Pág. 378*

otorgar en las mismas circunstancias de cualquier testamento ordinario, que es cuando generalmente el testador tiene tiempo y serenidad para otorgarlo.

Son testamentos especiales: el testamento privado, el testamento militar, el testamento marítimo y el testamento hecho en país extranjero.

El testamento privado. - El artículo 1565 del C.C.D.F., establece que el testamento privado está permitido en los siguientes casos:

I Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no de tiempo para que concurra notario a hacer el testamento.

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

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

IV Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

El testamento privado se otorga principalmente cuando el testador no puede otorgar testamento ológrafo o cualquiera de los testamentos ordinarios.

Este tipo de testamento puede ser escrito y oral, en ambos casos es válido.

El testador declara su última voluntad ante cinco testigos idóneos. En caso de que el testador esté imposibilitado para escribir su testamento, uno de los testigos lo redactará.

Sólo en caso de suma urgencia bastarán tres testigos idóneos.

Si los testigos no saben escribir o por la urgencia del caso es

imposible redactar el testamento, se podrá hacer por simple manifestación verbal .

El testamento sólo surte efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.

Igualmente, el testamento privado requiere ser declarado formal por el juez.

Para declarar formal el testamento privado se requiere que exista instancia de parte legítima formulada ante el tribunal del lugar en que se haya otorgado.

El C.P.C.D.F. considera como parte legítima a:

- El que tuviere interés en el testamento y,
- El que hubiere recibido en él algún encargo del testador.

"El testamento privado como forma excepcional es admitido por el legislador siempre que haya una verdadera imposibilidad de testar en la forma ordinaria"(17)

El testamento militar.- Se le conocía en Roma como testamento in procinctu. El Fuero Juzgo y las Siete Partidas hablaban de Caballeros en Hueste.

En este caso se le permite al militar o asimilado al ejército que entra en campaña o resulte herido en el campo de batalla otorgar testamento militar.

Este se puede otorgar en forma escrita o verbal, ante dos testigos.

En caso de hacerlo escrito el testador deberá hacerlo con su puño y letra y firmar el testamento.

Si lo hace en forma escrita, deberá hacerse en pliego cerrado y firmado de puño y letra del testador, aunque no esté escrito por él, y la persona que tenga en su poder el testamento lo entregará al jefe de la corporación para que de parte al Secretario de la Defensa Nacional y éste informe al juez competente.

Si el testamento fue oral, los testigos le informarán al jefe de la Corporación, quien dará parte al Ministerio de Guerra y éste a la autoridad judicial competente, procediendo conforme al testamento privado, esto es, el juez citará a los testigos para que declaren.

Esto es, también requiere ser declarado formal el testamento por el juez.

Este tipo de testamento presenta peligros cuando es otorgado en forma oral, ya que el testador confía su voluntad a la memoria de dos testigos, los cuales probablemente no pudieron poner mucha atención al encontrarse dentro de la batalla o también por el hecho de que dichos testigos puedan caer heridos o muertos.

El testamento marítimo. - Este testamento comenzó a regularse en la ley romana y posteriormente en los Códigos de Castilla.

Sólo se puede otorgar este tipo de testamento cuando el testador se encuentra a bordo de un buque nacional, sea mercante o de guerra y que se encuentre en alta mar (artículo 1583 del C. C. para el D.F.).

Siempre debe constar por escrito, así como otorgarse ante dos testigos y el capitán del barco.

Deberá hacerse por duplicado, el capitán deberá guardar el original entre los papeles más importantes del barco, haciéndose mención en el diario del barco.

Cuando el barco arribe a algún puerto y se encuentre algún funcionario del Servicio Exterior Mexicano, el capitán entregará a aquél el testamento con una copia de la nota que debe constar en el diario de la embarcación, para que lo remitan a México y la autoridad competente inicie el procedimiento sucesorio, y el otro ejemplar lo entregará a la primera autoridad marítima al tocar el barco territorio nacional.

Los agentes diplomáticos, cónsules o las autoridades marítimas levantarán, luego que reciban los ejemplares referidos, una acta de la entrega, y la remitirán al Ministerio de Relaciones Exteriores y lo publicará en los periódicos de mayor circulación, para que los interesados promuevan la apertura del testamento.

El testamento producirá efecto cuando el testador fallezca en el barco en alta mar o dentro de un mes contado a partir de su desembarco.

Esta clase de testamento se caracteriza porque sólo acepta la forma escrita, a diferencia del privado y el militar que permiten la forma oral.

Por la vigencia efímera que tiene éste tipo de testamento, debe ser declarado formal testamento, para que el juzgador verifique si no se cumplió con alguna de las condiciones señaladas anteriormente.

El testamento hecho en país extranjero. - Es un testamento que puede otorgarse de dos maneras:

- Sujetándose a las formalidades del país extranjero cuando ha de ejecutarse en la República Mexicana y,

- Otorgarse ante los agentes diplomáticos o consulares mexicanos conforme a las formalidades de la ley mexicana.

En el segundo caso es cuando los agentes o cónsules mexicanos tendrán funciones notariales (art., 1594 C.C.D.F.).

Los artículos 1595 del C.C.D.F. y siguientes, establecen que los funcionarios remitirán copia autorizada de los testamentos al Ministerio de Relaciones Exteriores.

En caso de ser testamento ológrafo, el funcionario que haya intervenido en el depósito, por medio de la Secretaría de Relaciones Exteriores lo remitirá en un término de 10 días al Archivo General de Notarías.

Si el testamento fuere confiado a la guarda del Secretario de legación, cónsul, o vicecónsul, hará mención de esa circunstancia y dará recibo de la entrega.

El papel en el que conste el testamento otorgado ante los agentes diplomáticos o consulares, llevará el sello de la legación o consulado.

El C.P.C. para el D.F., establece en su artículo 891, que después de que el encargado del Registro Público reciba el testamento ológrafo, asentará acta en la que se hará constar haber recibido el pliego del secretario de legación, cónsul o vicecónsul, por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, mencionando las circunstancias en las que se halle la cubierta del testamento.

Así es como brevemente he explicado cada uno de los testamentos tanto ordinarios como especiales, resaltando lo que en cada uno exige la propia ley.

Nuestra legislación da la oportunidad de otorgar testamento tratando de abarcar circunstancias en las que el testador se pueda encontrar, dándole la facilidad de no cumplir con tanto formalismo cuando se trate de un caso urgente.

Pero sabemos que en el caso de que se otorgue tanto un testamento especial como un ordinario, se presentan muchos problemas y conflictos para la determinación o reparto de los bienes del autor de la sucesión.

1.4) CAPACIDAD PARA TESTAR

Como ya se ha mencionado, el testamento es un acto jurídico, por lo tanto requiere capacidad. "La existencia de una voluntad inteligente y libre, dueña de sí y segura de lo que está haciendo, es necesaria para todos los actos jurídicos "(18)

Para que un acto jurídico como el testamento se perfeccione, requiere que el autor de la sucesión sea capaz.

La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para poder ejercitarlos.

Se le denomina capacidad de goce a la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones.

Y a la aptitud de ejercitar o hacer valer esos derechos se le conoce como capacidad de ejercicio.

Por lo tanto, la capacidad es la condición jurídica de una persona, por virtud de la cual puede ejercitar sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y realizar actos jurídicos: en general, es la aptitud que se requiere para ejercer una actividad.

Lo que importa en este sentido, es la capacidad jurídica y, conforme al artículo 22 del C.C.D.F., esta capacidad se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte.

Esto es, ser susceptible de derechos y obligaciones, pero la ley ha establecido, que no cualquier persona por tener capacidad

18 De Ibarrola Antonio. Op Cit. Pág. 665

jurídica tiene el pleno ejercicio respecto de sus bienes, derechos y obligaciones.

Sin embargo, la aptitud para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo, no la tienen todas las personas por el simple hecho de serlo, hay una cualidad que la ley determina para que dicha capacidad se adquiera.

Nuestra legislación establece que para que una persona pueda participar por sí misma de la vida jurídica, se requiere que tenga cumplidos 18 años.

Así lo establece el artículo 646 C.C.D.F. "La mayor edad comienza a los 18 años cumplidos. Y el artículo 647 establece que "el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes".

En relación con la capacidad para testar, la ley establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho (art. 1305 C.C.D.F.)

Tratándose del testamento, la ley es particularmente exigente.

En relación a la capacidad para testar, las leyes establecen menos exigencias que para los actos inter vivos, en virtud de que éstos últimos, por producir efectos inmediatos e irrevocables, pueden acarrear graves e irremediables perjuicios, mientras que el testamento es un acto jurídico cuyas consecuencias y efectos tendrán verificativo después de la muerte de su autor, y está destinado a dar cumplimiento más que nada a sentimientos de afecto, gratitud o bienestar, para determinadas personas.

En atención al acto de testar, y por ser emanado de la personalidad de un individuo, la ley determina una edad, haciendo una excepción al artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal.

Al respecto, el Código Civil en su artículo 1306, fracción I, establece :

"Están incapacitados para testar:

I) Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad ya sean hombres o mujeres".

Y, en su caso, la fracción segunda determina:

II) Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.

En este segundo caso, existe contradicción en la ley, debido a que conforme al artículo 1307 C.C.D.F. se permite al demente con intervalo de lucidez, que pueda otorgar testamento.

Por lo tanto, el Código Civil para el D.F. debería establecer lo siguiente:

No podrán testar:

II) Los privados de su cabal juicio y que no tengan intervalos de lucidez.

De esta forma, la capacidad es general para hacer el testamento, y las incapacidades son las mencionadas en las dos fracciones del artículo 1306 y, en todo caso, la capacidad ha de juzgarse al momento de hacer el testamento.

Aunque la capacidad para testar está también en razón del tipo de testamento, entonces existen incapacidades en cuanto a la forma de los testamentos, por ejemplo: no puede otorgar testamento público abierto el que no pueda expresar cumplida y claramente su voluntad. Para hacer testamento público cerrado se necesita que sepan leer, los menores de edad no pueden otorgar testamento ológrafo.

En los casos antes mencionados la capacidad del testador

está en razón de las características del tipo de testamento.

La capacidad para testar es irrenunciable, y no puede ser afectada por una sentencia de naturaleza penal, ni de naturaleza civil.

"Una sentencia penal no puede imponer la pérdida del derecho a testar"(19)

Esto significa que, la suspensión de derechos civiles que trae consigo la condena por la comisión de un delito que imponga la pena de prisión, no implica que exista incapacidad para testar.

El notario público debe tomar en cuenta, principalmente, el estado en que se encuentra el testador y, sobre todo, ver si tiene la capacidad general para otorgarlo y que no se encuentre dentro de las incapacidades para testar.

"El Derecho Romano exigía capacidad en el momento del otorgamiento del testamento, durante toda la vida posterior del testador y por ende, también en el momento de la muerte: consideraba, pues, en realidad dos momentos y un lapso".(20)

Debe cerciorarse respecto a la identidad y capacidad legal del testador, ya que es un factor determinante para que sea el testamento público abierto al que más se recurra.

Igualmente, deben tomarse en cuenta las formalidades que requieren los testamentos que se pueden otorgar ante el notario público, con el fin de que no se anule el testamento.

Nuestra ley establece, como principio general, que el individuo con mayoría de edad, tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley .

19 De Ibarrola Antonio. Op Cit. Pág. 665
20 Idem. Pág. 668

Pero existen excepciones a ese principio, como por ejemplo el que puedan celebrar esponsales y contraer matrimonio el hombre que haya cumplido 16 años y la mujer que haya cumplido 14 años, pero para contraer matrimonio, dichos menores necesitan la autorización de sus representantes, lo cual vendría siendo una incapacidad de ejercicio.

La ley ha considerado que la capacidad para contraer matrimonio está en relación con la pubertad de las personas, de ahí que se estipulara que el hombre que tenga 16 años, y la mujer que tenga 14 años, puedan contraer matrimonio.

Respecto a la capacidad para testar, al no ser un acto que genere inmediatamente obligaciones o ligue al testador, el Código Civil vigente establece que la edad para poder ejercitar ese derecho se adquiere a los 16 años.

Sin embargo, existen personas que tienen menos de 16 años y que tienen la intención de otorgar testamento para distribuir sus bienes, esto en atención a que el hombre cada día está más ligado a la vida económica, comienza a trabajar desde muy temprana edad y, por lo mismo, no es difícil encontrar a menores de 16 años que cuenten con bienes propios.

En cuanto a la primera fracción del artículo 1306 C.C.D.F., considero que la ley debería de ser un poco más accesible, debido a que existen menores de edad (14 años), que cuentan con bienes propios que pueden dejar en testamento y, que además se encuentran en su cabal juicio para poder otorgarlo.

En este caso la ley debería de permitir a los menores de edad con capacidad poder otorgar testamento.

1.5) EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

"En la legislación comparada, se le denomina testamento público notarial"(21)

El testamento público abierto es el que se otorga ante notario, es un testamento ordinario y formal en el cual el testador manifiesta claramente su voluntad ante notario y, en su caso, ante dos testigos idóneos si el testador es sordo, ciego o si no sabe leer, o cuando así lo considere necesario el notario.

Esta forma de testamento es público no porque sea conocido por la gente, ya que el testamento es secreto, sino porque se hace la declaración de voluntad en un instrumento público ante un funcionario público que es el notario.

El testamento es abierto porque también su voluntad es conocida por el notario y los testigos, además de encontrarse el testamento patente y visible en el protocolo notarial, a diferencia del testamento cerrado, que está oculto. Lo puede conocer cualquier persona sin afectar la validez del testamento.

El notario tiene secreto profesional, pero el hecho de que llegue alguien y lea el testimonio o el protocolo del notario no afecta la validez del testamento.

El testamento público abierto tiene su origen en el testamento nuncupativo, es por eso que se dice que es NUNCUPATIVO, debido a que la declaración de voluntad se hace en forma oral, como ya se comentó en los antecedentes.

Es un testamento que tiene efectos ipso iure (de pleno derecho), esto es, que no requiere declaración del juez para declarar su autenticidad. Es decir, el testamento público abierto es el único

21 De Ibarrola Antonio. Op. Cit. Pág. 683

testamento perfecto que no requiere declaración de hacerlo formal por un juez, automáticamente es perfecto.

El procedimiento para el otorgamiento de un testamento público abierto consiste en lo siguiente:

El testador expresará de manera clara y terminante su voluntad al notario, esto significa que el testador puede expresar de cualquier modo su voluntad, pero no a base de monosílabos, o a base de señales, el notario será quien redactará por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, posteriormente el mismo notario leerá en voz alta para que el testador manifieste si está conforme con las cláusulas insertadas en el testamento.

El testamento deberá hacerse en un solo acto, esto es, que no debe haber interrupción al momento de otorgarse.

Si está de acuerdo el testador con las cláusulas, firmarán la escritura el testador, el notario y, en su caso, los testigos y el intérprete a que se refiere el artículo 1518 C.C.D.F., el cual explicaré más adelante, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que se otorgó (artículo 1512 C.C. D.F.)

Si el testador declara al notario que no sabe o no puede firmar, uno de los testigos firmará a ruego del testador y, el testador imprimirá su huella digital (art. 1514 del C.C. para el D.F.).

El artículo 1516 establece que cuando el testador sea sordo pero sepa leer, deberá leer su testamento, pero si no supiere leer o no pudiera hacerlo, nombrará una persona para que lo lea en su nombre.

El Código Civil no establece expresamente que deberá firmar la persona que lee el testamento, que en este caso se supone que debe ser el testigo.

Si el testador es ciego o no puede o no sabe leer, el notario dará lectura una vez al testamento y, una segunda vez, lo hará uno de los testigos u otra persona que designe el testador.

En los tres casos anteriores se especifica que los dos testigos que menciona el artículo 1513 deben firmar el testamento.

Los testigos son conocidos como testigos instrumentales, ya que con el notario coautorizan el instrumento donde consta el testamento, además de garantizar al testador que no ha sido engañado en el otorgamiento de su testamento.

El artículo 1518 C.C.D.F. se refiere a que el intérprete firmará el testamento cuando el testador ignore el idioma del país y si puede, éste escribirá su testamento que será traducido al español por el intérprete.

La traducción se insertará en el protocolo, y el original que deberá ir firmado por el testador, por el intérprete y por el notario, se archivará en el apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto.

En el caso de que el testador no pueda o no sepa escribir, el intérprete escribirá el testamento que le dicte el testador, el cual deberá ser leído y aprobado por aquél.

El testamento se traducirá al español por el intérprete que deberá concurrir al acto y posteriormente se procederá a la protocolización.

Igualmente si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento al intérprete y, una vez traducido, también se procederá a su protocolización.

En estos casos, el intérprete podrá intervenir como testigo de conocimiento.

El artículo 1519 C.C.D.F. establece que todas las formalidades expresadas en dicho capítulo se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento y el notario dará fé de haberse llenado aquéllas.

Considero que el artículo debería de establecer que las formalidades del testamento público abierto deben comenzar desde el momento en que el testador se presenta ante el notario a declarar su voluntad, y no hasta que inicie el notario la lectura del testamento, ya que se consideran formalidades todas las expresadas desde el artículo 1511.

No debe haber interrupción cuando el notario comienza a dar lectura al testamento.

Una vez firmado el testamento por el testador y, en su caso, por los testigos y el intérprete, será autorizado por el Notario con su firma y su sello y posteriormente le entregará al testador un testimonio de su testamento.

Luego de haberse otorgado el testamento por el testador, el Notario deberá, conforme al artículo 80 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, dar aviso al Archivo General de Notarías y al Archivo Judicial de que se otorgó testamento en su Notaría.

El artículo 80 de la Ley del Notariado para el D.F. establece:

"Siempre que se otorgue un testamento público abierto, cerrado o simplificado, el notario ante quien se otorgó, presentará aviso al Archivo General de Notarías dentro de los cinco días hábiles siguientes, en el que se expresará el número y fecha de escritura; nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, nacionalidad, ocupación y domicilio del autor de la sucesión, y recabará la constancia correspondiente..."

El Archivo General de Notarías llevará un registro especialmente destinado a asentar las inscripciones relativas a los testamentos con los datos que se mencionan en este artículo.

Esta inscripción o aviso que debe dar el Notario no es condicionante para la validez del testamento, su omisión únicamente provoca que se sancione al Notario.

Si el notario no cumple con todas las solemnidades el testamento no será válido, y el notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá en la pena de pérdida de oficio (artículo 1520 C.C.D.F.).

1.5.1) REQUISITOS DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

Como ya hemos dicho, el notario tiene la obligación de verificar que se cumpla con todos los requisitos, ya que a falta de alguno, el testamento no será válido.

Los requisitos para que sea válido el otorgamiento del testamento público abierto son los siguientes:

1.- Se debe otorgar ante notario público y él debe redactar por escrito el testamento, aunque no es una obligación que lo haga de su puño y letra, basta con que lo dicte a un amanuense.

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que los notarios no están obligados a escribir de puño y letra el testamento público abierto sino que basta que sea redactado por escrito"(22)

2.- Señalarse en el testamento el lugar, la fecha, mes, año y la hora en que se otorgó.

Por el lugar, se entiende la casa, oficina, departamento, etc., donde se lleva a cabo el otorgamiento del testamento.

La hora del otorgamiento es la hora en que el testador y los testigos firmaron el instrumento.

Este requisito es uno de los más importantes, ya que ayuda a determinar si se otorgó otro testamento posterior, tomando en cuenta la fecha y hora de otorgamiento.

"La hora es de especial importancia porque es en esa hora en la que debe apreciarse la capacidad del autor del testamento y para saber cual testamento es posterior a otro, ya que un testador podría hacer varios testamentos en un día" (23)

3.- Que exista unidad en el acto, el artículo 1519 C.C.D.F., establece que las formalidades se practicarán acto continuo y el notario dará fé de haberse llenado todas.

4.- El notario deberá certificar sobre la identidad del testador y de su capacidad, esto significa que el testador debe encontrarse en pleno juicio y que esté libre de toda coacción.

5.- Presencia de testigos. Tratándose de este testamento, el notario considerará la presencia de testigos cuando el testador sea ciego, sordo o persona que no sepa firmar, o cuando lo considere necesario el Notario.

En este caso no podrán ser testigos: los amanuenses del notario, los menores de 16 años, los enajenados, los declarados reos por delito, los sordos, ciegos o mudos, los herederos o legatarios o los parientes por línea recta o colateral y el cónyuge.

6.- La presencia de un intérprete en el caso del artículo 1518 C.C.D.F.

7.- Que el testador exprese de modo claro y terminante su voluntad al notario y, en su caso, a los testigos.

8.- Firmar el instrumento el testador, el notario y, en su caso, los testigos y el intérprete.

9.- El notario explicar el valor y consecuencias legales del instrumento (artículo 33 Ley del Notariado).

10.- En caso de no identificar al testador, el notario deberá poner todas las señales que caracterizan a la persona de aquél. En este caso, el testamento no tendrá validez en tanto no se justifique la identidad del testador.

11.- El notario debe dar fé de que se han cumplido con todas las formalidades del testamento público abierto.

12.- El notario debe evitar dejar hojas en blanco, o establecer abreviaturas o cifras (artículo 1507).

1.5.2) FORMALIDADES DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.

Conforme a lo expresado, las formalidades del testamento público abierto son todas las establecidas en el punto anterior, es decir, son todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico (Código Civil para el Distrito Federal).

Para el Lic. Manuel Borja Soriano las solemnidades del testamento público abierto son: dictado, redacción, escritura, lectura, conformidad del otorgante, identidad y capacidad del testador, conocidas por el notario y los testigos, firmas, unidad en el acto y mención de las formalidades.

"La forma, frecuentemente, en la práctica y en la doctrina, se

confunde con los formalismos o las formalidades."(24)

La forma es el conjunto de elementos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico y del contrato.

Como se comentó anteriormente, los formalismos y las formalidades son el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato.

Los formalismos aparecen ya desde el Derecho Romano, como se aprecia en la institución de la mancipatio, la in iure cessio y la traditio.

Así el formalismo respecto de las situaciones jurídicas va evolucionando más a fin de dar mayor seguridad a las relaciones jurídicas.

En relación con la importancia y trascendencia del acto jurídico, las formalidades han sido clasificadas en ad solemnitatem y ad probationem.

Las formalidades ad solemnitatem son aquellas que se consideran necesarias para la validez del acto jurídico, siendo, en consecuencia, un acto jurídico solemne.

Como ya lo he señalado, el testamento es considerado un acto jurídico solemne.

Es por eso que la ley exige los formalismos mencionados en el subtítulo anterior, debido a que a falta de alguno de ellos, se considera inválido el testamento, además de que también se podría provocar mala interpretación y confusión por falta de alguno de los requisitos.

24 Pérez Fernández del Castillo Bernardo. Derecho Notarial. Ed. Porrúa, S.A. . México. 1986 .
Pág. 68

En el testamento público abierto se alcanzan plenamente los objetivos de las prescripciones relativas a solemnidades: lleva consigo la observancia de una serie de formalidades.

Las formalidades exigidas para el testamento público abierto, son de derecho necesario y perfectas, y el no cumplirlas, hacen que el testamento no sea válido.

1.5.3) VENTAJAS Y UTILIDAD DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.

En mi opinión, el testamento público abierto es la forma más segura a través de la cual una persona protege su patrimonio, su familia y a sus acreedores.

Es por eso que considero que las personas deben otorgar esta forma de testamento, ya que es el que otorga más seguridad en cuanto a su conservación y claridad en sus disposiciones.

El testamento público abierto presenta una serie de ventajas, en cuanto a su otorgamiento.

VENTAJAS:

- 1.- Lo pueden otorgar quienes no saben leer o escribir.**
- 2.- Otorga garantía, en cuanto a la competencia, probidad y responsabilidad del notario.**
- 3.- Tiene fuerza probatoria el documento en el que consta el testamento público abierto.**
- 4.- El testador expresa su voluntad al notario en sus propios términos, pero el notario es el que redacta, esto es, que éste**

usará términos jurídicos más apropiados y no exactamente los que haya usado el testador, ya que el testador no es un perito en derecho como lo es el notario.

5.- El notario explica las consecuencias legales del instrumento al testador, para que éste último considere lo que está escrito.

6.-El testamento público abierto es el único testamento que otorga seguridad jurídica al testador en cuanto a la protección de su patrimonio y al de su familia.

En comparación con las demás formas de otorgar testamento, es el testamento público abierto en el que interviene el notario para asesorar al testador en la elaboración de las cláusulas del testamento, darle diferentes opciones o caminos en los que pueda dividir su patrimonio y cómo hacerlo.

El notario interviene y da asesoría en el contenido del testamento, esto es, interviene en la redacción y cumple con las formalidades que deben llevarse a cabo en el testamento, saber qué palabra usar para evitar dobles interpretaciones o confusión en la interpretación de la voluntad del testador.

En todos los demás testamentos contemplados en la ley el notario no interviene en la redacción del testamento, no asesora al autor de la sucesión, en el testamento cerrado sólo se presenta el testador ante el notario para que asiente en su protocolo que el testador le presentó en sobre cerrado el testamento en donde dijo contener su última voluntad, pero el notario no interviene en la redacción del testamento, no queda plasmado en el protocolo del notario el contenido del testamento.

7.-En caso de que el testador pierda el testimonio que se le entregó, en el que se contiene el testamento público abierto, ese testamento obra en el protocolo del notario.

Por eso considero al testamento público abierto como la única forma segura en la que el testador puede proteger su patrimonio.

8.-Además el testamento público abierto es el único testamento perfecto y completo.

Perfecto, como anteriormente se ha establecido, porque no requiere declaración del juez para considerarlo válido, desde el momento en que se otorga ante notario es válido el testamento, siempre y cuando se hayan cumplido con todas las formalidades del testamento público abierto exigidas por la ley.

Completo, porque no se limita a establecer legados como en el caso del testamento público simplificado, sino que se puede disponer de todos los bienes, así como establecer legados, herederos, etc.

9.-La mayoría de la gente no otorga este tipo de testamento por creer que es costoso, pero contrario a lo que generalmente se piensa, el costo del testamento público abierto es mínimo.

10.-La tramitación de la sucesión ante notario puede concluirse en un término de dos meses y, en un máximo de cuatro, la adjudicación de los bienes a los herederos.

UTILIDAD:

La utilidad del testamento público abierto es que otorga tranquilidad al testador, y seguridad jurídica a los herederos y/o legatarios respecto del patrimonio del que el de cujus era titular y éste les ha testado facilitando además a estos últimos los costos de dichos trámites.

CAPITULO SEGUNDO

OBLIGACIONES DEL NOTARIO AL OTORGARSE UN TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

2.1) EL NOTARIO.

A) Breve reseña histórica.

El notario surge de la sociedad en forma espontánea.

Poco a poco se fué considerando un profesional del derecho dedicado a la redacción de documentos.

En Roma aparecen los antecedentes de la función del notario y es donde se encuentra ya un procedimiento a través del cual se salvaguardan los derechos subjetivos plasmados en los documentos emitidos por los diversos funcionarios de entre los cuales podríamos citar al Tabellio, Tabullarius, Scriba, etc.

Se dice que el Tabullarius precedió históricamente al Tabellio, se generalizó la práctica de que al primero se le entregaran testamentos u otros actos.

En esa época el Notario se conocía como Tabellio que surgió con posterioridad al reinado de Alejandro Severo.

El instrumento otorgado por el Tabellio fue cobrando importancia en la Constitución del emperador Justiniano, así se consideraba de carácter fidedigno con pleno valor probatorio al documento

redactado por él.

El **Tabellio** tenía que ser un conocedor de las leyes, redactaba en un protocolo, leía, autorizaba y entregaba el documento a las partes constituyendo así uno de los antecedentes del Notario Latino.

Así, con Justiniano, el **Tabellio** se convirtió en un factor muy importante en la evolución del derecho, aplicándose las normas consuetudinarias interpretadas en el *Corpus Iuris Civilis*.

En la Edad Media el Notario se consolidó como un medio para dar mayor seguridad a las relaciones comerciales; puede afirmarse que en todos los países europeos se produce un ambiente social encaminado a que los escribanos, que siguen existiendo y actuando, refuercen su papel de fideifacientes

En la época precolonial al escribano se le conoció como el **Tlacuilo**, quien era el artesano azteca que dejaba constancia de los acontecimientos por medio de signos ideográficos y pinturas.

Durante la Colonia correspondió al Rey designar a los escribanos por ser una de las actividades del Estado, además de haber sido importante porque desde entonces el escribano daba seguridad a los actos jurídicos.

La escribanía era una actividad privada y los escribanos tenían que hacer sus escrituras en papel sellado, con letra clara y en castellano, sin abreviaturas, ni guarismos y actuar personalmente.

El que practicaba la escribanía era por virtud de un nombramiento otorgado junto con un signo a usarse en los documentos expedidos por el escribano.

En la Ley del 19 de diciembre de 1901 se transformó la función de escribano en la de notario, o sea, que se exigió para ejercer el

oficio tener título de abogado.

Poco a poco se fue consolidando la escribanía en México, debido a los grandes movimientos políticos y sociales.

El maestro Bernardo P. Fernández del Castillo expresa que "el carácter de función pública, el uso del protocolo, la colegiación obligatoria, el examen de admisión, la creación del Archivo de Notarías, y en general la regulación sistemática de la función notarial se inicia con la Ley de 1901, que perfeccionada con la de 1932 y 1945 con pocas variantes, llega hasta la actual"(25)

El notario ha tenido como característica fundamental el ser un conocedor de las leyes y tener fe pública, para auxiliar en las relaciones humanas.

Toda persona se preocupa por la seguridad de sus derechos y es por ello que todos desean encontrar en la función notarial un medio infalible que garantice su tranquilidad respecto al ejercicio de los derechos y al goce de los bienes que le corresponden y, congruentemente con ese deseo, se exige del notario que sea una persona digna de podersele depositar una absoluta confianza.

B) Concepto de Notario.

El artículo 10 de la Ley del Notariado vigente para el Distrito Federal define al notario como:

"...el licenciado en derecho, investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignent los actos y hechos jurídicos...."

Del concepto anterior se desprende que:

1.-El Notario no es funcionario público debido a que no se encuentra dentro de la organización de la administración pública,

no percibe salario con cargo al presupuesto del Estado, ni celebra con este un contrato de trabajo; además, su designación no es por nombramiento sino por examen de oposición.

El Lic. Jesús Zazueta Sánchez señala que "Ante la necesidad que el poder público tiene de contar con personas que sin pertenecer al aparato administrativo, tengan fe pública, a fin de formalizar los actos y contratos que las partes quieran y deban conferirles validez formal. Ante la insoslayable importancia de documentar los actos jurídicos celebrados por los ciudadanos, para no dejarlos a la memoria de los interesados plasmándolos en el protocolo, documentos que pudieran devenir o no en pruebas preconstituídas, la sociedad organizada políticamente ha creado la Institución del Notariado"(26)

2.-El Notario es un licenciado en derecho, es decir, es un perito conoedor de la Ley.

3.-El Notario está investido de fe pública, que es un atributo del Estado, el cual tiene en virtud del ius imperium y es ejercida a través de los órganos estatales y del Notario.

Más adelante se hablará de la fe pública aplicada a los testamentos.

4.-La facultad de autenticar significa que los hechos y actos contenidos en los instrumentos certificados por el Notario, como fedatario, son auténticos.

Froylan Bañuelos señala que "...el notario, al autenticar, certificar, asegura simplemente que determinados hechos son ciertos, que existen o suceden". (27)

5.- Hecho jurídico, en sentido amplio, es todo acontecimiento,
26 Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. Revista de Derecho Notarial. Año XXII Septiembre 1978 Pág. 18.
27 Bañuelos Sánchez Froylan. Derecho Notarial. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1989. Pág. 189.

ya se trate de un fenómeno de la naturaleza o de un hecho del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración, para atribuirle consecuencias de Derecho. En sentido estricto, son aquéllos fenómenos de la naturaleza que producen efectos de derecho independientemente de la voluntad del sujeto.

Acto Jurídico es el que se realiza con la intervención de la voluntad del hombre dirigida expresa y deliberadamente a producir los efectos previstos en la norma jurídica.

2.2) INTERVENCIÓN DEL NOTARIO PÚBLICO EN LA FORMA DEL ACTO JURÍDICO DENOMINADO TESTAMENTO.

A través del tiempo se han impuesto normas que regulan los actos producidos por el hombre, para que así adquieran valor ante el mundo exterior y, en consecuencia, exista seguridad jurídica para quien realiza un acto.

Bonniecasse señala que el acto jurídico "es una manifestación exterior de voluntad bilateral o unilateral, cuya función directa es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente, o al contrario, de efecto limitado que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derecho".(28)

Por lo que respecta al acto jurídico denominado testamento, la voluntad es unilateral, ya que procede de una sola parte (ex uno latere), exigiéndose para la eficacia del referido acto jurídico que el mismo cuente con sus elementos de existencia y de validez.

Los elementos de existencia son:

-Manifestación de voluntad (Consentimiento)

-Objeto

-Solemnidad

Manifestación de voluntad.- Si no hay manifestación de voluntad, no hay testamento. La manifestación debe hacerse por el testador en forma clara y expresa, es decir, no se acepta una manifestación de voluntad tácita que se pretenda deducir de hechos, ni tampoco puede el testador manifestar su voluntad mediante señas o monosílabos contestando a las preguntas que se le hagan.

Objeto.- El objeto puede consistir en la institución de herederos y legatarios o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos.

El objeto debe ser posible, si es imposible, el acto jurídico es inexistente; la imposibilidad puede ser física o jurídica.

En los testamentos el objeto consiste en la transmisión de los bienes que integran el patrimonio de la sucesión, es necesario que estos bienes existan o puedan existir en la naturaleza para que sea físicamente posible su transmisión; cuando los bienes no están ni pueden llegar a existir en la naturaleza hay imposibilidad física.

Pero también debe haber posibilidad jurídica, es necesario que los bienes estén en el comercio, que sean determinados o determinables.

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

El maestro Rojina Villegas establece: "No puede el testador transmitir a título universal o a título particular derechos u obligaciones que se extingan con la muerte"(29)

Solemnidad.- Como elemento necesario para su creación.

Los elementos de validez aplicados al testamento son:

- 1.-La voluntad debe estar exenta de vicios.**
- 2.-El objeto del acto y el motivo o fin de su celebración deben ser lícitos.**
- 3.-El testador debe ser capaz.**
- 4.-La voluntad debe estar exteriorizada en la forma exigida por la ley.**

El primero de los requisitos se refiere a que no exista una creencia equivocada (error), que no haya sido obtenida por engaños (dolo), o que haya sido arrancada (violencia) debido a que anularía el acto.

El segundo se refiere a que tanto el objeto como el motivo o fin por el que se realizó el testamento debe ser lícito y no debe ser contrario a las buenas costumbres.

El tercero se refiere a que el testador debe tener la capacidad que se requiere para hacer un testamento, es decir, a los 16 años o, tratándose del testamento ológrafo a los 18 años.

Por último, la cuarta significa que la voluntad del testador debe exteriorizarse en la forma que la ley exige, es decir ya sea en forma oral o escrita.

El Lic. Bernardo Pérez F. del Castillo señala: "Si el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad, la forma es la manera 29 Rojina Villegas Rafael. Op. Cit. Pág. 305.

como se externa dicha voluntad: es el conjunto de elementos sensibles que envuelven a la expresión de voluntad..."(30)

La forma en la actualidad constituye un requisito medio de gran importancia para la seguridad de las relaciones humanas y las obligaciones que de las mismas emanan, debido a que como lo he dicho es un medio de prueba.

Como se citó en el primer capítulo, el maestro Bernardo Pérez F. del Castillo señala que "la forma es el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico y del contrato".(31)

Para el maestro Ortiz Urquidi, la forma se entiende, "la manera en que éste (el acto) se realiza: verbalmente, por escrito, por mímica (signos inequívocos) o por comportamiento o conducta (tácitamente)".(32)

También es muy importante cumplir con los formalismos que señala la ley al otorgarse el testamento público abierto, y esto viene a ser responsabilidad del notario.

Refiriéndome al testamento público abierto, el artículo 1519 del C.C. para el D.F. habla de formalidades, y el artículo 1520 del mismo Código habla de solemnidades.

Esto es, las solemnidades a que se refiere el artículo 1520, son los mismos formalismos que deben seguirse para otorgar el testamento público abierto.

Así pues la ley está considerando a los formalismos como la misma solemnidad.

Por lo anterior la doctrina distingue dos elementos exteriores del acto: los que son exigidos para su existencia (ad solemnitatem

30 Pérez Fernández del Castillo Bernardo. Op Cit. Pág. 85.

31 Idem. Pág. 68.

32 Bejarano Sánchez Manuel. De las Obligaciones. Ed. Harla. México, 1984. Pág. 85.

causa) y, los que son exigidos para su validez, para probar el acto (ad probationem causa).

El testamento público abierto y, en general, todo tipo de testamento, se encuentra dentro de los actos jurídicos solemnes y formales.

En cuanto a la intervención que tiene el Notario en los actos jurídicos en general, es muy importante su papel, ya que debe cumplir con las formalidades que la ley exige para el acto jurídico.

El Notario da seguridad al cumplir con las formalidades de los actos jurídicos, para organizar ese sistema de seguridad se hace indispensable dictar un conjunto de leyes que regulen la función, y si estas reglas rigen a todos los funcionarios, individual y colectivamente, se concluye que el Estado ha organizado un verdadero cuerpo de autenticadores.

El Notario por la responsabilidad que tiene ante el Estado y ante la sociedad, tiene la obligación de cumplir con lo que la ley disponga, además de que sabe asesorar al autor de la sucesión en el caso del testamento público abierto.

El hecho de atenerse a la memoria del Notario sería una fuente inagotable de litigios y controversias, debido a que las palabras no quedarían plasmadas o registradas de manera segura.

Es por eso que el Estado dicta normas para asegurar al testador que su voluntad se cumplirá.

La intervención del Notario hace que se cumpla con todas las exigencias legales, le da seguridad, confianza y legalidad a dicho acto, otorga facilidad de prueba y validez, dejando a salvo el interés del otorgante del acto, así como de los terceros ajenos al mismo.

El Notario al intervenir en el acto jurídico tiene la responsabilidad

y la obligación de cumplir con los requisitos que se exigen para el acto mismo tanto en el Código Civil como en la Ley del Notariado que regula la función notarial.

Así, la Ley del Notariado regula la manera de cómo debe configurarse esa forma que el Código Civil exige para el acto jurídico de que se trate.

Es importante el punto anterior, debido a que el Notario debe procurar que la forma que la ley exige para algunos actos jurídicos, se realice conforme a derecho, lo que permite no caer en inexistencia del acto o alguna nulidad del mismo.

Para que el exterior conozca esa declaración de voluntad generada en su interior, y adquiera valor ante el mundo, hay que darle forma.

Hay que mostrar la realidad que se revela, presentarla ante el hombre perito en derecho y dador de autenticidad, al que, como ya se ha dicho, se le conoce como Notario o escribano.

La forma en la escritura pública constituye una de las bases fundamentales para la sistematización de la disciplina jurídica notarial, que sirve a su vez para poner en movimiento la función notarial.

El artículo 62 de la Ley del Notariado señala la manera en que deben elaborarse los instrumentos públicos, esto con el fin de que el otorgamiento sea claro y preciso para que no exista confusión ni dudas.

Dicho artículo establece lo siguiente:

Art. 62.- El notario redactará las escrituras en castellano y observará las reglas siguientes: (aplicadas al testamento público abierto)

I.- Expresará el lugar y fecha en que se extienda la escritura, el nombre del testador y sus apellidos y el número de la notaría.

II.- Indicará la hora en los casos en que la ley así lo prevenga (la hora en que el testador otorgó testamento).

IV.- Consignará el acto en cláusulas redactadas con claridad y concisión y sin palabras o fórmulas inútiles o anticuadas (apegándose estrictamente a la voluntad del testador).

VI.- Designará con precisión las cosas que sean objeto del acto, de tal modo que no puedan confundirse con otras; y si se tratara de bienes inmuebles, determinará su naturaleza, su ubicación y sus colindancias o linderos, y en cuanto fuere posible, sus dimensiones y extensión superficial; (es decir, los bienes del testador).

XIII.-Hará constar bajo su fe:

a) Que se aseguró de la identidad del testador y que, a su juicio, éste tiene capacidad legal.

b) Que le fue leída la escritura al autor de la sucesión.

c) Que explicó al autor de la sucesión el valor y las consecuencias legales del contenido de la escritura cuando así proceda.

En sí, las finalidades de la forma instrumental son las siguientes:

1.- Exterioriza la declaración de voluntad del testador.

2.- Da firmeza, seguridad y confianza a las disposiciones hechas por el testador.

3.- Fija definitivamente el carácter jurídico de las relaciones que se contraen en la escritura.

- 4.- Individualiza el tipo de escritura, en este caso es un testamento.
- 5.- Da existencia plena al testamento.
- 6.- Concreta los límites de la voluntad al penetrar en el derecho.
- 7.- Hace perdurable el testamento en el protocolo a menos que exista un testamento posterior a otro.
- 8.- Es medio de fijación formal de las obligaciones para pedir su cumplimiento.
- 9.- Salvaguarda el interés de los terceros

Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que acarrear los actos, en especial el testamento público abierto, por falta de forma, serán independientes de las irregularidades en el instrumento público, es decir, nos podríamos encontrar en el caso de que en un acto se cumpla con la forma que exige la ley, pero puede ocurrir que el instrumento público no cumple con los requisitos que establece la Ley del Notariado.

2.3) INTERVENCIÓN DEL NOTARIO PÚBLICO AL OTORGARSE UN TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.

Hemos dejado establecida la trascendencia que tiene en las relaciones humanas el fallecimiento de un individuo y el que exista una reglamentación jurídica que esté encaminada a dar solución a las vicisitudes originadas por ese acontecimiento.

Conforme al artículo 1511 del Código Civil para el Distrito Federal, el testamento público abierto es el que se otorga ante

Notario.

De dicha definición se desprende que el procedimiento de otorgamiento del testamento público abierto es el siguiente:

1. El testador debe expresar de modo claro y terminante su voluntad al Notario, esto es, debe evitar usar señales y no utilizar monosílabos.

2. El Notario debe redactar las cláusulas por escrito ajustándose estrictamente a la voluntad del testador.

3. El Notario debe leer las cláusulas al testador en voz alta para que esté de acuerdo el autor de la sucesión en que quedó plasmada su voluntad en la escritura tal y como él lo tenía previsto.

4. Deben firmar la escritura el testador y el Notario, esto porque es la manera en la que el testador manifiesta su consentimiento de que lo que quedó plasmado en el testamento fue su voluntad, y.

5. Debe señalarse el lugar, fecha y hora del otorgamiento, esto es muy importante debido a que el testador puede otorgar en el mismo día y con horas de diferencia otro testamento público abierto, por lo que será válido el último testamento otorgado por el testador, conforme al artículo 1512 del Código Civil para el Distrito Federal.

Asimismo, el Notario debe tomar en cuenta los siguientes principios:

1. Que no pueden testar en un mismo acto dos o más personas, (artículo 1296 del C.C. para el D.F.) esto debe hacerlo ver el Notario al testador o testadores, pero como ya se ha comentado, existe excepción tratándose del testamento público simplificado. (artículo 1549 F II Código Civil para el Distrito Federal).

2. Ni la subsistencia del nombramiento de heredero o legatario, ni la designación de cantidades que les correspondan puede dejarse al arbitrio de un tercero, recordando que existe una excepción cuando el testador deja como herederos a un grupo indeterminado de personas como puede ser la Beneficencia Pública, en la que un tercero podrá determinar el reparto de la herencia.

3. La disposición hecha en términos vagos en favor de los parientes del testador se entenderá que se hará conforme a la sucesión legítima.

4. La disposición hecha en una "cláusula expresa" que resulte errónea, si ha sido la misma que determinó la voluntad del testador, no tendrá efecto.

5.-Igualmente el Notario, al intervenir en el testamento público abierto, debe asegurarse de la capacidad del compareciente, en el entendido de que, como ya he mencionado, podrán testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe hacerlo.

Tienen incapacidad para testar en los testamentos en general:

- Los menores de 16 años.
- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio (exceptuándose el demente que en un momento de lucidez puede hacerlo).

El Notario está obligado a juzgar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento del testamento.

La intervención del Notario en el testamento público abierto es de gran importancia, ya que ante él se otorga y, por lo mismo, él es el que escucha al testador y se informa de la intención y la voluntad que éste tiene para dejar sus bienes, derechos y obligaciones a las personas que él quiera, para después de su

muerte.

El Lic. Agustín Basave establece: "Todo cliente que acude a una Notaría espera del Notario una fidelidad a toda prueba. Le importa más que la entrega del dinero, la entrega de la confianza. El Notario es un depositario de su confianza".(33)

2.3.1) ASESORÍA DEL NOTARIO PÚBLICO EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.

Asesorar significa dar alguien consejo o información sobre asuntos de su competencia, tomar consejo o información de alguien competente en la materia.

Asesoramiento jurídico es el patrocinio que proporcionan los abogados, tanto los que ejercen libremente su profesión, como los que prestan sus servicios en el sector público, a las personas que requieren de sus conocimientos técnicos para resolver problemas jurídicos y legales.

El testador al presentarse ante el Notario para otorgar su testamento público abierto, comienza a declarar su voluntad, manifestando a qué personas desea dejar sus bienes, y derechos y a quiénes imponer obligaciones para cuando él muera.

El maestro Carral y de Teresa, señala "...el notario es ese profesional del Derecho, le impone la obligación de ilustrar a las partes en materia jurídica, y de explicarles el valor y las consecuencias legales de los actos en que intervenga..."(34)

33 Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. Revista de Derecho Notarial. Año XX Junio 1976 Pág. 21.

34 Carral y de Teresa, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. Ed. Porrúa, S.A. México 1989. Pág. 45.

El Notario se caracteriza como profesional del Derecho al que se le exige inteligencia y cultura , ya que él hará la selección de todo el conjunto de normas jurídicas aplicables al acto del testamento.

La obligación que se le ha impuesto al Notario es la de instruir a las partes y de dirigir las voluntades, así como la de redactar correctamente el instrumento público.

El notario por los conocimientos jurídicos que adquiere en su preparación para el examen de oposición al que debe someterse, y por la experiencia que adquiere con el continuo contacto a diario con los hechos y actos, va adquiriendo una sólida formación jurídica.

De esta forma hace que las personas confíen en su consejo y en el asesoramiento que él ofrece.

El Notario interpreta las normas en su calidad de perito en Derecho para dar una solución a los casos que se le plantean.

Esto hace que el Notario, por lo mismo, esté actualizado, teniendo presente la legislación, la jurisprudencia y criterios administrativos que se vinculan con casi todas las materias jurídicas.

El Notario redacta el testamento en forma jurídica, insertando en él las cláusulas necesarias, desarrollando así su labor de perito en Derecho.

La redacción de las cláusulas del testamento debe ser bajo su responsabilidad, usando la debida propiedad y sencillez en el lenguaje, para que así el testamento público abierto sea eficaz.

El Lic. Ríos Hellig señala "en el notariado latino la preparación del notario juega un papel muy importante, ya que la redacción de

los instrumentos está bajo su responsabilidad y debe tener un conocimiento de todas las ramas del Derecho".(35)

Debe de plasmar claramente en términos jurídicos la voluntad del testador y asesorarlo en relación a quiénes desea dejar como herederos, legatarios, imponer obligaciones, cargas, nombrar albacea, etc.

El autor de la sucesión proporciona la materia prima para que el Notario la moldeé, le dé forma jurídica, y ya moldeada y con forma jurídica pueda producir los efectos que el testador quiera alcanzar.

Es posible que la persona que pretende hacer testamento público abierto acuda ante el Notario con el fin de expresar su voluntad y que ésta quede plasmada tal y como se lo manifestó al Notario, en ese caso podrá ser que el testamento no se ajuste a lo que en realidad quiere el testador.

Pero si el Notario ahonda y analiza lo que realmente quiere el testador, es posible que llegue a determinar en forma precisa lo que aquél realmente desea dejar plasmado en el testamento público abierto.

El Notario tiene entonces que moldear esa voluntad para que produzca en el campo del derecho los efectos a que el testador aspira.

Tiene la labor de asesorar al testador, interpretar su voluntad y encauzarla dentro de los lineamientos jurídicos que la hagan apta para ser objeto de un instrumento notarial.

2.4) SEGURIDAD JURÍDICA QUE OTORGA EL NOTARIO PÚBLICO EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.

Ya se ha definido al testamento como un acto jurídico personalísimo revocable y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara y cumple deberes para después de su muerte, acto que al otorgarlo aquella ante Notario, busca principalmente seguridad jurídica.

Como lo he señalado en el primer capítulo de esta tesis, para mí el testamento público abierto es el único testamento completo y perfecto que puede otorgar seguridad jurídica al testador.

Las razones son varias, pero principalmente porque se otorga ante Notario, y aunque el testamento público cerrado y el testamento público simplificado también se otorgan ante él, en el primero no interviene el Notario en la redacción del testamento, y en el último sólo se pueden instituir legados.

El Notario como perito en derecho está actualizado en conocimientos jurídicos, y sabe cómo dar forma al acto jurídico conforme a lo que exigen el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles y la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

El Notario al escuchar al testador en el momento en que éste otorga un testamento público abierto, interviene para dar al Derecho una misión de paz y armonía social, el Notario siempre tratará de que la voluntad del testador sea fiel reflejo de la voluntad individual y sea exacta con las normas de Derecho

escrito.

El Lic. Asprón Pelayo establece en relación al testamento público abierto lo siguiente: "El único que permite hacer un testamento con toda la asesoría que se requiera y, además, es perfecto desde el momento de su otorgamiento, en virtud de no requerir de ser declarado formal testamento, lo cual la ley consideró innecesario en virtud de que está redactado por un perito en derecho investido de fe pública, el notario..."(36)

El testador deposita su confianza en el Notario para que éste le otorgue garantía de verdad y seguridad al testamento.

Como persona perito en Derecho el Notario debe tratar de comprender y entender lo que el testador pretende expresar en su testamento, para así estipular en las cláusulas del mismo las disposiciones que el autor de la sucesión desea dejar plasmadas como su última voluntad, con el objeto de trazar el camino adecuado a fin de que se cumpla sin ninguna oposición con lo que el testador disponga.

El maestro Luis Carral y de Teresa dice que "por eso un notario consciente y honesto se convierte en el consejero y el instructor de los clientes que ya se han acostumbrado a no decidir nada que se relacione con sus intereses, sin escuchar y seguir el prudente consejo de su notario"(37)

Un buen Notario siempre llamará la atención sobre algunas circunstancias o consecuencias que probablemente el testador no se imaginaba.

Es muy importante que el testador quede plenamente satisfecho con las aclaraciones y consejos del Notario y que el testamento público abierto se otorgue con los formalismos exigidos por las

36 Asprón Pelayo Juan M. Op. Cit. Pág. 41.

37 Carral y de Teresa, Luis. Op. Cit. Pág. 47.

leyes.

Los Notarios son los profesionales del Derecho, no el testador, cuya voluntad llega a la notaría deformada por la impreparación y muchas veces ocultando la verdadera intención, que será la que más tarde quede plasmada en el testamento.

Lo que resalta en el testamento público abierto, que se otorga ante Notario, es la seguridad y la firmeza que se da al realizar el Notario el análisis de la voluntad del testador, él hace la perfección jurídica de la voluntad del testador, para lo cual efectúa juicios de capacidad, de identidad etc., así como el proceso formal que persigue un fin de seguridad.

Se podría pensar que una persona puede ser asesorada por un abogado el cual se considera que tiene los conocimientos jurídicos suficientes para asesorar a una persona para redactar un testamento.

El abogado, como profesionista, posee conocimientos jurídicos y legales que conforme a derecho los aplica a los actos que se lleven ante él, asesora al testador, y ante el abogado también se otorgan diversos actos jurídicos, pero a diferencia del Notario, el abogado no posee la fe pública que el Estado otorga al notario, lo que hace que el Notario otorgue a su cliente la seguridad jurídica de que verdaderamente esa fué la voluntad del testador.

Además, como ya lo he mencionado, el principal requisito o formalidad del testamento público abierto es que éste se puede otorgar exclusivamente ante Notario, y no solo ante un abogado que no tenga la patente de Notario.

La voluntad del testador queda perfectamente plasmada, objetivamente traducida en el instrumento, el Notario desvanecerá

toda ulterior posibilidad de surgimiento de conflicto.

El Lic. Jesús Zazueta dice: "... el Notario no sólo es hacedor de documentos, consejero legal, inspirador de seguridad y confianza, funcionario público, auxiliar fiscal y perito en derecho, sino coadyuvante y custodio de la justicia".(38)

Podríamos hablar de los testamentos ológrafo, cerrado, o cualquiera de los testamentos especiales, en los cuales un abogado puede ayudar o asesorar a redactar el testamento al autor de la sucesión, y obviamente quedará mejor redactada y con mayor claridad la voluntad del testador, pero es muy raro que ante un abogado, sin que sea Notario, se otorgue un testamento.

En este sentido, al Notario lo considero como el abogado especialista en asesorar al testador al otorgar un testamento, específicamente hablando del testamento público abierto, ya que el Notario además tiene una responsabilidad ante el Estado y, en caso de faltar a esa responsabilidad se le pueden imponer varias sanciones de las que, la que considero la más importante es la pérdida de la patente de Notario.

En cambio, tratándose de un abogado no pierde ninguna patente otorgada por el Estado, no tiene la misma responsabilidad que tiene un Notario.

El Notario es quien le da a conocer al autor de la sucesión lo que es necesario incluir, eliminar o modificar en el testamento.

De esta manera el Notario con su actividad creadora y pensante, adecuará la voluntad del testador a su realidad social y económica para que no exista ninguna controversia o alguna laguna en las cláusulas al interpretar el testamento.

La seguridad jurídica que otorga el Notario en el testamento público abierto viene siendo el soporte imprescindible de la justicia y del orden social, para evitar conflictos familiares y, sobre todo, para evitar la sucesión legítima.

Como sabemos, la muerte de una persona da lugar a la transmisión de la herencia a otra persona, esto es, el cambio de sujeto.

Lo que produce el cambio de una a otra situación requiere seguridad jurídica, la cual es otorgada por el Notario, porque garantiza previsión y salvaguarda, lo que constituye una misión y una responsabilidad por parte de él.

La seguridad que otorga el Notario en esta forma de testamento hace que se logre, como resultado, que se cumpla la voluntad que realmente desea el testador.

El testamento público abierto, al encontrarse plasmado en el protocolo del Notario, le da el carácter de auténtico y fehaciente debido a que queda autorizado el testamento con el sello y firma del Notario.

También lo que se garantiza al intervenir el Notario en el testamento público abierto es que asegura que en el acto jurídico no habrá algo contra la ley.

El Notario, como se ha dicho, aconseja, asesora, busca soluciones que permitan llegar al fin deseado por el testador dentro del marco de la ley.

La intervención del Notario en el testamento público abierto y la seguridad jurídica que otorga al testador, son parte de su actividad de interpretación jurídica, considerada por la capacitación jurídica del Notario, la cual ofrece al autor de la sucesión un servicio eficiente por su intervención en el acto para

que así el testamento, no solo sea auténtico y verdadero, sino, además, plenamente eficaz.

"...Las funciones notariales son de imprescindible necesidad para completar la hermenéutica jurídica, su labor al ser la única del Estado no alimentada por la política, recoge la necesidad jurídica de la determinación constitutiva de situaciones y relaciones que por ellas nacen para el derecho y mantendrán su obligada continuidad genuinamente equilibrada y creadora de seguridad jurídica capaz de constituir la prueba mas plena en un procedimiento."(39)

FE PUBLICA

Una de las razones principales por las cuales el Notario otorga seguridad jurídica al testador, es por la fé pública que el Estado le otorga.

Conforme se fueron dando las relaciones humanas, los actos jurídicos que se realizaban, fue necesario que se probara su ejecución .

El Lic. Ríos Hellig señala que "surgió la necesidad de la seguridad jurídica en la realización de los actos jurídicos y esto se satisfizo en la fé pública..."(40)

Esto es, por la complejidad de las relaciones jurídicas que la mayoría de los ciudadanos no puede presenciar y necesitan ser creídos para ser aceptados, se crea el sistema de la fé pública.

El vocablo fe es sinónimo de certeza o seguridad, es decir, creer en algo que no nos consta, que no hemos percibido por alguno de los sentidos.

39 Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. Revlsta de Derecho Notarial. Año XXIV
Noviembre 1980 Pág. 88.

40 Ríos Hellig Jorge. Op Cit. Pag. 1.

Fe significa creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos.

El maestro Luis Carral y de Teresa señala: "Según el origen de la autoridad, la fe es religiosa o humana. La religiosa es la que proviene de la autoridad de Dios que ha revelado algo a los hombres. La humana proviene de afirmaciones hechas por el hombre"(41)

Se consideran dentro de la fe humana a los documentos privados firmados por particulares y que carecen de fe pública, pero si el documento proviene de una autoridad pública será un documento que tiene aparejada la fe pública.

Escríbe en su diccionario de Legislación y Jurisprudencia define la fe pública como: "La creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice; la palabra que se da a la promesa que se hace a otro con ciertas solemnidades o autenticidad; la confianza y seguridad que uno tiene de conseguir la cosa deseada o prometida; el dictamen de la conciencia en cuya acepción se llama fe, la persuasión en que uno está de que una cosa es suya o ajena, la equidad considerada en los contratos; la seguridad o aseveración de que una cosa es cierta y el testimonio o certificado que da la certeza de alguna cosa".(42)

Jurídicamente la fe pública significa la existencia de una verdad oficial.

La fe desde el punto de vista jurídico es obligatoria, pues los instrumentos públicos son expedidos por fedatarios o autoridades, lo que hace que se conviertan en auténticos porque el Estado obliga a tenerlos por ciertos.

Así el Notario otorga seguridad jurídica en el testamento público

41 Carral y de Teresa, Luis.Op Cit. Pág. 63.

42 Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Tomo II. Pág 976

abierto debido a la fe pública que posee y la cual siempre debe constar en forma documental, la tiene y crea el Estado con el fin de brindar seguridad jurídica.

La fe pública en el testamento público abierto se puede considerar como:

-Una presunción legal de que es verdad lo que se contiene en el testamento.

-Un imperativo jurídico que significa que es forzoso tener por cierto lo que se contiene en el testamento.

-La seguridad otorgada por el Estado para afirmar que el testamento público abierto otorgado ante Notario es verdadero.

De esta forma, el concepto jurídico de fe pública es la necesidad de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ellos.

El maestro Bernardo Pérez F. del Castillo, dice " que la fe pública del notario no es más que una especie de la fe pública estatal, así establece que se habla de fe pública notarial".(43)

Por lo tanto, la fe pública notarial es una facultad del Estado otorgada por la Ley al Notario.

La fe pública que otorga el Notario garantiza al Estado y a la sociedad que el acto se otorgó conforme a derecho, dando así seguridad jurídica.

La fe pública es la garantía que da el Estado a la sociedad de que determinados hechos que interesan al derecho son ciertos.

El maestro Luis Carral y de Teresa considera tres requisitos básicos de la fe pública, los que hacen que en el caso del

testamento público abierto se considere perfectamente bien otorgado; esos requisitos son:

1.- La evidencia, es la relación que existe entre el autor de la sucesión y el autor del instrumento notarial, esto es, la relación entre el quien y el ante quien.

El autor del instrumento es la persona de quien dimana la fe al destinatario, esto es, el Notario, quien recibe el otorgamiento del testamento y da fe de éste.

El autor del testamento es la persona que para él es evidente el acto, por lo tanto, es obvio que no recibe el acto, sino que recibe la fe.

El Notario cumple con la seguridad jurídica que otorga en el testamento público abierto, cuando a dicho testamento le da autenticidad conforme a las leyes, revistiéndolo de solemnidad y forma legal.

2.-Objetivación, significa que todo lo que el autor de la sucesión manifiesta al Notario, deberá ser plasmado por éste último en un instrumento, esto es, debe constar por escrito dentro de un protocolo.

Se refiere a una objetivación física que produce la fe escrita.

Como lo dije antes, si el Notario dejara grabado el testamento en su memoria, sería imposible que el Notario retuviera todo lo manifestado por cada testador que se presentare ante él a otorgar un testamento, pues como señalé al hablar del testamento militar, no hay seguridad cuando el testador le manifiesta su última voluntad a un compañero militar, lo que hace que se presenten conflictos entre los supuestos herederos y obviamente se llegue a un juicio sucesorio.

3.-Coetaneidad, se refiere a que tanto la evidencia, la forma en

la que deben aplicarse las normas exigidas por las leyes para otorgar el testamento público abierto y la objetivación, se realicen al mismo tiempo, ya que todo esto en conjunto es la garantía para el futuro valor probatorio del documento, en este caso, hablando del testamento público abierto.

La fe pública debe ser exacta e íntegra; exacta en cuanto a que se haga la adecuación de la narración del testador, y la integridad se refiere a estatizar el acto para el futuro, lo cual debe hacerse en un documento.

En relación con lo anterior, la fe pública se encuentra establecida para ser aceptada por los que no ven o no les consta directamente la veracidad del contenido del instrumento.

El maestro Carral y de Teresa establece: "La integridad es la exactitud, pero no como verdad del espejo o fotografía instantánea, sino la verdad hecha piedra inmóvil en la escultura"(44)

También existen dos tipos de fe pública, la originaria y la derivada:

En el caso del testamento público abierto nos encontramos dentro de la fe pública originaria, que se da cuando el acto se traslada al papel en forma de narración, esto es, el Notario da fe del otorgamiento de un testamento. Por lo tanto, hemos visto que la fe pública es única y el Estado la ejerce ya sea por sí mismo o bien la delega a servidores públicos o a particulares.

La fe pública derivada es aquella en la que que el fedatario actúa sobre documentos, ejemplo: cuando el Notario simplemente protocoliza el acuerdo del consejo de administración de una sociedad.

Por lo tanto, la fe pública en general y en especial hablando de la fe pública notarial, busca un fin de seguridad.

CAPITULO TERCERO

EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO COMO UNA FORMA DE SIMPLIFICAR EL PROCESO SUCESORIO

3.1) CONCEPTO GENERAL DE SUCESIÓN.

Existen dos conceptos de sucesión, uno amplio y otro restringido.

En sentido amplio y dentro siempre de la esfera de lo jurídico, Savigny lo define como " el cambio meramente subjetivo en una relación de derecho, es decir, cambio del sujeto pero no del objeto de la relación". (45)

En sentido limitado se define como una subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra.

El concepto amplio de sucesión comprende la producida por actos inter vivos y el concepto limitado a la sucesión mortis causa, la cual será el punto a desarrollar.

La palabra sucesión deriva del latín "succedere". La sucesión mortis-causa significa cambio de titular en los bienes y derechos de otra persona que ha dejado de existir.

El concepto limitado (mortis-causa), ocurre cuando un sujeto sustituye el patrimonio de otro sujeto que ha fallecido, esto es, lo sucede, se convierte en el nuevo titular del patrimonio de la

45 Arce y Cervantes José. Op. Cit. Pág. 1.

persona que ha muerto.

Partiendo del concepto anterior, para que se pueda generar la sucesión, es necesario que se reúnan los siguientes elementos:

1.- La existencia de un patrimonio que pertenecía a una persona, cuyo contenido consista en derechos y obligaciones (bienes, cosas) y que tengan una valoración económica.

2.- Que el titular del patrimonio deje de existir, esto es, que fallezca y se convierta en el de cujus o causante. No existe transmisión hereditaria sin la muerte de la persona, la muerte es la causa.

El maestro Ibarrola establece: "El muerto es aquel de cujus successione agitur (de cuya sucesión se trata, es el autor de la herencia..." (46)

3.- La existencia de una o varias personas, las cuales puedan ser los nuevos titulares del patrimonio del de cujus, a los que se les denomina herederos o causahabientes y quienes van a ser los continuadores de la personalidad económica del difunto.

4.- Se llame al heredero a suceder, que sea llamado a la herencia.

El maestro José Arce y Cervantes dice que "debe existir un fundamento de vocación o sea un supuesto de hecho al cual la ley une la consecuencia de que la persona que se halla en esta relación de hecho puede ser heredero del fallecido"(47)

La sucesión se funda en la necesidad de que un patrimonio no quede desprovisto de su titular, de dar estabilidad a la familia y fijeza a la economía.

46 De Ibarrola Antonio. Op. Cit. Pág. 623.
47 Arce y Cervantes José. Op Cit. Pág. 2.

Dentro de la sucesión se dan algunas situaciones que deben cumplirse:

-Todos los bienes, derechos y obligaciones del difunto, se transmiten al heredero en las mismas condiciones en las que se encontraban antes de la muerte de la persona.

De lo anterior se desprende que, así como el difunto respondía de sus deudas con su propio patrimonio, el heredero debe y tiene la obligación de pagar a todos los acreedores del de cujus hasta el monto del patrimonio heredado.

Es obvio que el patrimonio del de cujus va a formar parte del patrimonio del heredero, es decir, se hará uno solo, habrá una fusión, pero hasta en tanto no se realice el pago de deudas del difunto, como el pago a los acreedores del autor de la sucesión, reparto de bienes establecidos como legados etc., la fusión no podrá realizarse.

Habrà una división de ambos patrimonios con el objeto de evitar, como se establece en el principio anterior, que acreedores del difunto se cobren sobre el patrimonio del heredero.

El heredero sucede a la persona que fallece, la cual ha dejado un patrimonio.

-En el patrimonio del de cujus existe una unidad, esto es, el hecho de distribuir los bienes entre los herederos o legatarios, no significa que el patrimonio se divida, este hecho implica solamente la participación de varias personas en esa unidad.

Todos los herederos tienen derecho a la masa hereditaria, aunque cada uno tenga mayor cantidad de bienes. Los herederos y legatarios tienen un derecho dentro de esa unidad.

La transmisión del patrimonio no se hace en partes, siempre existe la universalidad y se transmite completamente.

-El heredero no puede ser temporal, esto es, el heredero no puede aceptar o repudiar la herencia por un tiempo determinado o sólo por una temporada.

Una vez que el heredero acepta o repudia la herencia no podrá cambiar de opinión. La aceptación o repudio son irrevocables (artículo 1670 C.C. D.F.).

De esto se deriva el principio de "una vez heredero, siempre heredero".

Por lo tanto, el heredero va a ser el continuador de la personalidad económica del de cujus.

3.2) FORMAS DE SUCEDER EN SUCESIÓN MORTIS CAUSA.

Como ya lo mencioné anteriormente, existen dos formas de sucesión, pero me referiré a las dos formas en la que las personas pueden suceder en la sucesión mortis-causa.

La herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte (art. 1281 C.C. para el D.F.).

La herencia se defiere, esto significa la manera en que se transmiten las relaciones jurídicas del difunto a otra persona que sigue viviendo.

La Enciclopedia Salvat define la palabra deferir como: "Adherirse al dictamen de uno, por respeto, modestia o cortesía".(48)

En relación con la definición de herencia, el artículo 1282 del mismo Código establece que la herencia se defiere por la voluntad (48 Enciclopedia Salvat. Diccionario. Tomo IV. Salvat Editores, S.A., Barcelona, 1971. Pág 1015.

del testador o por disposición de la ley.

Al primer caso, como se ha dicho, se le denomina sucesión testamentaria y, al segundo, sucesión legítima.

Tratándose específicamente de la sucesión testamentaria, las formas en las que una persona puede suceder al testador son:

- 1) Sucesión a título universal.
- 2) Sucesión a título particular.

1.- La sucesión a título universal se da cuando el de cujus manifestó su voluntad designando al heredero para que éste lo suceda en todo su patrimonio, incluyendo las cargas que aquél le imponga en el testamento.

El heredero a título universal responde de las deudas del difunto sólo hasta la cuantía del patrimonio heredado.

A esta forma de sucesión se le conoce como *successio in jus*.

Cuando una persona sustituye al de cujus en todo el patrimonio, o en parte de él, se le da el nombre de heredero.

El Lic. Ibarrola establece: "El heredero es un continuador del patrimonio, tanto en sus relaciones activas como pasivas" (49)

El artículo 1284 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "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 heredero debe ser instituido designándolo por su nombre y apellido, pero si existen varios que tuvieren el mismo nombre y apellido, se agregarán otros nombres y circunstancias que distinguan al que se requiere nombrar (artículo 1386 C.C. para el D.F.).

La figura del heredero satisface la exigencia social, a saber, la de poner en el puesto del difunto a una persona que recoja los bienes y que continúe las relaciones jurídicas de éste; que se haga cargo de sus deudas.

2.- La sucesión a título particular se da cuando en el testamento la persona manifestó su voluntad, asignando solo una parte alícuota de su patrimonio a otra persona.

Cuando la persona sustituye al difunto a título particular se le da el nombre de legatario, pero el Código Civil establece que cuando la herencia se distribuya en legados, todos los legatarios serán considerados como herederos (artículo 1286 del Código Civil para el Distrito Federal), siempre y cuando se tenga la seguridad de que el testador únicamente era dueño de los bienes que testó en forma de legado.

En relación a lo anterior, el Lic. Juan M. Asprón Pelayo dice: "considero que esta regla difícilmente se podrá probar, ya que no se podría demostrar que el autor de la herencia no tenía más bienes que los ya inventariados.."(50)

El artículo 1285 del Código Civil para el Distrito Federal, expresa: "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".

Esta forma de suceder únicamente se puede dar en la sucesión testamentaria, los legados no se pueden dar en la sucesión legítima ya que ahí solo se nombran herederos.

El maestro Ibarrola señala: "Los legados siempre se instituyen en el testamento"(51)

50 Asprón Pelayo Juan M. Op. Cit. Pág. 69.
51 De Ibarrola Antonio. Op. Cit. Pág. 809.

"En los legados el testador hace uso en nuestro derecho de la más amplia libertad testamentaria"(52)

El legado significa una disminución del patrimonio que ha de recibir el heredero ya sea como una liberalidad o a veces como una forma jurídica de cumplir con una obligación.

El legatario adquiere un bien determinado o determinable, sin responder de las relaciones pasivas patrimoniales del autor, como sucede con el heredero.

Esto es, el legatario sólo recoge un conjunto de cosas determinadas individualmente.

El legatario hereda solo una cosa específica que el testador designó en el testamento.

"El heredero dice Ferrara, recoge un universum jus del difunto o una cuota o fracción de esa universalidad, la adquisición por parte del heredero la califica de colectiva, simultánea y unitaria. Lo primero, porque recibe todos los bienes transmisibles, lo segundo, porque entran al mismo tiempo en el nuevo patrimonio, y lo tercero, porque la adquisición se realiza uno actu (de un solo golpe), en relación con todos los bienes"(53)

Las cargas a que se refieren los artículos 1284 y 1285 se refieren a que el testador puede gravar con legados a los herederos e imponer cargas a los legatarios.

El testador puede imponer a un heredero que entregue un determinado bien a otra persona.

En este caso se le está imponiendo una carga al heredero de entregar un bien en legado.

Igualmente, el testador podrá imponer cargas a los legatarios,

**52 De Ibarrola Antonio, Op. Cit. Pág. 808.
53 Idem. Pág. 633.**

siempre y cuando las cargas sean inferiores al valor de la cosa legada.

La clasificación de heredero y legatario señala Ibarrola, "no se hace por la cantidad de bienes que cada uno recibe, sino por el modo como es llamado a gozar y recoger"(54)

3.3) TRAMITACIÓN DE UNA SUCESIÓN POR TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO CONFORME AL CÓDIGO CIVIL Y AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL D.F.

De acuerdo con el sistema romano la transmisión se produce con la aceptación de la herencia; el germánico señala como momento de esta transmisión el de la muerte del causante.

La acción de petición de herencia se deducirá por el heredero testamentario o abintestato, o por el que haga sus veces en la disposición testamentaria y se da contra el albacea o contra el poseedor de las cosas hereditarias con el carácter de heredero.

El Lic. Rafael de Pina señala: "La petición de herencia se ejercitará para que sea declarado heredero el demandante, se le haga entrega de los bienes hereditarios, con sus acciones, sea indemnizado y le rindan cuentas".(55)

El Código Civil para el Distrito Federal define al testamento en su artículo 1295 como "el acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte".

54 De Ibarrola Antonio. Op Cit. Pág. 635.

55 Pina Rafael. Derecho Civil. Editorial Porrúa. Pág. 282.

Se entiende que el testamento no es simplemente un acto de transmisión de bienes, puesto que es evidente que puede tener, y tiene, en la generalidad de los casos, un contenido mucho más complejo.

El testamento no es un acto de naturaleza exclusivamente patrimonial, puesto que es susceptible de admitir disposiciones de carácter bien distinto.

Así es, se distingue un contenido típico del testamento y un contenido atípico, el primero está constituido, desde luego, por las disposiciones de naturaleza patrimonial; pero esto no excluye el reconocimiento en el testamento de un contenido atípico, constituido por las disposiciones que carecen de esta naturaleza.

Partiendo de estas ideas la tramitación de una sucesión mortis causa por testamento público abierto, puede hacerse en forma judicial o extrajudicial, es decir, esta última ante Notario.

TRAMITACION EXTRAJUDICIAL O NOTARIAL:

El capítulo VIII del título XIV del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, determina cuándo una sucesión testamentaria podrá ser extrajudicial, permitiendo dicha posibilidad en su artículo 872 que textualmente señala:

"Artículo 872.-Cuando todos los herederos fueren mayores de edad y hubieren sido instituidos en un testamento público, la testamentaría podrá ser extrajudicial, con intervención de un notario, mientras no hubiere controversia alguna..."

Según el citado artículo son necesarios tres requisitos:

1.-Que los herederos sean mayores de edad.

Respecto a este requisito Arce y Cervantes señala que "los herederos sean mayores de edad, es que no necesitan estar

representados ni protegidos por el Ministerio Público".(56). Es decir, aún cuando el heredero sea mayor de edad, además deberá gozar de capacidad de ejercicio, vgr. que no sea interdicto.

2.-Que hayan sido instituidos en testamento público abierto.

Aun cuando el artículo antes citado no menciona textualmente al testamento público abierto, es éste el que debe de existir, o bien, el testamento público simplificado, para la tramitación extrajudicial que nos ocupa, ya que tratándose de los demás testamentos públicos como son el cerrado y el ológrafo, el propio Código Civil y el de Procedimientos Civiles regula su tramitación en forma inicialmente Judicial, aunque después pueda ser extrajudicial.

3.-Que no exista controversia entre ellos.

Esto es, si existe controversia entre los herederos o alguno de los herederos está en desacuerdo, el Notario suspenderá inmediatamente la tramitación de la sucesión para que la misma se tramite en forma judicial.

Contando con los tres requisitos señalados se estará en posibilidad de acudir a un Notario Público ante quien, según el artículo 873 del C.P.C., se deberá exhibir el testimonio correspondiente al testamento público abierto o simplificado de que se trate, y el acta de defunción correspondiente al testador.

El Notario una vez que haya recibido el testimonio del testamento en cuestión y el acta de defunción correspondiente, deberá, en términos del artículo 80 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, solicitar y recabar de las oficinas del Archivo General de Notarías y del Archivo Judicial del Distrito Federal, una información acerca de si éstas dependencias tienen registrado testamento otorgado por la persona de cuya sucesión se trate y, en su caso, 56 Arce y Cervantes José. Op. Cit. Página 201.

su fecha.

Una vez que el Notario haya obtenido la información citada, siempre y cuando dicha información confirme que el testamento que al Notario Público se le exhibió es el último, el propio Notario procederá a elaborar en el protocolo a su cargo una escritura pública, que en la práctica se denomina de "Radicación de sucesión", o de una forma más correcta "Iniciación de sucesión testamentaria", en la cual los herederos o legatarios se reconocerán sus respectivos derechos hereditarios, y el albacea aceptará su cargo y procederá a formar el inventario.

La aceptación es un acto jurídico irrevocable, a través del cual una persona designada como causahabiente de una sucesión manifiesta unilateralmente su voluntad de asumir la calidad de sucesor, sea a título universal o particular, según el caso, con todas las consecuencias que dicho carácter origina, tanto retroactivamente como para el futuro.

Una vez suscrita y firmada la referida escritura, el Notario Público deberá dar a conocer las declaraciones contenidas en la misma escritura por medio de dos publicaciones, que se harán de diez en diez días, en un periódico de los de mayor circulación en la República, según lo ordena el 2do. párrafo del artículo 873 del Código de Procedimientos Civiles.

Las publicaciones se hacen con el fin de hacer saber a los acreedores del autor de la sucesión, en caso de que existan, que aquél falleció o porque pueda haber alguien con mejor derecho a heredar.

Una vez firmada la escritura, el albacea de la sucesión deberá tener formulado el inventario de los bienes sucesorios y presentárselo al Notario Público para su protocolización.

El inventario de la sucesión, según el Código de Procedimientos

Civiles, deberá mencionar y describir con toda claridad y precisión los bienes pertenecientes a la sucesión de que se trata en el orden siguiente:

Dinero, alhajas, efectos de comercio o industria, semovientes, frutos, muebles, raíces, créditos, documentos y papeles de importancia, bienes ajenos que tenía en su poder el finado en comodato, depósito, prenda o bajo cualquier otro, expresándose éste. (artículo 820 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

El albacea deberá acreditar ante el fedatario correspondiente la propiedad que respecto de los bienes inventariados tenía el testador, lo cual deberá comprobarse con los testimonios de las escrituras de propiedad, facturas o algún otro documento válido que acredite dicha propiedad.

El Notario Público procederá a elaborar una escritura pública para protocolizar el inventario, la cual deberá ser firmada por el albacea y los herederos y/o legatarios si están conformes con el inventario formulado.

La parte final del artículo 678 del Código Civil establece "...toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese".

Nuestra legislación no define "el beneficio de inventario", por lo que configuremos la noción de dicha expresión conforme a la teoría de Binder. Mediante dicho beneficio de inventario también llamado "beneficium separationis" se INDIVIDUALIZAN los bienes relictos inventariándolos, se ponen en administración y se liquidan las obligaciones que les afectan, quedando luego el activo remanente para el heredero; la responsabilidad por deudas hereditarias AFECTA SOLO A LOS BIENES RELICTOS.

Una vez suscrita dicha escritura pública se procederá a elaborar una escritura de partición de bienes y adjudicación de los mismos, pero previamente el Notario Público deberá cumplir con determinados requisitos para ello, como la solicitud y obtención de un certificado de existencia o inexistencia de gravámenes y de avalúos.

La obtención del referido certificado es con el fin de:

1) Confirmar que el inmueble materia de partición y/o adjudicación es el que formó parte del inventario protocolizado y cuyo título de propiedad se le exhibió al Notario Público.

2) Que el testador fallecido es el titular registral o que el titular registral es el cónyuge del testador fallecido con quien contrajo matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal.

3) Que el inmueble se encuentra libre de todo gravamen o existe algún gravamen o limitación de dominio.

4) Para que se asiente el aviso preventivo a que se refiere el artículo 3016 del Código Civil para el Distrito Federal y disposiciones correlativas de las demás entidades federativas de la República Mexicana.

La realización y obtención del avalúo es con 2 fines:

1.-Fiscal.-Porque el resultado del avalúo es la base para calcular los impuestos que se causan.

2.-Porque, como se dijo, la herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario y habrá que determinar el importe de los bienes relictos para valorarlos y diferenciarlos de los del heredero.

Respecto a la escritura de partición, al abrirse la sucesión comienza un estado de división entre los herederos. Esta indivisión tiene que terminar con el objeto de que se sustituyan las

partes indivisas e indistintas por partes divididas, distintas y determinadas.

El derecho de cada heredero recae proindiviso sobre una cuota ideal del patrimonio del difunto.

El problema de la partición no se presenta cuando hay un solo heredero o un legatario, ni cuando uno es usufructuario y otro nudo propietario. Sólo cuando dos o varios tienen con el mismo título de herederos idéntico derecho.

Una vez realizada la partición de la herencia se procederá a la adjudicación de los bienes relictos en favor de los herederos. Es decir se aplican los bienes determinados en la herencia al pago de la cuota de cada heredero.

El documento en que consta la cuota que percibirá cada heredero y los bienes que se le adjudican en pago de la misma lleva el nombre de escritura de adjudicación, de la cual una vez suscrita y firmada por los herederos deberá inscribirse su primer testimonio en el Registro Público de la Propiedad que corresponda al domicilio de los bienes relictos, previo pago de los impuestos correspondientes.

TRAMITACION JUDICIAL:

El trámite sucesorio judicial puede ser testamentario o intestamentario.

Como dije antes, el artículo 872 del Código de Procedimientos Civiles señala las condiciones para que una sucesión testamentaria se lleve a cabo ante Notario Público, y no cumpliéndose dichas condiciones el trámite sucesorio tendrá que ser judicial.

Tratándose de la sucesión testamentaria en forma judicial el Código de Procedimientos Civiles señala en su artículo 790 que,

el que promueva el juicio de testamentaria debe presentar el testamento del difunto. El juez sin más trámite lo tendrá por radicado y en el mismo acto convocará a los interesados a una junta para que si hubiere albacea nombrado en el testamento se le dé a conocer y si no lo hay procedan a elegirlo.

Si el testamento no es impugnado, ni se objeta la capacidad de los interesados, el Juez en la misma junta lo tendrá como válido y reconocerá como herederos a los que estén nombrados en las porciones que les correspondan.

El Código de Procedimientos Civiles en su artículo 784 señala que en todo juicio sucesorio se formarán 4 secciones compuestas de los cuadernos necesarios.

Dichas secciones son:

Artículo 785.-La primera sección se llamará "de sucesión" y contendrá en sus respectivos casos:

- 1 El testamento o testimonio de protocolización o denuncia del intestado.
- 2 Las citaciones a los herederos y la convocación a los que se crean con derecho a la herencia.
- 3 Nombramiento y remoción del albacea e interventores y el reconocimiento de derechos hereditarios.
- 4 Los incidentes que se promueven sobre el nombramiento o remoción de tutores.
- 5 Las resoluciones que se pronuncien sobre la validez del testamento, capacidad legal para heredar y preferencia de derechos.

La segunda sección se llama "inventario" y contendrá:

- 1 El inventario provisional del interventor.**
- 2 El inventario y avalúo que forme el albacea.**
- 3 Los incidentes que se promuevan.**
- 4 La resolución sobre el inventario y avalúo. (Artículo 786 C.P.C. para D.F.).**

La tercera se llama "de administración" la cual contendrá:

- 1 Todo lo relativo a la administración.**
- 2 Las cuentas, su glosa y calificación.**
- 3 La comprobación de haberse cubierto el impuesto fiscal. (artículo 787 C.P.C. para el D.F.).**

La cuarta se llama "de partición" que contendrá:

- 1 El proyecto de distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios.**
- 2 El proyecto de partición de los bienes.**
- 3 Los incidentes que se promueven respecto a los proyectos a que se refieren las fracciones anteriores.**
- 4 Los arreglos relativos.**
- 5 Las resoluciones sobre los proyectos mencionados.**
- 6 Lo relativo a la aplicación de los bienes.(artículo 788 C.P.C. para el D.F.).**

Además el artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles establece las condiciones para que una sucesión, que se inició en

forma judicial, pueda volverse extrajudicial, en cuyo caso se tramitará ante Notario Público como ya se dijo.

Asprón señala en relación a la primera sección que: "con las reformas del 6 de enero de 1994 el juez, ante el cual se esté tramitando una sucesión intestada, en la cual todos los herederos sean mayores de edad, tiene la obligación de hacer saber a los interesados que pueden continuar con el trámite ante el notario público de su elección".(57)

3.4) SUGERENCIAS DE LA SUSTENTANTE PARA GARANTIZAR LAS VENTAJAS Y UTILIDAD DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO RESPECTO DE OTRAS DECLARACIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD.

He sostenido la importancia que siempre ha tenido el hecho de que una persona tenga la libertad de determinar en manos de quién dejará su patrimonio para después de su muerte.

Para no dejar problemas a nuestros seres queridos, debemos otorgar testamento.

El hecho de que el testador disponga de sus bienes para después de su muerte es una de las principales finalidades del testamento, lo que responde a una necesidad inherente a la naturaleza humana.

El hombre está de paso por la vida, y al tomar conciencia de esta limitación y en su ansia de supervivencia, le es fundamental trascender, ya sea a través de su descendencia, ya por medio de su actividad o de sus obras; pero, en cualquiera de estos casos,

disponer de sus bienes a través de testamento, aún después de la muerte, es una manera de lograrlo.

El testamento público abierto es el único testamento que otorga una completa seguridad jurídica al testador, así como a sus herederos.

Como se ha destacado, en el testamento público abierto podemos encontrar una serie de ventajas que hacen garantizar al testador el cumplimiento de su voluntad:

- El testamento público abierto es el más recomendable por otorgarse ante Notario y, en su caso, ante testigos.
- El Notario está investido para dar fe al acto jurídico.
- La pericia del Notario en la redacción del clausulado garantiza la validez del testamento, la claridad que se requiere y toda la previsión aconsejable en estos casos.
- El costo del testamento público abierto es mínimo.
- Otorga tranquilidad al testador ya que sabe que al otorgar su testamento, manifiesta su última voluntad para después de su muerte y, por lo tanto, se va a cumplir lo que plasmó en el testamento.
- Otra gran ventaja del testamento público abierto es que en él se pueden establecer herederos, legatarios, imponer cargas, declarar o cumplir deberes para después de la muerte, nombrar tutor etc., ya que en su paso por la vida, el hombre contrae obligaciones que teme que al morir queden pendientes de cumplir, o bien desea que determinadas situaciones sean reconocidas por sus herederos.

En relación con lo anterior, el testador puede incluir en su testamento disposiciones con las que protege su honor y la

palabra ofrecida a aquellos que trataron y convinieron algo con él; incluso, a través del testamento, el testador puede reconocer a un hijo.

Asimismo, el testamento público simplificado, a diferencia del testamento público abierto, sí otorga seguridad, pero como ya lo he señalado, en esta forma de testamento sólo se pueden determinar legados, no se pueden nombrar herederos, ni reconocer a hijos, ni cumplir con obligaciones etc., ya que el testamento público simplificado sólo se hace respecto de un bien inmueble de determinado valor, o producto de una regularización llevada a cabo por las autoridades del Distrito Federal.

Es decir, el testamento público simplificado se encuentra limitado por la misma ley en relación con las disposiciones que pueda hacer el testador en el testamento.

En las otras formas de declarar la última voluntad, refiriéndome específicamente al testamento público cerrado, al testamento ológrafo, al testamento privado, al testamento marítimo, al testamento militar y al testamento hecho en país extranjero, es más difícil interpretar la verdadera voluntad del testador.

El testamento público abierto destaca su importancia por todas las ventajas y por la seguridad jurídica que otorga al testador, como lo he dicho, en éste testamento se cumple con la voluntad del testador, en cambio en las otras formas de testamento es más difícil apegarse a la voluntad del testador porque surgen dudas en la redacción del testamento.

Ante el juez es muy difícil cumplir con la voluntad del testador, ya que, como he dicho, si existe alguna de las formas de testamento, que no sea el testamento público abierto, ni el testamento público simplificado, seguramente en éste quedará plasmada con claridad la voluntad del testador, por lo que el juez

se supone que tratará de apegarse a lo que más se ajuste a la voluntad que expresa el testador en el testamento, ello hace que en muchas ocasiones se liquide la sucesión y se haga la partición de los bienes sabiendo que lo que se resolvió, tal vez no fue la voluntad del testador.

El testamento público abierto debe ser otorgado ante un buen Notario, que sepa orientar al testador en las diferentes situaciones que se puedan presentar al momento de la muerte de aquél.

Siempre y cuando el testamento público abierto sea otorgado ante un Notario que cumpla con las reglas de forma, se evitará la arbitrariedad en los tribunales en la interpretación de la voluntad del testador.

El Notario en el acto jurídico del testamento, asesora, arregla, depura o completa las determinaciones de las personas que van a realizarlo, las ilustra, no solamente en cuanto al Derecho, sino con oportunas y útiles advertencias, consejos y explicaciones sobre lo que daña o conviene en dicho acto.

El Notario resuelve sus dudas y les evita en lo posible el error y toda clase de tropiezos, contingencias y posibles perjuicios, ajusta a la ley el proyecto de su disposición para que el acto sea en todo eficaz, y actúa como consultor de las partes, en muchos casos les propone su modificación al arreglarlo a los deseos, fines o intereses de las personas, explicándoles la contrariedad o los posibles problemas que pueden darse, y por ello él propone una modificación para que todo quede conforme a la ley y a la voluntad del testador.

El Notario es un técnico jurídico, es decir, tiene que ser un experto en Derecho, tiene que moldear la norma jurídica y hacer que de alguna manera sea eficaz para conseguir los efectos que quieren las personas que van a celebrar el acto jurídico.

El Notario es uno de los sujetos responsables en la elaboración del testamento público abierto, porque sin el Notario no podría existir testamento público abierto, ya que él es responsable de la buena elaboración del testamento, para que su trámite ante Notario o ante Juez, sea más rápido y sin complicaciones de interpretación de la voluntad del autor de la sucesión.

No se puede sugerir que se supriman del Código Civil para el Distrito Federal todos los testamentos, exceptuando el testamento público abierto y el testamento público simplificado, ya que mucha gente sí otorga el testamento ológrafo, el cerrado y el privado, esto porque no siempre es posible por tiempo, espacio y circunstancias, estar en posibilidad de otorgar testamento público abierto o público simplificado, vgr. una persona en inminente peligro de muerte no podría quizá otorgar testamento público abierto o público simplificado.

De esta manera sugiero que los Notarios hagan saber al testador la trascendencia jurídica que tiene el testamento cerrado, cuando ante él se presenta en sobre cerrado, es decir, que antes de que el Notario levante el acta en la que asiente que ahí se contiene la última voluntad del testador, le haga saber a éste que es mucho mejor y más seguro que otorgue un testamento público abierto, explicándole las ventajas que este testamento tiene.

Del mismo modo, el encargado de la Oficina del Archivo General de Notarías debería advertir al testador, en el momento que éste deposita su testamento ológrafo, y decirle las ventajas de otorgar mejor testamento público abierto, haciéndole saber, las desventajas del testamento ológrafo, debido a que no fue asesorado por un Notario.

En un testamento público abierto, se garantiza al testador que se cumplirá su última voluntad.

CONCLUSIONES

1.-El testamento surge de la necesidad de que la muerte de una persona, no de fin a las relaciones jurídicas de las que era titular.

2.-En toda sucesión por causa de muerte están de por medio tres intereses: los del Estado, los del individuo y los de la familia.

3.-El patrimonio de una persona al momento de su muerte no puede quedar sin titular, siempre habrá alguien que tenga derecho a la herencia.

4.-El derecho que tiene el testador de disponer de sus bienes para después de su muerte, deriva del derecho de propiedad.

5.-El testamento es una manifestación unilateral de voluntad del testador, esto significa que es personalísimo, en el cual éste tiene completa libertad para disponer de sus bienes y cumplir obligaciones para después de su muerte.

6.-El testamento sólo surte efectos hasta después de la muerte del testador, por lo tanto, lo puede modificar cuantas veces quiera el testador.

7.-El testador no debe ser obligado a disponer de sus bienes en favor de personas que él no desea instituir.

8.-Cuando una persona otorga testamento público abierto en la forma señalada por la Ley, de acuerdo con ésta su voluntad se respetará, de este modo se adjudicarán con apego a la voluntad del testador los bienes que forman parte de su patrimonio.

9.-El Notario tiene la obligación de cerciorarse de que el testador tenga capacidad legal para otorgar testamento público abierto, es decir, la capacidad general, que es para el testamento a los 16

años; además tiene la responsabilidad de redactar las cláusulas del testamento público abierto conforme a los formalismos que se requieren.

10.-Es muy importante que en el testamento se exprese el lugar, año, mes, día y hora en que se otorgó, ya que sirve para determinar qué testamento prevalece, en caso de que exista más de uno, puesto que los testamentos posteriores revocan a los anteriores.

11.-El artículo 1519 del Código Civil para el Distrito Federal, debería de establecer que las formalidades del testamento público abierto deben comenzar desde que el testador se presenta ante Notario a expresar su voluntad.

12.-La única forma en la que queda plasmada la voluntad del testador y en la que éste acepta lo que contiene el testamento público, es cuando imprime su firma o su huella digital en el testamento, y el Notario autoriza imprimiendo su firma y su sello.

13.-El Notario, como perito en derecho, además de saber aplicar sus conocimientos jurídicos, aplica la ley, y ayuda a dejar plasmada claramente en el testamento la voluntad del testador.

14.-La seguridad jurídica que se otorga al testador de que a su muerte se va a cumplir con su voluntad, se concreta cuando el Notario con la fe pública que posee, da autenticidad conforme a la ley al testamento otorgado ante él.

15.- El testamento público abierto es más seguro que el testamento público cerrado, debido a que en el primero el testador es asesorado por el Notario en la redacción de las cláusulas de dicho testamento, no así en el testamento público cerrado.

16.-El carácter secreto del testamento público cerrado no es ventaja, la inseguridad que se deriva de la falta de preparación del

testador para redactar su voluntad, y el hecho de no poderse evitar que todo tipo de coacciones se ejerzan sobre el testador, lo colocan en desventaja, además puede ser destruido u ocultado.

17.-En el testamento público simplificado, el testador está limitado a disponer sólo respecto a un bien. En cambio en el público abierto el testador puede disponer de todo su patrimonio, imponer obligaciones a personas y reconocer a un hijo etc., por lo que ofrece mas ventajas.

18.- Para que se inicie el trámite de una sucesión ante Notario es necesario que los herederos sean mayores de edad, que no exista controversia entre ellos y exista testamento público abierto.

19.-Con el testamento público abierto el testador tiene la tranquilidad de que lo asesoró un Notario, perito en derecho; que su voluntad quedó plasmada claramente en su testamento, tal y como era su deseo, además de que sabe que la tramitación de su sucesión será rápida y menos costosa.

20.-El testamento público abierto tiene mas ventajas que todos los demás testamentos por las diferentes disposiciones que puede establecer el testador, por la plena libertad que éste tiene al otorgarlo y, principalmente, porque desde su otorgamiento el Notario lo asesoró jurídicamente.

BIBLIOGRAFIA

Arce y Cervantes José. Delas Sucesiones. Editorial Porrúa, S.A. México. 1983.

Asprón Pelayo Juan M. Sucesiones. Editorial McGraw-Hill México. 1996.

Bañuelos Sánchez Froylan. De la Interpretación de los Contratos y de los testamentos. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor México. 1975.

Bañuelos Sánchez Froylan. Derecho Notarial. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1984.

Bejarano Sánchez Manuel. Obligaciones Civiles, 3era. Edición. Editorial Harla. México. 1984.

Bialostosky Sara. Panorama del Derecho Romano. México, 1990.

Biondi Biondo. Sucesión Testamentaria y Donación. Barcelona. 1960.

Carral y de Teresa, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. Editorial Porrúa, S.A. México. 1989.

De Ibarrola Antonio. Cosas y Sucesiones. Editorial Porrúa, S.A. México. 1981.

De Pina Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980.

De Ruggiero Roberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II y Vol. II Instituto Editorial Reus, S.A. Derecho de Obligaciones, Derechos de Familia, Derecho hereditaria. Madrid.

Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A. México. 1990.

Floris Margadant Guillermo. Derecho Romano. Editorial Esfinge. México. 1982.

Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A. México. 1990.

Gutiérrez y González Ernesto. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio. Editorial Cajica, S.A. México. 1982.

Ibarra Magallón. Instituciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa. Tomo V.

La Cruz José Luis y Albaladejo Manuel. Derecho de Sucesiones. Parte General. Barcelona. 1961.

León Gallardo Arturo. Tesis: El Notario y su responsabilidad ante los testamentos públicos abiertos. Universidad La Salle. 1989.

Mazeud Henri y León y Mazeud Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Cuarta. Vol. III. La transmisión del patrimonio familiar. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1964.

Morales José Ignacio. Derecho Romano. Editorial Trillas. México. 1987.

Muñoz Luis. Comentarios a los Códigos Civiles de España e Hispanoamérica. México.

Pérez Fernández del Castillo Bernardo. Derecho Notarial. Editorial Porrúa. México. 1986.

Pérez Fernández del Castillo Bernardo. Historia de la Escribanía en la Nueva España y el Notariado en México. UNAM. México. 1983.

Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Porrúa, S.A. México. 1986.

Ríos Hellig Jorge. La Práctica del Derecho Notarial. Editorial McGraw-Hill. México. 1995.

Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México. 1985.

DICIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, S.A. México. 1989.

Enciclopedia Salvat. Diccionario Tomo 4. Salvat Editores, S.A. Barcelona. 1971.

REVISTAS

Asociación Nacional del Notariado Mexicano, S.C. Revista de Derecho Notarial, Año XVII, Septiembre 1973. Editorial Impresos de México, S.A. de C.V.. México, D.F.

Asociación Nacional del Notariado Mexicano, S.C. Revista de Derecho Notarial, Año XVIII, Marzo 1974. Editorial Impresos de México, S.A. de C.V.. México, D.F.

Asociación Nacional del Notariado Mexicano, S.C. Revista de Derecho Notarial, Año XX, Junio 1976. Editorial Impresos de México, S.A. de C.V..México, D.F.

Asociación Nacional del Notariado Mexicano, S.C. Revista de Derecho Notarial, Año XXII, Septiembre 1978. Editorial Impresos de México, S.A. de C.V..México, D.F.

Asociación Nacional del Notariado Mexicano, S.C. Revista de Derecho Notarial, Año XXIV, Noviembre 1980. Editorial Impresos de México, S.A. de C.V..México, D.F.

Guía Notarial. Consejo de Notarios de la Ciudad de México. Conferencia Reglamentaria del 31 de mayo de 1904. Ezequiel Pérez y Manuel Borja Soriano. México 1904.

LEYES

Código Civil 1884

Código Civil 1928

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, Editorial McGraw-Hill, México. 1996-1997.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., México. 1996-1997.

Ley del Notariado para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., México. 1996-1997.