

308409
38



UNIVERSIDAD LATINA S.C.

CON RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL DE ESTUDIOS
No. 308409

ANALISIS JURIDICO DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO
EN EL DISTRITO FEDERAL

Autorizo a la Direccion General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electronico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: MONCADA GODINEZ

BERENICE MARGARITA

FECHA: 20-FEBRERO-2003

FIRMA: [Signature]

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
BERENICE MARGARITA MONCADA GODINEZ

MEXICO, D. F.

FEBRERO 2003

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Antonio M. Vega R.

ABOGADO

LIC. FANNY HAIDEE GONZÁLEZ CHÁVEZ.
DIRECTORA DE LA LICENCIATURA DE DERECHO.
UNIVERSIDAD LATINA.
CAMPUS CENTRO.

La alumna BERENICE MARGARITA MONCADA GODINEZ, con número de cuenta 89662609-8, ha concluido satisfactoriamente bajo la asesoría del suscrito, la investigación de Tesis Profesional Titulada "ANÁLISIS JURÍDICO DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO EN EL DISTRITO FEDERAL", que ha elaborado para ser admitida al examen Profesional de la Licenciatura de Derecho.

El trabajo desarrollado es un análisis al testamento en términos generales y al testamento público abierto en particular, debido a que este último la alumna considera uno de los más sencillos y formales en las diferentes clases de testamentos que existen en nuestra legislación. Así mismo dentro de su trabajo de investigación propone que exista una mayor difusión en los distintos medios para generar una cultura en la que la sociedad tenga la inquietud y procure realizar oportunamente su testamento y así evitar los penosos litigios de duración indefinida, razón por la cual pienso que este análisis sencillo ayudara a aquellos que deseen disponer de sus bienes, deberes y derechos para después de la muerte a tomar la decisión de realizar y tramitar su testamento oportunamente e innovar la errónea imagen que tenemos de hacer testamento.

Quedo a sus órdenes para cualquier aclaración o comentario al respecto, protestando a usted las seguridades de mi más atenta y distinguida consideración.

ATENTAMENTE.
"LUX VÍA SAPIENTIAS"

Universidad Latina, D. F. a 25 de Octubre del 2002.

LIC. ANTONIO MUEL VEGA ROJAS.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2

ANÁLISIS JURÍDICO DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO EN EL DISTRITO FEDERAL.

INDICE

INTRODUCCIÓN

I

CAPITULO I GENERALIDADES DEL TESTAMENTO

1.1.-	Concepto de Testamento en Términos Generales	1
1.2	Características del Testamento.	1
1.3.-	Doctrina	11
1.4.-	Concepto Legal del testamento en diversos códigos civiles	18
1.5.-	Clasificación de los Testamentos:	20
1.5.1.-	Testamentos Ordinarios	20
a)	Testamento Público Abierto	20
b)	Testamento Público Cerrado	21
c)	Testamento Olograto	22
d)	Testamento Público Simplificado	24
1.5.2 -	Testamentos Especiales:	25
a)	Testamento Privado	25
b)	Testamento Militar	27
c)	Testamento Marítimo	27
d)	Testamento Hecho en País Extranjero	28

CAPITULO II ASPECTOS HISTORICOS DEL TESTAMENTO

2.1.-	Roma	30
2.2.-	España	36
2.3.-	Francia	42
2.4.-	México:	49
a)	Época Colonial	49
b)	Época Independiente: 1827-1884	51
c)	México Contemporáneo	54

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3

CAPITULO III

IMPORTANCIA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL NOTARIO

3.1.-	Breve Evolución Histórica del Notariado	57
3.2.-	Cómo surge la figura del Notario y el Notariado	61
3.3.-	Que es la Fe Pública	66
3.4.-	Funciones y Obligaciones del Notario	70
3.5.-	El Colegio de Notarios	74
3.6.-	Archivo General de Notarias	81

CAPITULO IV

PROCEDIMIENTO PARA FACILITAR EL TRAMITE PARA OTORGAR EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO ANTE NOTARIO

4.1.-	Concepto de Testamento Publico Abierto	85
4.2.-	Requisitos para Otorgar el Testamento Público Abierto	86
4.3.-	Forma en que se lleva a cabo un Testamento Publico Abierto	90

CONCLUSIONES	93
PROPUESTAS	95
BIBLIOGRAFIA	97

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4

DEDICATORIAS

PRINCIPALMENTE LE AGRADEZCO A DIOS: LA VIDA, LA SALUD, TODAS LAS BENDICIONES QUE DIA TRAS DIA ME BRINDA Y POR HABERME RODEADO DE SERES TAN MARAVILLOSOS COMO MIS PADRES, HERMANOS Y AMIGOS.

A MI MADRE, PORQUE TENGO TANTAS COSAS QUE AGRADECERTE, PERO PRINCIPALMENTE TE AGRADEZCO LA VIDA, LA PROTECCIÓN, EL CUIDADO Y LA VALENTIA PARA SIEMPRE SALIR ADELANTE. GRACIAS TAMBIEN POR EL AMOR QUE ME HAS BRINDADO Y QUE ME HAS ENSEÑADO A COMPARTIR.

A MI PAPA, POR QUE GRACIAS A TI, A TU GRAN APOYO, PACIENCIA, COMPRESION Y A TODO EL AMOR QUE SIEMPRE ME HAS BRINDADO, HOY HE LOGRADO UNO DE MIS GRANDES SUEÑOS. GRACIAS TAMBIEN POR TUS SABIOS CONSEJOS.

A MIS HERMANOS, POR SER CADA UNO DE ELLOS PERSONAS TAN ESPECIALES EN MI VIDA, POR TODOS LOS MOMENTOS BUENOS Y MALOS QUE HEMOS COMPARTIDO JUNTOS Y SOBRE TODO POR TODO EL APOYO BRINDADO.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ALEJANDRO, GRACIAS POR ESTAR CONMIGO EN LAS BUENAS Y EN LAS MALAS SIEMPRE BRINDÁNDOME CONSEJOS Y APOYO; GRACIAS POR EL AMOR, LA PACIENCIA, LA AMISTAD Y LA COMPLICIDAD QUE JUNTOS TENEMOS, PERO SOBRE TODO POR SER TU, EL AMOR DE MI VIDA Y LA ESPERANZA DE MI FUTURO.

A MI ABUE MARGARITA (O. E. P. D.), PORQUE ELLA SIEMPRE ME DIO BUENOS CONSEJOS, POR TODO EL AMOR, LOS CUIDADOS Y EL CARIÑO INCONDICIONAL QUE SIEMPRE ME BRINDO Y PORQUE SIEMPRE TUVO CONFIANZA EN MI.

A TODOS LOS PROFESORES QUE COMPARTIERON CONMIGO SUS CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIAS, YA QUE GRACIAS A ESO, HOY SOY UNA PROFESIONISTA, ESPECIALMENTE AL LICENCIADO ANTONIO M. VEGA ROJAS POR SU PACIENCIA Y SU GRAN APOYO

A TODOS MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS UNIVERSITARIOS, GRACIAS POR SER NO SOLO COMPAÑEROS DE BATALLA SINO TAMBIEN LES AGRADEZCO SU AMISTAD, SU APOYO Y SU CONFIANZA, ESPECIALMENTE A HECTOR H. RAMIRO SORIANO POR SER SIEMPRE MI AMIGO INCONDICIONAL.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCION

Dada la errónea idea y la falta de comunicación y difusión que se tiene acerca de los testamentos en cualquiera de sus clases, creo que es importante la realización de un estudio acerca de la forma en que se lleva uno de los testamentos más sencillos como lo es el Testamento Público Abierto, tanto su aspecto teórico como práctico y las leyes aplicables en el mismo, sin embargo es indispensable hacer una somera semblanza acerca de todas y cada una de las clases de testamento que hoy en día operan en nuestro país y en nuestra legislación.

Así mismo mi primordial objetivo en este trabajo de investigación es el de provocar en todos y cada uno de los lectores un interés profundo y oportuno para realizar su testamento y de esa forma establecer a quien o a quienes deseamos suceder nuestro patrimonio, derechos y deberes para después de nuestra muerte y solo así evitar los molestos y duraderos litigios en los Juzgados

Actualmente el otorgamiento del Testamento es rápido y seguro pues en el caso particular del Testamento Público Abierto tan solo por voluntad propia se determina a quien o a quines de dejaran nuestros bienes, derechos y deberes

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

7

para después de la muerte y acudir con un Notario investido de Fe Pública, acompañado o no de dos testigos y exponerle nuestra voluntad.

En la presente tesis, se ha realizado un breve análisis del Testamento en general pero un enfoque mas preciso del Testamento Público Abierto en particular, constante de cuatro capítulos que fueron elaborados después de una investigación histórica y práctica.

En el primer capítulo, se señala principalmente el concepto, las características para formalizar y validar el testamento, los distintos enfoques doctrinales y legales que se le han dado al Testamento, así como la clasificación de los mismos.

El testamento en general ha sido y sigue siendo un acto jurídico, unilateral, personalísimo, revocable, libre y formal, por medio del cual una persona física capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte. Los testamentos se han clasificado en ordinarios y especiales y cada uno de ellos tiene sus propias características y formalidades para darle una debida validez.

En el segundo capítulo, se señalan los aspectos históricos del testamento, ya que es indispensable conocer las etapas a través del tiempo por las que ha ido cambiando tanto su concepto como la forma de realizarlo y formalizarlo. Desde

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el Derecho Romano hasta nuestros días, analizar que tan seguro y eficaz ha sido y es actualmente la realización oportuna del testamento y si realmente cubre con las expectativas de cada persona al momento de tomar la decisión de disponer de sus bienes, deberes y derechos para después de la muerte.

En el tercer capítulo se analiza la importancia que tiene la figura jurídica del Notario Público como parte fundamental en el otorgamiento del testamento público abierto en particular ya que esta figura se encuentra investida de Fe Pública por el Estado.

Se entiende por fe pública a la presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos. Así mismo se establecen sus funciones y obligaciones como tal y se hace una breve reseña acerca de el Colegio de Notarios y el Archivo General de Notarias

Por último en el capítulo cuarto, se presenta una breve explicación y orientación para aquellos a quienes provoque la inquietud y la conciencia oportuna de realizar su testamento, y el procedimiento para facilitar el otorgamiento del Testamento Público Abierto ante el Notario, los requisitos que deben cumplirse para la debida formalidad, validez, tramitación rápida y sencilla

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL TESTAMENTO

1.1.- Concepto de Testamento en Términos Generales

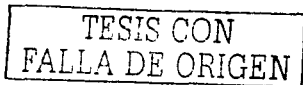
El testamento según el Diccionario de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México lo define como "el acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre y formal, por medio del cual una persona física capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte."¹

Es de vital importancia antes de iniciar con los conceptos doctrinales y legales acerca del testamento conocer lo que es el testamento en un termino general para que poco a poco nos adentremos y entendamos de una mejor manera nuestro objeto de estudio; por lo que es necesario conocer sus características.

1.2.- Características del Testamento

A) ACTO JURÍDICO: el testamento es un acto jurídico porque en un sentido amplio se entiende por "acto", todo suceso o acontecimiento que debe su existencia a la intención libre y consciente del hombre, sus consecuencias son relevantes para el derecho porque esa es la intención del agente. Así, todo acto jurídico es un acto humano, aunque no todo acto humano es un acto jurídico

¹ Diccionario de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, ed. séptima. Ed. Porrúa, México 1997. pag. 3084.



Es un negocio jurídico desde que se otorga porque desde ese momento tiene en sí todos los elementos constitutivos necesarios para su existencia. La muerte de su autor no lo perfecciona sino que solamente determina el comienzo de la producción de sus efectos. Tampoco lo perfecciona la aceptación de la herencia y así lo reconoce expresamente el código: El testamento otorgado legalmente según el artículo 1378, será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

Por su naturaleza es definitivo, aunque el testador tenga derecho de revocarlo. El que lo otorga lo hace con intención de que esa voluntad suya expresada se cumpla si él no lo revoca o la modifica. La muerte del autor actúa solo como un presupuesto de producción de efectos. no agrega nada al acto de voluntad que ya se ha expresado. En este caso la muerte pertenece a los elementos que son extraños al acto de voluntad

Para comprender la esencia del testamento hay que atender a un doble sentido: en el primero, una vez formado, adquiere relevancia y carácter definitivo para su autor, puesto si quisiera impedir sus efectos, tendría que revocarlo, para los demás, antes de la muerte del autor, este acto jurídico llamado testamento es irrelevante en cuanto a negocio jurídico. Para ellos solo adquirirá relevancia a la muerte de su autor y, por eso, la solemnidad jurídica, como vehículo idóneo, custodia la declaración testamentaria y la lleva al exterior cuando ocurre la muerte del testador. En esta misma fase, por otra parte, si el testamento es revocable, quiere decir que es un acto jurídico completo porque revocar un acto que no existe jurídicamente implicaría un absurdo. En el segundo estado, cuando ha

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fallecido su autor, el testamento no puede ser revocado y, empezará a surtir todos los efectos.

Al realizar un testamento se lleva a cabo la manifestación de la voluntad del testador encaminada a producir consecuencias de derecho (que pueden consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos subjetivos y obligaciones) y que se apoya para conseguir esa finalidad en la autorización que en tal sentido le concede el ordenamiento jurídico.

B) UNILATERAL: el testamento es un acto unilateral, en virtud de que únicamente se requiere de la voluntad del testador para que subsistan a su muerte el conjunto de bienes, derechos y obligaciones y estos transmitan a sus herederos por el testamento, es decir que solo se requiere la manifestación de una sola voluntad para realizar el testamento

En otro sentido, el término de unilateral aplicado al acto jurídico se utiliza para explicar la figura de la declaración unilateral de voluntad que produce efectos jurídicos, figura que la doctrina moderna considera como fuente de obligaciones al lado del contrato. En el derecho civil el concepto de unilateral, se aplica a los actos jurídicos de tal naturaleza y a los contratos. Son actos jurídicos unilaterales aquellos que cuya formación es suficiente la manifestación de una sola voluntad aunque posteriormente sea necesario en concurso de voluntades de manera concurrente, en forma de adhesión o de aceptación

En contraposición a los actos jurídicos unilaterales se encuentran los bilaterales y plurilaterales, que son aquellos que para su formación es necesaria la concurrencia de varias voluntades.

C) PERSONALISIMO: porque es un acto que debe ser otorgado por el testador personalmente, no puede ser otorgado un testamento por medio de apoderado legal. Este principio ha sido adoptado por casi todas las legislaciones, aunque no siempre ha existido.

El hecho de que el testamento deba ser un acto personalísimo, no impide que el testador pueda en un momento buscar ayuda o el asesoramiento de un jurista que le indique como hacer su testamento, así como el contenido y alcance legal del mismo (como es el caso del Testamento Público Abierto objeto de nuestro estudio, en el que el testador solo le manifiesta al notario y a los testigos su voluntad de testar y en qué términos quiere hacerlo y el notario se encarga de asesorarlo y de redactar materialmente el testamento)

El carácter personalísimo del testamento también se refiere a que no puedan testar en un mismo acto dos o más personas ya sea en provecho recíproco o a favor de un tercero pues de lo contrario quedaría en la duda la libertad en el testador para manifestar su voluntad porque podría influir en el testador el hecho de que hiciere en un mismo acto su testamento con su cónyuge, hijos, etc.

Este carácter de personalísimo debe entenderse tanto respecto al otorgamiento como al contenido del acto ya que no puede ser otorgado por un tercero en representación del testador, ni tampoco puede encomendarse a un tercero el

encargo de instituir herederos ni designar las proporciones en que estos deban heredar.

Se establece la excepción ya que permite que un tercero lo haga cuando designe como herederos a un número ilimitado de individuos tales como los pobres, los ciegos, los huérfanos, etc.

En conclusión, el testamento no puede celebrarse por mandatario, sino que tiene que ser el testador en persona, quien dicte sus disposiciones testamentarias. Esta es una excepción a las reglas generales del acto jurídico.

D) REVOCABLE: también el testamento es revocable, gracias a que el otorgante del testamento puede retractarse de las disposiciones por causa de muerte contenidas en el mismo y lo deja sin efecto. Es decir desde la antigüedad, el testamento fue considerado como un acto eminentemente revocable, ya que en él se expresa la última voluntad de su autor y, mientras éste viva, su voluntad puede variar.

El testamento es revocable ya que si una persona es libre de disponer de sus bienes, durante su vida como mejor le parezca, es lógico que pueda hacerlo de la misma manera para después de su muerte y cambiar las disposiciones de su testamento cada vez que lo crea necesario. Además es éste un derecho irrenunciable. Esta revocación puede ser total o parcial, es decir el testador puede revocar todas o solo algunas de las disposiciones de su testamento, y puede decirse también que la revocación puede ser explícita o implícita, será explícita, cuando el testador en forma terminante manifiesta que es su voluntad dejar sin efectos el testamento anterior, y será implícita cuando otorga un nuevo

testamento con contenido distinto al anterior, ya que según dispone el artículo 1494, el testamento anterior queda revocado por el posterior perfecto.

La norma dice que el testador puede en cualquier momento revocar su testamento y no puede renunciar a esta facultad ni tampoco restringirla o modificarla.

E) LIBRE: porque al realizarlo el testador debe expresar libremente su voluntad sin la influencia de otras personas, ya que la simple presunción de influencia incapacita para heredar al posible influyente. Ya lo dice el artículo 1344 del código civil para el distrito federal... " el testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes".

No puede el testador obligarse por contrato o por convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o bien a transmitir por testamento solo parte de sus bienes y reservar otra parte para sus herederos legítimos.

La definición de testamento exige que para ser plenamente eficaz la voluntad testamentaria esta debe ser libre y consciente. La violencia que fuerza la voluntad y el error que oscurece la inteligencia, impiden que el acto viciado por ellos sea eficaz. Sanciona con la nulidad del testamento que se haga bajo la violencia y el captado por dolo y fraude y declara que no producen efectos las disposiciones que se fundan en causa expresa que resulte errónea, si fue la única que determinó la voluntad.

Cualquier pacto que en este sentido restrinja la facultad libre de testar o que implique renuncia de ella, es también inexistente y una imposibilidad jurídica, en

virtud de que hay una norma en el derecho positivo, que impide que el acto de renuncia o de restricción a la facultad de testar se lleve a cabo. El testador debe expresar libremente.

F) FORMAL: debido a que éste debe revestir cualquiera de las formas establecidas por la ley para su perfeccionamiento y en él deben presentarse cada uno de los elementos tanto de existencia como de validez. Los cuales explicaré en breve:

F1) Como elementos de existencia están:

I.- La voluntad.- de la propia definición resulta que el testamento requiere para su existencia de una voluntad, pues es un acto libre de una persona y todo acto libre debe su existencia a la voluntad del hombre.

II.- Objeto que pueda ser materia del acto.- el testamento tiene como principal objeto la disposición de bienes y derechos, la declaración o el cumplimiento de deberes para después de la muerte del testador.

Podemos hablar no solo de objeto sino de objetos, pues dice Rojas Villegas²... para el testamento hemos dicho que el objeto puede consistir en la institucion de herederos y legatarios o en la declaracion y cumplimiento de ciertos deberes o ejecucion de determinados actos juridicos. Por consiguiente, el testamento tiene un objeto variado, diverso, no es menester que se reúnan estos

² ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo IV. Vol. II ed. Océano. Ed. Portua, Mexico 1992 pag. 25.

distintos aspectos del objeto en el testamento, basta que exista alguno de ellos para que haya testamento.

El objeto en los testamentos debe ser posible tanto física como jurídicamente y su imposibilidad acarreará su inexistencia jurídica.

Como el objeto indirecto de los testamentos puede consistir en la transmisión de bienes que integran el patrimonio de la sucesión, es necesario que estos sean física y jurídicamente posibles para que sea posible dicha transmisión.

Serán físicamente posibles si existen o pueden existir en la naturaleza. Serán jurídicamente posibles si están en el comercio y si son determinados o determinables.

También el objeto de los testamentos debe ser lícito, así como su motivo o fin, aunque la ilicitud de dicho objeto, motivo o fin acarreará no ya la inexistencia del testamento sino su invalidez.

III.- La solemnidad.- el testamento es un acto solemne debido a que requiere de una formalidad escrita especial y legal que al no cumplirse afecta no la validez del acto jurídico sino su inexistencia, la solemnidad es pues un elemento esencial.

Se entiende por solemnidad, aquella forma de los actos jurídicos que se exige no "ad probationem" que simplemente son una forma de valer, sino que se requiere "ad solemnitatem", para que el acto tenga existencia como tal o sea "forma de ser". En estos casos la forma da el ser, y el testamento exige solemnidad. El código usa esta expresión al hablar de forma de actos de última voluntad y establece la nulidad del testamento cuando se otorga en contravención a las formas prescritas y en especial del testamento público abierto y del cerrado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Tratándose de actos solemnes que son aquellos en los que la formalidad determinada se establece por la ley como elemento constitutivo y esencial que viene a ser un elemento más de existencia del acto y si no se reúne, el acto será inexistente.

Por lo que se refiere al testamento "este será nulo cuando se otorgue en contravención a la forma prescrita por la ley"; esto tiene como fin elevar las formalidades del testamento al rango de elementos constitutivos por lo tanto podemos afirmar que el testamento es una acto solemne.

F2) Como *elementos de validez* tenemos:

I.- La capacidad legal que debe tener una persona para testar es aquella aptitud del individuo para que de sus actos se deriven consecuencias de derecho.

A la capacidad se le estudia desde dos aspectos diferentes:

- a) la de goce: que es un atributo de la personalidad que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte en virtud de la cual una persona puede ser titular de derechos y obligaciones
- b) La de ejercicio es la aptitud que requieren las personas para ejercitar por si mismas sus derechos y cumplir sus obligaciones. la cual se adquiere con la mayoría de edad o con la emancipación y se pierde junto con las facultades mentales ya sea por locura, idiotismo, o muerte.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La capacidad legal del testador pues como solo una persona es quien interviene, nuestra legislación exige dicho elemento y establece como regla general que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho.

II.- Licitud en el objeto, motivo o fin.- como todo acto jurídico el testamento debe tener un objeto, que además debe ser posible física y jurídicamente, como elemento de existencia jurídica según veíamos anteriormente requiere para su validez jurídica, que el mismo sea lícito y lo será si no es contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres, es decir que al realizar el testamento se cumpla con los deberes prescritos en las normas jurídicas sin contravenir a ellas.

III - Ausencia de vicios de la voluntad - por definición el testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, lo cual significa que cualquier circunstancia que afecte a la completa libertad de testar, violara tal definición provocando con ello las consecuencias de ineficacia del testamento, así como de su forma.

Ahora bien, una vez explicadas las características del testamento, pasamos a las diferentes definiciones doctrinales que encontramos al respecto del tema que hoy nos ocupa:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.3 .- Doctrina

ULPIANO.- definió el testamento como "la manifestación de nuestra voluntad hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte".³

MODESTINO.- estableció que el testamento "es una justa decisión de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho para después de su muerte"⁴

MESSINEO aclara al respecto "el testamento es uno de los modos de adquirir derechos (subjctivos) patrimoniales; el mismo tiene finalidad, función jurídica que hacen referencia al derecho (objetivo) patrimonial, por consiguiente puede decirse que el testamento se dispone ante todo el interés económico de los llamados a suceder".⁵

Estas tres definiciones tienen la cualidad de darnos un concepto de lo que es el testamento, sin necesidad de enumerar las características del mismo, pero incurre, a mi juicio en el error de no determinar que contenido debe tener el testamento, es algo que el testador quiere que sea hecho para después de su muerte, pero no se determina en que debe consistir ese algo.

RUGGIERO.- definió el testamento como "un acto solemne unilateral, espontaneo, revocable, por el cual una persona determina el destino de su

³ IBARROLA, Antonio De. *Cosas y Sucesiones*, ed. Séptima Ed. Porrua, México 1991 pag 549

⁴ DIGESTO DE JUSTINIANO Tomo II, Libro XXVIII No. 2 ed. octava, Ed. Arazadi 1985 pag 485

⁵ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción Santiago Sentis, Tomo II, ed. primera. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1971 pag 7

patrimonio para después de su muerte y reglamenta sus relaciones jurídicas para el tiempo en que no viva."⁶

VALVERDE.- establece que el " testamento es un negocio jurídico unilateral, personal y autónomo, en el que la voluntad produce su efecto hasta después de su muerte del que la emite ." ⁷

MARGADANT.- lo define como "un acto solemne por el cual una persona instituye a su heredero o a sus herederos. Es una manifestación de última voluntad, es decir, un acto esencialmente revocable".⁸

MICIUS SCEVOLA.-dice que el testamento "es un acto espontáneo, solemne y revocable, por virtud del cual una persona según su punto de vista y sus preceptos de ley, dispone para después de su muerte, tanto de su fortuna como de todo aquello que, en la esfera social en que vive puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que estén unidas a ellas por cualquier lazo de interés."⁹

Las anteriores definiciones, tienen el inconveniente de establecer una serie de características del testamento que no deben aparecer en una definición.

Una definición debe contener tan sólo los elementos esenciales de aquello que se pretende definir, pero no las características de éste, por que se cae en el problema de una definición incompleta o defectuosa, porque siempre habrá

⁶ DE PINA, Rafael Elementos de Derecho Civil, ed decima Ed. Porrúa, México 1989 pag. 357

⁷ VALVERDE Y VALVERDE, Calisto Derecho Civil Español, ed tercera. Ed. Reus Madrid, España pag 556

⁸ MARGADANT, Guillermo. El Derecho Romano Privado, ed vigésima Ed. Estiége Mexico 1994 pag. 462

⁹ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, ed. Onceava, Ed. Porrúa, México 1996 pag. 356

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

alguien que le agregue un calificativo más, o que pretenda suprimir alguno por innecesario.

Además dichas definiciones tampoco manifiestan el contenido que debe tener el testamento, y lo establecen en términos vagos.

DE BUEN.- manifiesta que "el testamento es una acto unilateral y solemne, por el cual una persona manifiesta su voluntad para que se cumpla después de su muerte".¹⁰

BONNECASE.- establece que "el testamento es un acto jurídico solemne cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor su voluntad para la época que seguirá a su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario, como extrapeconiario, establece además, que es una acto esencialmente revocable que no es necesario que englobe todos los bienes del difunto, y que surte sus efectos solo en caso de muerte del autor del mismo."¹¹

CICERON.- establece q "el testamento es el conjunto de bienes q a la muerte de alguien se transmite, conforme derecho a otro."¹²

PLANIOL.- define al "testamento como la transmisión del patrimonio de un difunto a una o varias personas vivas."¹³

¹⁰ BIONDO BIONDI. Sucesión Testamentaria y Donación, ed. segunda Ed. Urgel, Barcelona 1960 pag. 473

¹¹ BONECASSE, Julian. Elementos de Derecho Civil, ed. sexta traducción Ed. Cauce S.A. Puebla Mexico 1953 pag. 322

¹² IBARROLA, Antonio De Cosas y Sucesiones ed. septima Ed. Porrúa, Mexico 1991 pag. 563

¹³ PLANIOL, Marcelo y Jorge Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil, ed. primera Ed Cultural S.A. La Habana, Cuba 1940 pag. 365

TRABUCCHI.- define a la sucesión mortis causa de la siguiente manera: "La sucesión mortis causa como todas las formas de sucesión se realiza entre un trasmiteante denominado también causante o de cuius y el sucesor que puede asumir la diversa investidura de heredero o legatario."¹⁴

AGULAR CARVAJAL.- establece que "el testamento es muy frecuente en el orden jurídico cuando una persona vende a otra una propiedad se dice que el que adquiere es sucesor del anterior porque ocupa su lugar para todos los efectos jurídicos correspondientes"¹⁵

ROJINA VILLEGAS dice que "las consecuencias del derecho hereditario pueden ser, como en el derecho en general de dos grandes categorías o clases coactivas y no coactivas, en las primeras tenemos creación, modificación y extinción de las sanciones jurídicas y su aplicación. En las segundas se agrupan todas las relativas a la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones o situaciones jurídicas concretas."¹⁶

GUTIERREZ Y GONZALEZ señala que se conoce generalmente como derecho sucesorio o derecho de las sucesiones y define al testamento como "el régimen jurídico procesal que regula la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones

¹⁴ TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Traducción a la ed. decimoquinta por Luis Martínez Calvertada. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, España 1967 pag 373

¹⁵ AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho - el primero. Ed. Jurídica de México 1960, pag 285

¹⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Ed. Trimeter. Ed. Libros de México 1963 pg 283

de una persona a otra u otras así como el cumplimiento de sus deberes declarados en el momento en que la primera fallece."¹⁷

El maestro ANTONIO DE IBARROLA da la siguiente explicación: jurídicamente la noción es distinta pues el fenómeno que salta a la vista es el de un patrimonio que perdura a través del cambio de su titular¹⁸

RAFAEL DE PINA, señala que hay dos conceptos de testamento, uno amplio y uno restringido, al respecto nos dice que por "testamento se entiende cualquier cambio meramente subjetivo de una relación de derecho (sentido amplio). Y en un sentido limitado se define como la subrogación de la persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra."¹⁹

ARCE Y CERVANTES nos presenta el concepto del testamento, el cual dice que éste "se basa en un negocio por causa de muerte que se llama testamento en virtud del cual una persona capaz, por su sola voluntad libre, dispone de sus relaciones transmisibles para después de su muerte"²⁰ En su obra llamada (De las Sucesiones) no expone una definición del testamento en general sino cuatro elementos que se requieren para que se genere la sucesión testamentaria.

A) Los requisitos que establece el maestro ARCE Y CERVANTES son:

¹⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, El Patrimonio Económico y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio, ed. segunda, Ed. Cárter S.A. Puebla, México 1980 pag. 524

¹⁸ IBARROLA, Antonio De Deudas y Sucesiones, ed. tercera, Ed. Porrúa, México 1972 pag. 519

¹⁹ DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Civil, Vol II, ed. octava, Ed. Porrúa, México 1980 pag. 254

²⁰ ARCE Y CERVANTES, José, De las Sucesiones, ed. tercera, Ed. Porrúa, México 1983 pag. 35

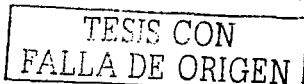
- 1.- Que haya un conjunto de bienes y relaciones que pertenezcan a una persona física y que sean transmisibles por causa de muerte y que tengan un valor económico apreciable.
- 2.- Que la persona física que encabezaba ese conjunto de bienes, por su muerte haya dejado de serlo.
- 3.- Que haya otra persona (o varias) que reemplace a la fallecida en la titularidad del patrimonio acéfalo.
- 4.- Que el heredero o sucesor esté llamado a suceder, es decir, es necesario que la causa por la que el segundo entre a reemplazarlo se deba a que el primero haya fallecido y jurídicamente le corresponda reemplazarlo.²¹

Acerca de estos requisitos que establece el maestro Arce y Cervantes puedo decir que efectivamente para que la sucesión testamentaria se dé, son necesarios que se cumplan estos, pero considero que la conceptualización que ofrece sobre el testamento es muy vaga, pues no establece con exactitud cuáles son todas aquellas características esenciales que se requieren para que el testamento sea válido y para que surta sus debidos efectos.

GROCIO y PUDENDORF de la Escuela del Derecho Natural establecen que para ellos el derecho de testar deriva del derecho de propiedad. Si el hombre puede enajenar sus bienes en vida puede igualmente disponer de ellos para después de su muerte.

KANT de la Escuela Individualista dice que la muerte extingue todos los derechos y la herencia queda convertida en Res Nullius y entonces es ocupada para los

²¹ ARCE Y CERVANTES, José. De las Sucesiones, ed. sexta. Ed. Porrúa, México, 2001, pag. 35



parientes mas cercanos. Estas proposiciones de Kant conducen al abuso, en muchos casos los domésticos, los sirvientes serian los primi occupandi.

El derecho hereditario es consecuencia de la teoría del patrimonio, el fenómeno que salta a nuestra vista es el de un patrimonio que perdura a través del cambio de su titular.

Al fallecer la persona titular del patrimonio, este sigue formando una unidad que se transmite a los herederos y legatarios del autor de la herencia, con la finalidad de que, hecha la liquidación correspondiente, adquieran el archivo hereditario.

Todos los principios del derecho hereditario van a reglamentar este proceso que se ocupa de saber primeramente, quienes son los herederos y posteriormente, de la designacion del albacea, que es quien tramita y administra los bienes y finalmente, de la elaboracion de inventarios y avaluos.

De lo anterior puedo concluir de manera muy particular que el derecho hereditario es el conjunto de normas que regulan la transmision del patrimonio del difunto a sus herederos.

Ahora bien, dadas las multiples definiciones doctrinales que hemos citado, es también conveniente conocer los conceptos que diversos códigos civiles brindaron acerca del testamento

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.4.- Concepto Legal del Testamento en diversos códigos civiles

Primero citaremos textualmente la definición del testamento que nuestra propia legislación en el código civil vigente para el Distrito Federal nos brinda acerca del tema que nos ocupa.

En su artículo 1295 se establece: "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."²²

A esta definición puedo deducir que, para que se dé la sucesión voluntaria se precisa que el autor del testamento, previamente a su muerte realice una declaración de su voluntad y de ahí nace el testamento

El Código Civil francés define al "testamento como un acto revocable por medio del cual el testador dispone para cuando deje de existir, de todos sus bienes o parte de ellos. (art. 895)"²³

El código de Napoleón definió el testamento como un "acto revocable por medio del cual el testador dispone para el tiempo en que no exista de todos sus bienes o parte de ellos."²⁴

Ambas definiciones tanto la del Código Civil francés y la de Napoleón coinciden pues en las dos, se establece que el testamento es un acto mediante el cual el testador debe disponer de sus bienes para después de su muerte

²² Código Civil vigente para el Distrito Federal, ed. sexagesimoquinta, Ed. Porrúa, México 1996, pag. 251.

²³ Código Civil francés, publicado como apéndice de "lecciones de derecho civil" parte cuarta volumen IV de Henri Léon y Jean Mazcard, ed. vigesima, Ed. Jurídicas Europa-América 1998, pag. 325.

²⁴ De Battola Antonio, Op. Cit. Pág. 350.

En los mismos términos está redactado el artículo 587 del Código Civil Italiano que a la letra dice: "testamento es un acto revocable por el cual alguien dispone para el tiempo en que habrá cesado de vivir de todos sus bienes o de parte de ellos."²⁵

Por su parte el Código Civil español, en su artículo 667, manifiesta que el "testamento es un acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes, o parte de ellos".²⁶ Coincidiendo con las definiciones de derecho francés e italiano.

El Código Civil chileno establece que el "testamento es un acto más o menos solemne, en el que una persona dispone de todo o parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultas de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva (art. 999)"²⁷

Esta definición hace ambiguo el concepto al expresar que es un contrato "más o menos" solemne pues no ayuda a lograr una idea clara de lo que queremos definir.

El Código Civil argentino define el "testamento como un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley por medio del cual una persona dispone de todo o de parte de sus bienes para después de su muerte"²⁸

²⁵ Código Civil Italiano, publicado como apéndice de "manual de derecho civil y comercial" Tomo I de Francesco Messico, Ed. Jurídicas Europa-América 1968, pag. 398.

²⁶ Código Civil Español, ed. Quincuagesima Ed. Labor 1968, pag. 412.

²⁷ Código Civil Chileno, ed. vigesimocuarta Ed. Comares 1989, pag. 501.

²⁸ Código Civil Argentino, ed. trigésimaprimer Ed. Lab Bosch 1999, pag. 342.

1.5.- Clasificación de los Testamentos:

Los Testamentos a su vez se clasifican en:

1.5.1.- Testamentos Ordinarios:

a) Testamento Público Abierto.- es aquel que se otorga ante Notario y tres testigos idóneos, es público porque se hace la declaración de voluntad en un instrumento público. es abierto porque la voluntad del testador es conocida, tanto el Notario como los testigos es idóneo porque se refiere a que los testigos tienen la capacidad para fungir como tales de acuerdo con la ley. A estos testigos se les llama instrumentales porque con el notario coautorizan el instrumento donde consta el testamento. se le llama público porque está autorizado por un funcionario público como es el notario y se le llama abierto porque no está oculto sino patente y visible en el protocolo notarial

Este testamento es el único que permite hacerse 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 en virtud de que está redactado por un perito en derecho investido de fe pública, el notario y de que la voluntad del testador es conocida. no secreta.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

b) Testamento Público Cerrado.- puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común, tal como lo establece el artículo 1521 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

Como su nombre lo indica el papel en que esta escrito el testamento o el que sirva de cubierta deberá estar cerrado y sellado para exhibirse al Notario. El testador debe rubricar y firmar al calce todas las hojas que lo compongan y si no puede o no sabe escribir, otra persona podrá hacerlo a su ruego y al presentar el testamento, ésta persona que firmo deberá acompañarte a presentar el pliego cerrado, en este mismo acto el testador declarará que la persona rubrico y firmo en su nombre.

Al presentar el testamento ante el Notario deberá hacer presencia de tres testigos y declarará que en ese documento se encuentra contenida su última voluntad. El Notario deberá dar fe del otorgamiento utilizando las formalidades requeridas y lo hará constar en la cubierta del testamento que llevará estampillas del timbre y lo firmaran el testador, los testigos y el Notario que además pondrá su sello.

El testamento podrá ser conservado por el testador o darlo en guarda a persona de su confianza o depositarlo en el Archivo Judicial. El Código establece las reglas para el otorgamiento, entrega y retiro del testamento. Como es un testamento cerrado, deberá abrirse por un juez cuando haya fallecido el testador, previo reconocimiento de las firmas del notario, de la mayoría de los testigos por lo menos y del testador o los que puedan hacerlo. Cumplidos estos requisitos el juez declarará que se publique y protocolice el testamento. Protocolizar significa

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

incorporar el documento al protocolo notarial que, en este caso, consistirá en transcribirlo en el mismo, con lo cual se podrán además expedir cuantas copias sean necesarias. La apertura de éste testamento esta también regida por el Código de Procedimientos Civiles (877 y 880).

En mi opinión este testamento es aconsejable realizarlo cuando es imprescindible que nadie conozca su contenido por razones válidas que pueda tener el testador.

La realidad es que este tipo de testamento puede en un momento dado presentar inconvenientes ya que el testador pudiera omitir algún requisito indispensable para su validez, podría redactarlo defectuosamente, podría ignorar los efectos que puedan tener sus disposiciones, o por los riesgos de extravío o destrucción, peligro de rotura del pliego, de la apertura de la cubierta, de que sean borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan y eso podría dejarlo sin efectos.

"Es importante mencionar que este tipo de testamento no lo pueden otorgar en México, personas que sean extranjeras o no sepan el idioma español o dicho de otra forma, no se puede otorgar en idioma extranjero como si puede hacerse en el caso del Testamento Publico Abierto, si bien con su traducción"²⁹

c) Testamento Olografo - el nombre viene del griego "holos" (todo) y "grafo" (escrito) o sea todo escrito por su autor, manuscrito de puño y letra del testador. Solo puede ser otorgado por personas mayores de edad que sepa naturalmente escribir y leer, y para que sea válido debiera estar totalmente escrito por el

²⁹ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho Sucesorio, ed. segunda. I. A. Porrúa, México 1997. pag. 162

testador y firmado por él, con expresión del día, mes y año en que se otorgue. Este testamento debe otorgarlo el testador por duplicado e imprimirá en cada ejemplar su huella digital y guardarse en un sobre cerrado cada uno de los ejemplares.

Los testamento ológrafos no producirán efectos si no se depositan en el Archivo General de Notarías en la forma dispuesta por el artículo 1553 y 1554 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal. El origen de este testamento es románico, aunque el derecho antiguo francés no lo recogió, pero si paso por toda su fuerza a los países germanos anglo-sajones.

En México se le han dado una serie de formalidades que han desvirtuado su utilidad, como básicamente la de eliminar la intervención del Notario Público, pero no al Archivo General de Notarías y así como en el artículo 1553 se establece la necesidad de depositar en esa dependencia un ejemplar del testamento y esa es la razón que explicara el porque, en todo juicio sucesorio se libra un oficio a tal dependencia a efecto de que el jefe de esa oficina informe si en ella se ha hecho el depósito de algún testamento

El testamento olografo que no este depositado en el Archivo General de Notarías no producira efectos Este "estar depositado" es un requisito de forma "Al estar depositado el encargado del Archivo tomara razon de el en el libro respectivo a fin de que el testamento pueda ser identificado y conservara el original bajo su responsabilidad hasta que proceda a hacer su entrega al mismo testador o al juez competente."³⁰

³⁰ HARROLA, Antonio De. Cursos y Sucesiones, ed septima Ed Porrúa, México 1991 pag. 703

En cualquier momento podrá retirarse del Archivo personalmente por el testador o a través de Mandatario con poder especial en cuyo caso se hará constar el retiro en un acta que firmarán el interesado o su mandatario y el encargado del Archivo. Este testamento puede hacerse en forma de carta, a lápiz, puede otorgarse a intervalos largos en diversas ocasiones, siempre que cumpla con poner varias hojas, la firma del testador debe ser la acostumbrada.

d) Testamento Público Simplificado.- En la reforma al Código Civil (D.O. 6 de enero 1994) se introdujo una novedosa figura que es el testamento público simplificado.

Este testamento es aquél que se otorga ante Notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente:

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

2.- El testador instituirá uno o más legatarios con derecho acrecer, salvo designación de sustitutos. En caso de existir legatarios incapaces, el testador

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

podrá designarles un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente.

3.- Si hubiera pluralidad de adquirentes del inmueble, cada copropietario podrá instituir uno o mas legatarios respecto de su porción. Cuando el testador estuviera casado por régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o mas legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda.

4.- Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere.

5.- Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no le serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713 y 1770 y demás relativos del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

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

1.5.2.- Testamentos Especiales:

A) Testamento Privado.- Para que el testamento privado pueda otorgarse es necesario que al testador no le sea posible hacer testamento ológrafo.

Este tipo de testamento esta permitido en los siguientes casos:

Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no le da tiempo para concurrir al Notario para realizar su testamento, cuando no haya

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Notario o juez que actúe por receptoría; cuando aunque haya Notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento; cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

La forma de otorgar este testamento para q el testador declare su última voluntad se hará en presencia de cinco testigos idóneos, que uno de ellos redactará por escrito, si el testador no puede escribir, pero en los casos de suma urgencia bastarán solo tres testigos idóneos. El testador expresará de modo claro su voluntad al Notario y este redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que este manifieste si esta conforme. Si lo estuviere, firmaran la escritura el testador, el notario y, en su caso, los testigos, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere otorgado.

Es importante mencionar que este testamento sólo podrá surtir sus 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.

Además necesita para su validez que el juez declare que lo dicho por los testigos idóneos sean el formal testamento del testador, es decir que los testigos hayan declarado el lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento, que reconozcan, vean y oigan claramente al testador que el testador este en su cabal juicio y libre de cualquiera coacción, que sepan el motivo por el que se otorgó el testamento privado y que declaren si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba

Si después de la muerte del testador muriese alguno de los testigos o se encontrará ausente uno de ellos, se hará la declaración con los restantes, siempre

y cuando no sean menos de tres. Hallándose los testigos, serán examinados por exhorto.

B)Testamento Militar.- Este tipo de testamento es aquel que se otorga cuando un militar, asimilado del ejército o prisionero de guerra, entrega ante dos testigos, el pliego cerrado firmado de puño y letra, que contenga su última disposición o que haga la declaración de su última voluntad ante los mismos en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla.

Este testamento deberá ser entregado, luego de que muera el testador al jefe de la corporación a la que pertenecía el testador y éste a su vez lo remitirá a la Secretaria de la Defensa Nacional para que lo haga llegar a las autoridades judiciales

Si el testamento hubiere sido otorgado de palabra, los testigos instruirán de él desde luego al jefe de la corporación, quien dará parte en el acto a la Secretaria de la Defensa Nacional y este a la autoridad competente, a fin de que proceda, teniendo en cuenta que el testador hubiera fallecido en el campo de batalla y que los testigos hayan sido examinados por exhorto, para que así surta sus efectos

C)Testamento Marítimo.- Este testamento se otorga cuando el testador se encuentra en alta mar, a bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra o mercante

Se elaborará escrito por duplicado ante dos testigos en presencia del capitán del barco, si es éste quien lo otorga, se requerirá la presencia del segundo de abordó. El testamento se conservará entre los papeles importantes de la embarcación y de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

él se hará mención en la bitácora o diario de navegación; a la llegada del barco a puerto extranjero, el capitán entregará un ejemplar del testamento al agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicano, y posteriormente, al arribar a puerto nacional, entregará el otro ejemplar, o ambos si no dejó alguno en puerto extranjero, a la autoridad marítima del lugar.

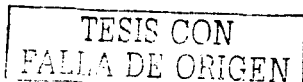
Los agentes diplomáticos, cónsules y las autoridades marítimas, levantarán luego que reciban los ejemplares referidos, un acta de la entrega que remitirán con los ejemplares a la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual publicará en los periódicos la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento.

Este testamento será válido si el testador fallece en el navio durante el viaje, o dentro de los 30 días a contar del de su desembarco en cualquier puerto.

D)Testamento Hecho en Pais Extranjero - este testamento producirán efecto en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del pais en que se otorgaron.

Los secretarios de legación, los cónsules y los vicecónsules mexicanos podrán hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos de las naciones en el extranjero en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el Distrito Federal

Los funcionarios mencionados remitirán copia autorizada de los testamentos que ante ellos se hubieren otorgado al Ministerio de Relaciones Exteriores, para luego levantar un acta de la entrega y remitirla con el ejemplar a la brevedad posible y tambien como el marítimo, publicar en los periodicos la noticia de la muerte del testador y asi los interesados promuevan la apertura del testamento.



En caso de que el testamento fuera ológrafo, el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el término de diez días al encargado del Archivo General de Notarías y si el testamento fuera confiado a la guarda del secretario de legación, cónsul o vicecónsul, hará mención de esa circunstancia y dará recibo de la entrega. Los papeles en que se extiendan los testamentos otorgados ante los agentes diplomáticos o consulares llevará el sello de la legación o consulado respectivo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO II

ASPECTOS HISTORICOS DEL TESTAMENTO

2.1.- Roma

El testamento como disposición de última voluntad de índole más comprensiva, es una creación del Derecho Romano. Este creó dos formas fundamentales de disposiciones de última voluntad, el testamento rigurosamente formalizado de los juristas republicanos y el fideicomiso no sujeto a fama de la época imperial. Sólo en época tardía se han aproximado ambas.

Prescindiendo de las formas arcaicas, la evolución del testamento romano parte de una transmisión fiduciaria del patrimonio *inter vivos*. El causante enajenaba objetos de su patrimonio un fiduciario y lo hacía declarar en términos formales a quien debían transmitirse los distintos objetos (*nuncupatio*). Es de suponer, que este *testamento* estaba destinado sólo a adjudicaciones aisladas. Pero ya muy pronto se desarrolló hasta convertirse en testamento con institución de heredero.

El *familiae emptor* quedó reducido a un simple testigo, el causante nombraba el mismo un heredero universal, la *nuncupatio* se convierte en lectura de (o remisión a) un documento abierto que al fin del acto de otorgamiento se cierra y es sellado por los testigos. La aplicación de determinadas reglas técnicas dio al testamento todo el rigor y toda la claridad deseables, debía contener una institución de heredero; los herederos legales tenían que ser herederos expresamente; junto a los llamados testamentariamente, los herederos legales no podían heredar; no existía una sucesión sucesiva. Con esto se obtenía una clara delimitación frente a

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la sucesión legal. Dominaba un riguroso formalismo: cada una de las distintas configuraciones jurídicas estaba sometida al empleo de formas perfectamente definidas por la tradición. Si el causante no usaba la fórmula debida, no se producía el efecto jurídico deseado. Por otra parte, el sentido e intención de testamento solo podían fijarse sobre su texto mismo, con exclusión de todos los demás datos.

"En el derecho clásico coexisten tanto el testamento como el fideicomiso pues las dos cosas: un completo rigor formal y la libertad más extrema. Solo una época posterior enlazó las dos direcciones creando nuevas formas:

1.- El testamento regular del derecho justinianeo se desarrolla a partir de las tres etapas del derecho antiguo (derecho civil, pretorio e imperial) llamándose por esto *testamentum tripertitum*. Al otorgarlo el causante dicta su voluntad ante siete testigos, o les exhibe el testamento (abierto o cerrado) lo suscribe en su presencia y hace que ellos también lo suscriban y sellen. Los testigos deben estar presentes todos a la vez durante todo el acto, éste no debe interrumpirse. Para este testamento valen las antiguas reglas sobre la necesidad de la institución de heredero sin ella no hay testamento. En cambio se prescinde del formalismo verbal.

2.- El codicilo no es sino una forma simplificada de testamento (necesita cinco testigos) no sirve para las instituciones de heredero.

3.- Como forma nueva se añadió a imitación del derecho griego, la declaración del testamento como protocolo judicial, precedente del actual testamento público.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

También aquí el causante en lugar de emitir una declaración puede entregar un escrito.

4.- Basta un escrito simple si el causante solo testa a favor de sus descendientes.

5.- El fideicomiso oral se conserva para los legados. Se dan además algunas formas especiales."³¹

Estas formas fueron introducidas en Alemania con la recepción (ordenanza Notarial del Reich, 1512) y se convirtieron así en derecho común. En los derechos particulares se desarrollaron sin embargo, numerosas formas especiales algunas derivadas del derecho medieval. En este derecho testamentario estaba dominado por la Iglesia. El derecho canónico había desarrollado un testamento para atribuciones singulares análogo al codicilo, con formas especiales, e incluso exento de forma cuando se trataba de funciones piadosas. De ahí partió la evolución jurídica del legado sin necesidad de instituir heredero en cuanto a la forma se prevé con frecuencia la declaración ante una comisión municipal, etc. En Francia hacia fines de la Edad Media se desarrolló en las coutumes el testamento olografo

En cuanto a la forma esta se ha guiado sobre todo por la idea de que la forma del testamento tiene por misión asegurar la ausencia de defectos formales, la claridad material y la segura perpetuación de la última voluntad. Por consiguiente, de entre todas las formas del derecho común y de los derechos particulares, se decidieron

³¹ KIPP, Theodor Derecho de las Sucesiones ed. segunda Ed. Bosch 1976 pag 288

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

por conservar solo, como forma ordinaria, el testamento público. Fue la comisión del Reichstag la que añadió el testamento privado, ológrafo, del derecho francés. Lo que lo indujo a hacerlo fue la conveniencia de conservar a los habitantes de las zonas del derecho francés, esta forma barata, cómoda y secreta, a la que estaban ya habituados y que permite una fácil adecuación de la última voluntad al cambio de las circunstancias. Sin embargo, en el propio Reichstag se expresaron muy serios reparos a ello. Von Buchka calificó la introducción del testamento privado de "grave desgracia"; temía sobre todo la falta de dignidad y seguridad de esta forma de testamento. Pero el Reichstag mantuvo su criterio.

El testamento ha sido definido por Modestino como la justa declaración de nuestra voluntad respecto a aquello que cada uno quiere que sea hecho después de su muerte y Ulpiano dice que el testamento es una justa declaración de nuestra voluntad hecha con solemnidad, a fin de que valga después de nuestra muerte; de las cuales ambas definiciones no son muy acertadas pues quisieron hacer de ellas algo muy amplio y la hicieron vaga dejando de consignar en ellas las notas esenciales del testamento de heredero.

Sin embargo es importante mencionar que las formalidades exigidas para el otorgamiento de los testamentos variaron en Roma: por ejemplo,

"1.- En el **Derecho Civil** el primitivo *ius civile* conoció como formas más antiguas el testamento comercial y el *in procinctu*:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

I.- El testamento calatis comitiis.- se otorgaba ante el pueblo reunido en los comicios. En su forma mas antigua de comitia curiata debidamente convocada al efecto. La convocatoria se hacia dos veces al año y la asamblea era presidida por el máximo pontifice. No se sabe si los comicios actuaban como simples testigos o si aprobaban o no la última voluntad del testador por ello, es dudoso que se pueda hablar de un testador con carácter de ley.

II.- El in procinctu: se hacia delante del ejército equipado y bajo las armas. El jefe de familia soldado que deseaba testar antes de marchar al combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas. Esta forma desapareció en la época más antigua, antes de finalizar la república.

III - Per aes et libram (original). Los juriconsultos decidieron que el patrimonio de familia se transmitiera en la misma forma que las cosas más apreciada por la mancipatio. El padre de familia que no habia podido testar calatis comitiis y sentia su proximo fin. mancipaba su patrimonio ante cinco testigos y un libripens, a un amigo, encargándose oralmente de efectuar las liberalidades que destinaba a otras personas. en esto consistia este testamento.³²

El adquirente del patrimonio se llamaba familiae emptor y se le consideraba como heredero. Esta forma presentaba muchas imperfecciones. El jefe de familia no podia usarlo a favor del hijo que tenia bajo su autoridad porque la mancipacion no era posible entre ellos. El testador transmitia su patrimonio y el comprador pesaba y entregaba un trozo de cobre, que representaba el precio de la operación. No dejaba a cargo del heredero la obligacion juridica sino un deber moral de pagar las deudas.

IV.- Testamento nuncupativo.- De época incierta, pero seguramente posterior al perfeccionamiento del anterior por el derecho civil que un ciudadano puede testar oralmente con ayuda de un simple nuncupatio, declarando en voz alta el nombre del heredero y su última voluntad delante de siete testigos, si bien ofrecía menos garantías que el realizado per aes et libram tenía la ventaja de ser mucho más rápido y de realización más conocida y sencilla, ya que no exigía ninguna otra formalidad para celebrarse, ni la redacción de escrito alguno.

2.- En el **Derecho Pretorio**, el pretor, siempre dado a la simplicidad introdujo modificaciones en la forma de testar, sin tener en cuenta las ceremonias de la mancipatio, concedía la *bonorum possessio secundum tabulas* firmadas y selladas por siete testigos. Así pues, al que presentaba un documento en esa forma y contenía evidentemente la voluntad del testador, el pretor le otorgaba la *bonorum possessio secundum tabulas*.

Hasta A.Pio los herederos legítimos según el Derecho Civil podían hacer valer sus derechos aduciendo que el testamento referido carecía de valor ante el *ius civile* por faltar la mancipatio. Sin embargo, bajo dicho emperador, se permitió al pretor repetir tales reclamaciones de los herederos legítimos, mediante la *exceptio doli* otorgada a los herederos indicados en el testamento del *ius honorarium*.

3.- En el **Derecho del Bajo Imperio**.- En este período se simplificó aun más la legislación sobre testamentos le da fusión a las reglas del derecho civil, honorario y del derecho nuevo nació una nueva forma de testar: el testamento *tripartitum* llamado así porque tomó sus reglas de las legislaciones diferentes así:

1.-Del derecho civil primitivo, la presencia de los testigos y la necesidad de que el testamento debía realizarse en un solo acto.

2.-Del derecho honorario, el número de siete testigos con la grabación de sus sellos.

3.- Del derecho nuevo, constituciones imperiales, la firma del testador y los testigos. La descripción de este testamento se encuentra en una constitución dada por los emperadores Teodosio II y Valentiniano III del año 439 de C.

2.2.- España

La evolución histórica del testamento en España ha precedido de la sucesión intestada a la testada, el testamento fue un invento posterior y más reciente (ejemplo visible en la legislación germana). Al principio tuvo formas graves y solemnes, las de una ley y fondo limitado (como que quizá no se pudiese disponer de familia y si solo de pecunia; para lo primero seria menester quizá darse un hijo como en arrogación). Después comenzó la evolución hacia la libertad en el fondo (doce tablas paterfamilias), conservando la rigidez de forma hasta que de nuevo se impuso la reducción de la libertad en el fondo y la facilidad y simplicidad en la forma, pero sin desaparecer la necesidad de institución de heredero para su validez; de ahí el punto en que lo dejó el derecho romano.

"El derecho canónico quiso libertad de forma, gran facilidad y simplificación del acto, y así ha pasado al derecho moderno, que prescinde de necesidad de institución de heredero y pide forma especial, pero muy simple, segura y expedita la que ofrezca garantías para que el mayor número pueda ejercitar esta facultad natural de testar."³³

Una forma que se dio en España para testar fue a través del testamento por comisario, este testamento es una aplicación de la idea del mandato a la confección del acto testamentario, el mandante se llamaba comitente y el mandatario comisario. Era el que se hacía por medio de mandatario autorizado con poder bastante por el testador. Pugna totalmente con el carácter esencial que la tradición jurídica asignó al testamento de ser un acto personalísimo; el establecimiento de heredero decía la ley de Partidas, no podrá ser puesto en albedrío de otro. Aunque derogado explícitamente por el código civil español, importa todavía estudiarle, no ya solo a su valor histórico, sino por la aplicación actual que las leyes españolas pudieran tener a tenor de las disposiciones transitorias. Abocándose a que tuvo su origen en la costumbre que fue recogida por la ley del Fuero Real, por virtud de la cual, si alguno no quisiese o no pudiera ordenar por sí la manda que (confiase de sus cosas y diera poder a otro), lo que él ordenase o diere vale como si lo ordenase aquel que dio el poder. Las partidas no admitieron este testamento, las leyes del Toro trataron de regularizarse y resolver las múltiples cuestiones que sugería desde la ley de 1931 hasta la de 1939. Con ellas vino a ser poco menos que inútil esta forma de testar; tales fueron las trabas y cautelas que se impusieron. Al sistema de la plena libertad que inspiró el Fuero

³³ KAMMEN, Henry. *La guerra de Sucesión en España 1700-1715*, ed. primera castellana, traducción Enrique Obregón sobre la primera edición inglesa. Ed. El Preambulo S.A. Barcelona 1969. pag. 486

Real en este punto por modo tal que había verdadera situación de persona o enajenación de personalidad, poniendo en albedrio de otro el encargado de confeccionar al testamento español sucedió este segundo sistema de leyes de Toro, en el que en realidad quien testaba era el poderdante, puesto que el comisario no podía hacer nada sino transcribir los concretos ordenamientos y poderes de aquel.

España ha tenido dos definiciones del testamento que transmitió en ellos el Derecho Romano, conformes sustancialmente: la de Ulpiano y la de Modestino a las que anteriormente ya hacíamos referencia en el apartado de los aspectos históricos en Roma, se les achacaba en el derecho español como defecto, pues no contenían el elemento esencial al testamento romano, a saber la institución de heredero, y que con eso no distinguían aquellas definiciones el testamento propiamente dicho y codicilo. De aquello huyó la ley de partidas, afirmando que en el testamento se encierra nuestra última voluntad, estableciendo heredero y departiendo cada uno lo suyo en el modo como quiera que finque después de su muerte.

"El Código Civil español exalta el carácter patrimonial del testamento diciendo que es el acto por el que una persona dispone para después de su muerte de todos o parte de sus bienes."³⁴ Esta definición del artículo 667 peca, primero, porque no es un acto cualquiera, sino con propios caracteres que le configuran y distinguen de todos los demás, unilateral, personalísimo, revocable, solemne etc; segundo porque no solo contiene o puede o puede contener disposiciones acerca de

³⁴ CLEMENTE, De Diego Instituciones de Derecho Civil Español ed. decima Ed. Nereu, Madrid 1866 pag. 78

bienes, sino acerca de otros derechos y relaciones jurídicas; por ejemplo reconocimiento de hijo natural, artículo 131 y 741, nombramiento de tutor en el artículo 204, permiso para casarse con determinados efectos, artículo 45.

Para el derecho civil español el testamento ha sido algo mas que simple disposición de bienes, para ellos es un acto de manifestación de soberanía individual, mejor de autarquía, por el que cumplen deberes y se ejercitan derechos en el modo como podamos ejercitarlos y disponer de ellos³⁵ Puede haber además sin disposición de bienes, ahora, para detener la sucesión legítima o abintestato es preciso que haya disposición de bienes, y en la medida en que lo haya quedará detenida esta sucesión abintestato

"La sentencia de 8 de julio de 1940 declara que según nos enseña el artículo 667, el testamento es un acto por el cual se dispone total o parcialmente de los bienes para después de la muerte, y si bien es verdad que de otros preceptos el Cuerpo legal resulta que esta equiparado al testamento propiamente dicho el mero acto revocable de un testamento anterior, que no supone directamente ninguna disposición sobre los bienes, aunque implique disposición de modo directo, al abrir la sucesión legítima, siempre que se haya observado en él las solemnidades necesarias para testar."³⁶

En Cataluña la regla que determina la capacidad para testar en Cataluña es la misma del Derecho romano; por lo tanto, los varones, a los catorce años de edad, y las mujeres a los doce años de edad, pueden hacer testamento, a no ser que

³⁵ ANTEQUERA, José María Historia de la legislación española ed. sexta. Ed. Impresa S.A., Barcelona 1874 pag. 343

³⁶ MINGUIJÓN, Adrián Salvado Historia del Derecho Español ed. vigesima sexta. Ed. IFC S.A., Barcelona 1850 pag. 587

estén incapacitados legalmente. Las incapacidades se señalan conforme a los derechos canónico y romano; han quedado derogadas a virtud del influjo de las leyes generales o por haber caído en desuso. Subsisten sin embargo, las incapacidades del pródigo, del sordomudo que no sepa escribir y del hijo de familia, a no ser del peculio castrense o cuasi castrense. El tribunal supremo, en sentencia de 11 de noviembre de 1907, puso en duda la vigencia de este precepto relativo al hijo de familia, habida cuenta de la distinta organización de la familia y patria potestad romanas y catalanas, y desde luego consideró que la prohibición romana relativa al sometido a la patria potestad del padre no podía hacerse extensiva al que estaba sometido a la potestad de la madre. Tengase en cuenta la Constitución de Pedro III, que hizo al matrimonio causa de emancipación y que la mayoría de edad a los veinticinco años emancipaba también.

En Baleares ha habido prácticas diversas que provocaron algunas disposiciones, en los testamentos otorgados ante Notario no era preciso que los testigos se informaran del contenido ni de las manifestaciones del testador. Bastaba que el Notario les enterara de que habían sido llamados para atestiguar que el testador otorgaba su última voluntad, que quedaba en poder de aquel y que quería que valiera como tal, y si no como codicilo. Esta práctica era incompatible con la legislación notarial de carácter general, y antes de esta, por Real orden de 30 de junio de 1873, de conformidad con lo informado por el Tribunal Supremo, se dispuso que se cumplieran las leyes del Reino. Los párrocos pueden autorizar toda clase de contratos y también los testamentos. No hay testamento por comisario, pero si hay costumbre de autorizar al usufructo para que elija heredero

entre determinadas personas, algo así como la institución de heredero de confianza, que nuestra práctica profesional ha descubierto también en testamento procedentes de Galicia.

En Aragón el testamento común es el abierto o cerrado, el abierto se otorga ante Notario, o, en su defecto ante el párroco o presbítero que canónicamente le sustituya y dos testigos vecinos, expresando ante ellos su voluntad o dando una nota escrita que será leída y confirmada en aquél acto por el testador. El Apéndice impone al párroco la obligación de consignar la voluntad del testador en notas escritas claras y precisas, figurando al pie las firmas de todos. Como testamento especial se conoce en Aragón, el mancomunado entre cónyuges, el cual perderá su eficacia si antes de la muerte de uno de los conyuges se declara la nulidad del matrimonio o la separación conyugal o se entabla la demanda de divorcio o querrela de adulterio de la existencia de la cual sea sabedor el conyuge al morir. En este testamento suelen concederse En este testamento suelen concederse reciprocamente los conyuges la facultad de distribuir el sobreviviente la herencia entre los hijos.

En Navarra, la regla de capacidad para testar ha sido la misma de derecho romano en cuanto a la edad para testar; así lo dispuso el Amejoramiento del Rey Don Felipe, derogando el antiguo fuero, que facultaba para testar a los mayores de siete años. Por ejemplo, en el testamento común abierto se tienen estas formas:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.- ante Notario y dos testigos varones mayores de catorce años de edad.

2 - en defecto el Notario, en presencia del cura o de otro clérigo.

3 - si tampoco hubiera clérigo, ante tres testigos que no sean parientes ni criados de los herederos o personas que tengan interés en el testamento, y que sean vecinos del lugar del testador. Estas dos últimas están necesitadas para su efectividad del abonamiento; tienen las dos un carácter supletorio. En general en Navarra tienen poca importancia los testamentos, porque la organización de familia y régimen de bienes se modela en las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones universales también entran en las sucesiones.

2.3.- Francia

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Durante la Revolución Francesa el testamento en los estatutos proponía también la conservación de los bienes dentro de la familia y el lustre de éstas, por cuya razón se tuvo en cuenta en las sucesiones, principalmente a los varones y se siguieron menospreciando a las mujeres, a quienes sólo se les otorgó el derecho de ser mantenidas y dotadas.

La dote era para la mujer el derecho a la sucesión intestada y al mismo tiempo su legítima en la sucesión testamentaria. En Italia aunque algunos estatutos excluían de la sucesión a los hijos naturales, el Derecho Estatuario los admitía no sólo a la sucesión materna, sino también a la paterna; a veces a falta de hijos legítimos y otras en concurrencia con ellos. Los hijos adulterinos y los incestuosos fueron casi

siempre excluidos de la sucesión. El derecho de suceder se extendía por lo general en este tiempo hasta el décimo grado de agnación y hasta el séptimo de cognación.

En cuanto a la sucesión testamentaria, reflejaba perfectamente las ideas del tiempo, toda vez que se consideraba al testamento como un acto supletorio de la sucesión legítima. Así, se concedió al padre la facultad de elegir entre sus agnados aquel a quien debía continuar la familia, pero con la obligación de dejar a sus hijos la legítima. Por lo general, las hijas no tenían derecho y solo debían conformarse con la dote, existiendo también restricciones a la libertad de testar, en perjuicio de los hijos naturales, adulterinos e incestuosos pero otras veces a favor de los mismos, a los que de ordinario se les dejaba una parte de la herencia. Los principios revolucionarios de 1789 tenían que producir una reforma radical en materia de sucesiones y en efecto, la Asamblea Constituyente, por medio de decretos publicados en los años de 1789 y 1791, abolió toda especie de desigualdad, disponiendo que los herederos del mismo grado sucediesen sin distinción por partes iguales, principios que inspiraron a los redactores del Código de Napoleón.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo que respecta a las sucesiones a favor de los ascendientes y colaterales, los compiladores del Código Francés se encontraron con las disposiciones del derecho consuetudinario, atendiendo al origen de los bienes, dividiéndose entre la línea paterna y la materna, según de donde procedieren. Este sistema trajo

consigo dificultades para determinar la proveniencia de los bienes. Para obviar estas dificultades establecieron que toda herencia a que tuvieran derecho los ascendientes o los colaterales se dividiera en dos partes, una para la línea paterna y otra para la materna. El Código de Napoleón también habla de los hijos naturales, los que una vez reconocidos tenían derecho a recibir una porción igual a la del hijo legítimo.

El hijo adulterino solo tenía derecho a una tercera parte de lo que le habría correspondido si hubiera sido legítimo.

Más tarde, los compiladores reaccionaron y el código prescribió que si el padre o la madre han dejado hijos legítimos, el derecho del hijo natural es de un tercio de la porción hereditaria si fuera legítimo; de la mitad si los padres no hubieran dejado hijos, pero si ascendientes o hermanos; de tres cuartas partes si no habían dejado ninguna de las personas señaladas y de la totalidad si no había parientes con derecho a suceder.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A los hijos naturales les estaba prohibida toda reclamación cuando durante la vida de los padres hayan recibido la mitad de lo que les está designado en la sucesión legítima, con la expresa declaración por parte de los mismos padres, de que su propósito es limitar la porción del hijo natural a aquello que le han dado y en el caso de que esta porción fuera inferior a la mitad de lo que debería recibir el hijo natural, este no podrá reclamar más que la parte necesaria para completar dicha mitad.

La ley no concede a los hijos naturales derecho alguno sobre los bienes de los parientes de su padre o de su madre, el código invocado dispone que las sucesiones del hijo natural, en el caso de que hayan premuerto los padres, los bienes que hubiera recibido de estos, pasaran a los hermanos legítimos.

Los hijos adulterinos e incestuosos no tenían derecho más que a los alimentos y ni siquiera a estos cuando los padres les hubieran enseñado un oficio. No obstante que los compiladores del Código de Napoleón rechazaron la sucesión testamentaria en un principio, posteriormente aquella fue aceptada por la legislación, pero se abolieron todas las formas de sucesión que vinculaban perpetuamente a la propiedad y que impedían usufructuarla a los herederos nacionales. A pesar de este rigorismo, el legislador francés no dudo sustraerse enteramente al influjo de las ideas medievales, admitiendo algunas sustituciones a favor de los sobrinos del testador, o de los hijos de sus hermanos. Además, se encuentra establecido el retracto sucesorio, el cual impide la libertad de las convenciones; y todavía más, existen vestigios contractuales de heredero de donaciones mortis causa y pactos sucesorios.

Este Código distingue tres clases de legatarios:

- 1 - Los Universales, que son aquellos que reciben la universalidad de los bienes del difunto,
- 2 - Los a Título Universal, que son aquellos que reciben una cuota de los bienes disponibles del testador, o todos sus inmuebles, o todos sus muebles o una parte de ambos,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.- Los Particulares, son aquellos que reciben algún legado a título particular.

Pero de cualquier clase que sean los legatarios, deben pedir la entrega de los bienes que se les han dejado en el testamento a los herederos reservatorios. Si estos no existieran, el legatario universal tendrá la posesión de los bienes, no así los otros dos que tienen la obligación de pedir los bienes a los herederos, a quienes la ley reserva una cuota parte de la herencia

En Francia las personas pueden disponer de sus bienes pero esta libertad no es completa: los ascendientes y descendientes tienen derecho a una parte llamada reserva hereditaria. La parte de que puede disponer el testador se llama cuota disponible que varía de por lo menos una cuarta parte y a lo más tres cuartas partes. Cuando no hay herederos reservatorios, todos los bienes son disponibles libremente. Esta es una solución entre el derecho individual para disponer y el derecho familiar

El Código Civil de Francia en su sección segunda del título II, nos hace referencia a la forma en que desde 1956 se regula sobre el testamento.

SECCION II: De los testamentos en general

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Art.º 667. El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento.

Art.º 668. El testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado.

En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia.

Art.º 669. No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

Art.º 670. El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.

Art.º 671. Podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Art.º 672. Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos en el testamento ológrafo

Art.º 673. Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude.

Art.º 674. El que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedara privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido.

Art.º 675. Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observara lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento

El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley."³⁷

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

³⁷ Código Civil de Francia, edición quincuagésima primera. Ed. Marsella, Francia 1956, pag. 304-307

2.4.- México

a) ÉPOCA COLONIAL

Para hablar del testamento en la época colonial de México tenemos que referirnos necesariamente al Derecho Español, ya que México fue una colonia de España.

En la legislación española al testamento se le llamo como ya habíamos dicho, Codicilio, el cual para su validez no requería necesariamente la designación del heredero ni la aceptación por parte de éste de la herencia. Si el testador instituía al heredero en codicilio, valía la institución como fideicomiso y en tal caso, entraba a la herencia el hijo legítimo, mismo que debía devolver la herencia al nombrarlo. Para eso, era necesario que el testador hubiera rogado en el testamento a los que hubieran heredado, para que entregaran los bienes al instituido en el codicilio, pues de otro modo no valdría la institución ni aún por fideicomiso.

El nombramiento de heredero era válido aún en el caso de que el testador no lo nombrara, pues bastaba que dijera que si cuando le nombrare el notario o señalara las personas.

Las partidas dividían a los herederos en tres clases:

1.- Herederos suyos que eran los hijos y sus descendientes del testador, considerándose estos como necesarios.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.- Herederos forzosos, estos eran siervos que el testador designaba como herederos, mismos que estaban obligados a aceptar la herencia y pagar las deudas del autor de ésta, hasta con su propio patrimonio si es que no alcanzaban los bienes heredados.

3 - Herederos extraños, eran todos aquellos que no estaban en ninguna de las dos anteriores situaciones

En el Derecho Español Antiguo, los testamentos se dividían en dos clases: solemnes y privilegiados. Los primeros se hacían observando todas las formalidades establecidas por la ley, los segundos eran válidos sin todos los requisitos debido a las circunstancias en que se otorgaban. Entre los testamentos solemnes estaban el testamento nuncupativo sea el testamento abierto o cerrado y de los testamento privilegiados están, el testamento militar, testamento rustico y el testamento de indios que se encargaba a los arzobispos, obispos y provinciales de las religiones para auxiliar a los indios.

Existieron otras instituciones jurídicas en materia de sucesiones, todas creadas por los españoles, aunque las Encomiendas y los Cacicazgos se originaron con la Conquista de México; y otras como los Mayorazgos, los Patronatos ya existían en España y únicamente nos fueron traspasados.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

b) EPOCA INDEPENDIENTE

Recordemos que en el México Independiente en 1824 se dictó la Constitución de México, donde se estableció la República Federal de donde se desprendieron numeras formas de regular nuestro actuar.

En nuestro país se ha legislado ampliamente sobre el testamento y estados como Oaxaca y Veracruz ya fijaban antecedentes importantes antes que el Distrito Federal, por ejemplo:

1.- Código Civil de Oaxaca de 1827.

Este código fue el primer código elaborado en Iberoamérica y en el se definía a la sucesión como "la institución civil, por la cual se transmite a una persona designada con anticipación, la propiedad de una cosa que acaba de perder su propietario, que muere intestado"³⁸

Para suceder, era necesario existir el momento en que tiene principio la sucesión, es decir, al momento de la muerte de aquel a quien heredan.

El Testamento se encontraba regulado en el libro 3, título segundo, de las donaciones entre vivos y los testamentos, este último se define como un acto por el cual el testador dispone, para el tiempo en que dejare de existir de la totalidad o parte de sus bienes y la cual podría revocarse.

³⁸ Código Civil de Oaxaca ed. Decimo cuarta. Ed. Porrúa, México 1827, pag 412

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

En este código de Oaxaca existieron sólo 2 tipos de testamento:

- a) testamento abierto
- b) testamento cerrado

El primero debía otorgarse ante un escribano público y con la presencia de tres testigos, quienes deberían de ser vecinos del lugar en que se llevara a cabo el testamento y, para el caso de que no fuesen de la localidad, se aumentaba el número de cuatro testigos. El testamento era dictado al escribano público y al quedar concluido era leído por el testador o por personas designadas por el propio interesado

En el segundo, el testador estaba obligado a firmar sus disposiciones, ya sea que él mismo lo haya escrito o que otra persona se lo haya hecho, se presentaba ante el escribano público y delante de seis testigos, lo cerraba y sellaba declarando en el acto que el contenido de ese papel era su testamento.

A la mujer le quedaba estrictamente prohibido servir de testigo, sólo los hombres podían aceptar ese cargo, siempre y cuando no fueren vagos y no hubieren sido condenados a penas infamantes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.- Código Civil de Veracruz de 1868.

Este ordenamiento se le conocía también con el nombre de Código Corona, en honor de su creador, el Lic. Don Fernando de Jesús Corona. Este Código entró en vigor en el año de 1869.

Definía al testamento como un acto solemne por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte, a favor de una o más personas, debiendo éste un acto personal.

Dividía al testamento en:

- a) Común
- b) Especial

A su vez el común se dividía en:

- a) Olografo
- b) Abierto
- c) Cerrado

3.- Código Civil de 1870 del Distrito Federal.

El código civil de 1870 del Distrito Federal fue promulgado el 13 de diciembre de 1870, siendo presidente de la república el Lic. Benito Juárez García. Fue adoptado sin modificaciones por varios Estados de la República, entre ellos San Luis Potosí, el 11 de diciembre de 1871 y Querétaro el 16 de septiembre de 1872.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para lo cual este Código definió al testamento de la siguiente manera "artículo 3374, el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos se llama testamento"³⁹

El libro cuarto de este código denominado "De las Sucesiones" y compuesto por los artículos 3364 al 4126, prevé la sucesión testamentaria y la sucesión legítima, además de una serie de instituciones de derecho sucesorio aplicables a ambas sucesiones

Resultaba válido cuando era realizado por un enfermo mental, siempre y cuando se encontrara en un período de lucidez.

c) MEXICO CONTEMPORANEO

En el Código Civil de 1884 del Distrito Federal, pasados unos años a partir de la vigencia del código de 1870 se consideró procedente su revisión, publicándose el 31 de marzo de 1884 un nuevo código civil para el distrito federal y territorio de la Baja California, con vigencia a partir del primero de junio siguiente. Lo componen 3823 artículos y los mismos Título Preliminar y cuatro libros que su antecesor.

Sustancialmente tiene igual contenido y la única diferencia es que abole la "legítima" del código anterior y la cambia por una libre forma de testar. Así, mediante el otorgamiento del testamento podía disponerse de todos los bienes del testador que pasaban a los herederos por él instituidos.

Las clases de testamento que señalaba este código eran los mismos que reglamentaba el anterior y sólo fueron cambiados los numerales.

³⁹ Código Civil para el Distrito Federal de 1870

En el Código Civil vigente para el Distrito Federal, la evolución del pensamiento filosófico mundial se plasmó en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y algunas de sus corrientes pasaron a formar parte del Código Civil que tuvo una orientación y una ideología distintas a las que sustentaban al código de 1884.

Este nuevo código fue publicado el 26 de mayo de 1928 y tras un *vacatio legis* muy prolongada, inició su vigencia el primero de octubre de 1932. Reemplazo en toda la materia civil al código de 1884 y a la ley sobre relaciones familiares. Artículo 13, fracción II; la aplicación del derecho extranjero, artículo 14; el testamento militar, artículo 1538 y el testamento hecho en país extranjero, artículo 1539.

Este ordenamiento ha sido fuente para la mayoría de los códigos civiles de los estados como el de San Luis Potosí de 1947.

La identidad entre los códigos de los estados y el del Distrito Federal es relativa, pues muchos de los códigos locales contienen disposiciones originales y muy atinadas soluciones a las diversas cuestiones que acontecen en su territorio.

El código civil vigente en el Distrito Federal se compone de 3044 artículos y 9 transitorios. El libro tercero cuya materia es el Derecho Sucesorio, corre del artículo 1281 al 1791. Tiene cinco títulos, el primero sobre disposiciones preliminares, en las que regula la situación del heredero y del legatario en la sucesión; el segundo titular está destinado a la sucesión testamentaria con

regulación de los testamentos en general, las capacidades para testar y heredar, las condiciones aceptables y los bienes de que se puede disponer en testamentos, la institución del heredero la de legatario y las sustituciones, así como la nulidad, revocación y caducidad de testamentos

El título tercero por su parte, contiene las diversas formas de testamentos, tanto ordinario y especiales que más adelante estudiaremos de manera breve.

El título cuarto regula la sucesión legítima con señalamiento de todos los llamados a heredar (descendientes, ascendientes, cónyuge, colaterales hasta el cuarto grado, concubina, concubinaria y beneficencia pública).

El título quinto se compone de una serie de disposiciones comunes a ambas sucesiones, entre sus capítulos están regulados las precauciones a tomarse cuando la viuda está encinta, la apertura, transmisión, aceptación y repudiación de herencia, los albaceas, los inventarios, la liquidación y partición de herencia y sus efectos, rescisión y nulidad.

CAPITULO III

IMPORTANCIA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL NOTARIO

3.1.- Breve Evolución Histórica del Notariado.

Básicamente la necesidad de dar seguridad a los actos jurídicos, generalmente trueques de comercio, que celebraban los particulares en la antigüedad, fue haciendo necesaria la intervención de alguna persona que diera confianza, seriedad y tranquilidad a dichas personas, en el sentido de que su trueque sería seguro y sin riesgos.

En origen dicha autoridad fue simplemente la buena fe y la invocación a dios como ley natural.

La familia estaba fuertemente organizada y estaba sujeta a la voluntad absoluta del padre, quien era el amo, sacerdote y juez, y la sumisión y total obediencia a dicha voluntad, eran los primordiales deberes de los miembros de la familia.

En el segundo libro del Pentateuco, el éxodo, (también conocido segundo libro de moises) se relata la terrible ley del talión, por la cual se castigaba al delincuente con pena igual al delito cometido, o sea ojo por ojo y diente por diente, sin embargo no se cita ningún otro ordenamiento que regulara la contratación.

El inminente crecimiento humano conjuntamente con sus inherentes actividades, hizo necesaria la búsqueda de algún signo referencial o a proveer algo que

sirviendo de medio de prueba, persistiera en la memoria de los contratantes así de las demás personas.

Dejando a un lado la invocación de Dios, los contratantes empezaron a buscar signos mas claros de celebración contractual, como determinados lugares, pronunciamientos de determinadas palabras y también la bendición del contrato.

Sin embargo todo esto aun no era suficiente, se hizo necesario recurrir al testimonio de personas que presenciaban las contrataciones, y que dio origen a la testificacion que fue el primer metodo de dar seguridad a los contratos, pero aun eso no era suficiente; afortunadamente la humanidad invento la escritura y simultáneamente la idea de dar forma escrita al habla de la humanidad, sin embargo a traves del tiempo, la escritura solo fue privilegio de una clase reducida. Esa clase reducida que sabia el arte de la escritura fue quien fungio en primer término como una especie muy rustica de "notario" hasta llegar a la institución notarial como la conocemos en nuestros dias

Es importante mencionar que existen antecedentes documentados de la actividad notaria, desde la época antigua, con los egipcios, hebreos, griegos y romanos; posteriormente en la edad media, con los italianos y los españoles, quienes fueron básicamente los antecesores directos del notariado mexicano, sin olvidar al "Tlacuilo" de Tenochtitlan, quien fue el que hizo las funciones, también muy limitadas, de notario público, en la época de los Aztecas.

La independencia de la Nueva España se declaró la noche del 15 de septiembre de 1810 por el cura Don Miguel Hidalgo y Costilla, consumándose la misma el 27

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de septiembre de 1821 por Don Agustín de Iturbide. En 1812 entró en vigor la
Constitución de Cádiz.

El 9 de octubre de 1812 las Cortes Españolas expidieron un decreto sobre el Arreglo de Tribunales y sus Atribuciones concediendo en sus artículos 13 y 23 a las audiencias, el conocimiento de todo lo relativo a la materia de escribanos. La legislación positiva española, las leyes de Indias, decretos, Provisiones, Reales Cédulas y demás que fueron dados durante la colonia continuaron aplicandose en México después de la consumacion de la Independencia, tal y como lo dispuso el Reglamento Provisional Politico del primer Imperio Mexicano de 10 de enero de 1822. Con el transcurso de los años, se fueron dictando nuevas leyes y decretos que paulatinamente fueron separando el decreto español del mexicano.

Durante la vigencia de la Constitución de 1824 se dictaron algunas disposiciones relativas a los escribanos, entre las cuales figuran la Providencia del 13 de noviembre de 1828 de la Secretaría de Justicia que comunicaba a Hacienda que se "de noticia de los oficios de escribanos vendibles y renunciabiles con todos los pormenores que en la misma se expresan". También la Circular de la Secretaría de Justicia de 1º de agosto de 1831, concierne a los requisitos para obtener el titulo de escribano en el Distrito Federal y Territorios. Entre los requisitos se encontraban los siguientes: tener un fondo de instrucción práctica, asegurar y guardar los secretos y los derechos e intereses más importantes de los ciudadanos, y las funciones más serias y augustas de los magistrados encargados de la administración y orden público.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El notariado en sus inicios no se consideraba como figura jurídica, de tal modo que ni siquiera contaba con fe pública; ésta la adquirió a través del tiempo y por meras necesidades. Quienes ejercían esta función eran consideradas como personas que eran capaces de leer y escribir y que auxiliaban al rey o a algún funcionario de un pueblo para redactar textos. Los notarios en la antigüedad no eran conocidos con ese nombre, sino por el de escribas. La función del notario tuvo gran relevancia principalmente en dos pueblos, el hebreo y el egipcio, que era en donde se les conocía con el nombre de escribas.

Por lo general, los reyes y funcionarios públicos del pueblo hebreo no sabían leer y escribir, es por esta razón que se auxiliaban de los escribas para realizar sus funciones.

En Grecia la función notarial predominó sobre la registradora, a diferencia de lo que sucedía en Roma. En Grecia los notarios asumieron directamente la función registradora, tanto para los contratos celebrados entre particulares, como para las convenciones internacionales. En este pueblo existieron oficiales públicos encargados de redactar los documentos de los ciudadanos, estos oficiales públicos eran los notarios, los cuales tenían diferentes denominaciones, las cuales eran: Apógraphos o Singraphos, a veces eran llamados Mnemones o Promnemones, todos estos nombres eran alusivos a la función escrituraria o a la recordación y constancia de los hechos que la requerían.

En Roma la función notarial estuvo atribuida y dispersa a multitud de oficiales públicos y privados, pero sin que todas las atribuciones de estas personas se reunieran en una sola.

Se conocen cuatro personas que eran los más característicos de la antigua Roma y ejercían funciones del tipo notarial, y eran el escriba, el notario, el tabularius y el tabellio. Sin embargo el Maestro Gimenez-Arnau se refiere a diversos autores quienes hablan de personas conocidas como tabellio, cursor, amanuensis, cognitor, acturarius, aceptor, logographis, numerarius, entre otros.

En México la actividad notarial ha tenido una evolución histórica muy interesante. Esta evolución se ha dado de manera paulatina y de acuerdo a la realidad histórica de nuestro país y a las necesidades de la sociedad

3.2.- Cómo surge la figura del Notario y el Notariado.

El Notario en América surgió después de que Cristóbal Colón el 12 de octubre de 1492, buscando un camino más corto a las Indias, accidentalmente descubre "la nueva España" llamada posteriormente América, en honor del expedicionario italiano "Amerigo Vespucci"; entre los integrantes de la expedición de Colón se encontraba Rodrigo De Escobedo, escribano del consulado de mar encargado del diario de la expedición, donde se registraba el tráfico de mercancías, los hechos sobresalientes y la actividad de la tripulación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Rodrigo De Escobedo, se considera el primer notario público que ejerció como tal en América.

Durante la Conquista, los escribanos dejaron constancia de la fundación de ciudades, creación de instituciones, asuntos de los cabildos y un sinnúmero de hechos relevantes para la historia de esa época.

Hernan Cortes, antes de la Conquista del Imperio Azteca, en Valladolid y luego en Sevilla, habia sido ayudante de un escribano lo que evidentemente despertó en él una gran practica de las artes de la escribania, y gusto por esa actividad, tanto que en territorio mexicano, solicitó en Santo Domingo una escribania del Rey, la cual le fue negada, aunque posteriormente se le otorgó la escribania del ayuntamiento de Asua donde practico 5 años, mas adelante, durante la gubernatura de Don Diego Velasquez, obtuvo una escribania en recompensa a su valor en el campo de batalla en la cual practico 7 años mas

Narra Bernal Diaz del Castillo, que cuando Cortes lleó a Tabasco por la desembocadura del rio Grijalva, pidió a Don Diego de Godoy, escribano del Rey que lo acompañaba, que pidiera paz a los indigenas, los que rechazaron tal pedimento, con lo cual no lograron mas que ser dispersos por su enemigo; siendo el propio Diego de Godoy, quien diera fe de la fundación de la villa rica de la Veracruz el 21 de abril de 1519.

Evidentemente las leyes de Castilla se incorporaron rápidamente a la nueva España y no tardaron en agregarse a ellas, las de la práctica notarial, dándose el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

9 de agosto de 1525, la primera escritura pública otorgada en volumen de protocolo, en la Nueva España, un mandato.

Desde 1573 se empezó a gestar la organización del Notariado con la cofradía de los cuatro santos evangelistas que no fue hasta 1592 que se fundó oficialmente; en dicha cofradía, se impartían clases teóricas y técnicas para ejercer la escribanía, se integraba por los escribanos y sus familiares, con la finalidad de auxiliar moral y económicamente a sus cofrades o miembros, a manera de mutualidad que los apoyaba en caso de defunción.

Años más tarde, en 1776, un grupo de escribanos de México, inició gestiones ante el Rey para erigir su Colegio de Escribanos, pero no fue sino hasta el 22 de junio de 1792, en que el Rey Don Felipe V, le participa a la audiencia de México haber concedido a los escribanos autorización para que pudieran establecer colegio con el título de real, autorizado para usar sello con armas reales y gozando de los privilegios reales y el 27 de diciembre del mismo año, se erige solemnemente el real colegio de escribanos de México, primero en el continente y que ha funcionado desde entonces en forma interrumpida, hasta nuestros días ahora bajo el nombre de Colegio de Notarios de la Ciudad de México".

Bajo la vigencia de la Constitución de 1824, en la cual se establece la división de los Estados, el 7 de diciembre de 1825, surge la primera Constitución del Estado de Puebla, y el 17 de octubre de 1826, el primer esbozo de la ley del notariado poblano, que culminara con la primera ley del notariado poblano el 29 de marzo de 1890.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Existen diversidad de definiciones y conceptos sobre el notariado. Algunos autores opinan que al definir al Notariado se puede definir al mismo tiempo al notario, ya que este es quien ejerce la función notarial. Genericamente el notario es conocido como un fedatario público, es decir, aquella persona que otorga su fe en determinados actos. Mas adelante explicaremos en qué consiste la fe pública.

Varios autores opinan que el notariado es un cuerpo facultativo o un conjunto de personas facultadas para ejercer la notaria; entre estos autores se encuentran comprendidos el maestro Fernandez Casado y el maestro Ruiz Gómez. Existen otros autores que hacen referencia al contenido de la función notarial.

De cualquier forma, el notariado abarca tanto al conjunto de personas facultadas para ejercer el derecho notarial, como al contenido de la función notarial, así como los límites y alcances de la misma.

Por otra parte se ha dicho que el notario declara derechos y obligaciones, siendo que estas nacen de la voluntad de las partes, de igual manera se cree que el notario aprueba los actos jurídicos sometidos ante su fe; sin embargo, solamente se limita a declarar su conformidad con el Derecho Objetivo.

A continuación se citarán las definiciones que algunos autores hicieron sobre el

derecho notarial; se tratará de analizar y de tomar lo que a nuestro juicio tenga más en común y las que disientan entre si;

Bardallo: "Sistema jurídico que tiene por objeto regular la forma jurídica y la autenticidad de los negocios y demás actos jurídicos, para la realización pacífica del derecho".

Giménez-Arnau : "Conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público"

Martínez Segovía: "El objeto formal de la función notarial, o sea su fin... "es la seguridad, valor y permanencia, de hecho y de derecho, del documento notarial y de su contenido".

Núñez Lagos: "El documento, como la cosa en el derecho real, es objeto esencial, principal y final del derecho notarial".

González Palomino: "La actuación notarial se desenvuelve en la esfera de los hechos (hechos, actos y negocios como hechos) para darles forma".

D'Orazi Flavoni: "Conjunto de normas que disciplinan subjetiva, objetiva y funcionalmente la institución notarial".

Larraud: "Conjunto sistemático de normas jurídicas que se relacionan con la

conducta del notario, pero esa actividad suya debe ser entendida ampliamente como actividad cautelar, de asistencia y regulación de los derechos de los particulares".

Cada uno de estos conceptos, por referirse al Derecho notarial de una manera tan genérica, omiten hablar de qué o quién le da al notario esa función autenticadora. En estricto sentido es el Estado a través de la ley quien otorga sus facultades al notario.

3.3.- La Fe Pública

Se conoce la fe según el origen de la autoridad de que provenga; puede ser fe religiosa o humana. La fe religiosa proviene de la autoridad de Dios, que ha revelado algo a los hombres. La fe humana proviene de aseveraciones hechas por el hombre.

La fe significa confianza, creer en algo, es una convicción. Por tanto, para que la fe pueda ser pública, es decir, frente a todas las personas, necesita de la facultad legal para ser otorgada a determinados funcionarios tanto del Estado como particulares.

La fe pública es una presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos. Esta afirmación es citada por Giménez-Arnau del Maestro Gonzalo de las Casas. Es por ello que Giménez-Arnau establece que "la fe pública no será la convicción del espíritu en lo que no se ve, sino la necesidad de carácter jurídico que nos obliga a estimar

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ellos".⁴⁰

Giménez-Arnau comenta que la expresión fe pública tiene un doble significado: uno es en el sentido jurídico, dar fe significa atestiguar solemnemente, entendido como acto positivo; por el contrario dar fe en el sentido gramatical significa otorgar crédito a lo que otra persona manifiesta; significa una función pasiva.

Doctrinalmente en el derecho notarial se conocen dos tipos de fe pública; la originaria y la derivada.

La originaria cuando el hecho o el acto del que se pretende dar fe es percibido por los sentidos del notario. Por ejemplo cuando el notario asienta una certificación de hechos en su protocolo o da fe del otorgamiento de un testamento.

La fe pública derivada consiste en dar fe de hechos o escritos de terceros, en este caso el notario no ha percibido sensorialmente el acontecimiento del hecho o el otorgamiento del acto que plasmará en su protocolo. Tal es el caso cuando el notario protocoliza el acuerdo del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima, otorgándole poderes a un tercero.

El Estado tiene dentro de sus fines la realización del derecho; para llegar a tal fin debe establecer la reglamentación de las diversas funciones de la fe pública. La fe pública puede distinguirse en las siguientes clases: fe pública administrativa, fe pública judicial, fe pública extrajudicial o notarial y en fe pública registral.

⁴⁰ JIMÉNEZ, ARNAU "Introducción al Derecho Notarial" ed. Montecorvo, Ed. De derecho Privado, España 1944, pag. 487.

La fe pública administrativa tiene por objeto dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado. Esta fe administrativa se ejerce a través de documentos expedidos por las propias autoridades que ejercen la gestión administrativa en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la administración.

Los documentos de carácter judicial, son los que gozan de la fe pública judicial. Debido a la trascendencia de las actuaciones ante los Tribunales -de la materia que sea- es menester que estén revestidas de un sello de autenticidad que se imprime en ellas por virtud de la fe pública judicial.

Las relaciones jurídicas realizadas entre particulares necesitan hacerse constar en escrituras públicas para producir sus efectos jurídicos. Por ello para hacer constar dichos actos es necesario hacerlo a través de la fe pública notarial. Más adelante se explicara la forma en que la fe notarial se apoya en la publicidad de los actos por medio del Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

Ya se comentó anteriormente que el Estado debe encargarse de otorgar seguridad jurídica a los particulares, de la misma forma en que se les da certidumbre a los actos del mismo. El Estado debe proteger los derechos privados, así como garantizarlos contra cualquier intento de violación. Por esto el Estado solamente podrá proteger aquello cuya existencia le conste. Es entonces el Estado quien reviste a determinadas personas con la fe pública notarial; la ley del notariado para el Distrito Federal de 1999 establece en el artículo 10 este

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

carácter que posee el notario. La nueva ley contempla en el mismo sentido que el notario debe estar investido de fe pública en el artículo 42.

Para robustecer lo plasmado anteriormente nos remitiremos a la teoría que plantea el maestro Pedro Avila acerca de la fe pública, la cual indica que "la función del notario es la de dar fe de ciertos actos; y el valor del instrumento el de hacer fe de su existencia y de todo o parte de su contenido". Lo anterior nos indica que entre la fe que otorga el notario con su intervención y el instrumento donde plasma el acto existe una relación estrecha debido a que ambas se complementan mutuamente para realizar una función específica, que en este caso es la de dar fe de actos o hechos jurídicos y tener constancia de los mismos.

Podemos afirmar entonces que la fe pública notarial tiene una función preventiva, y su actual desarrollo forma la preparación de las pruebas preconstituidas, dichas pruebas no nacen el transcurso de un juicio, sino que son anteriores a él.

El derecho notarial satisface la necesidad general de toda prueba, ya que el notario actúa en el mismo instante en que se produce el hecho; en cambio, en los sistemas de prueba en general el hecho se comprueba generalmente después de que ocurrió.

Luis Carral y de Teresa hace referencia al comentario del Maestro Sanahuja, que a la letra dice "... para que la fe pública pueda captar el hecho, precisa que el agente jurídico se halle interesado en hacer contar el acto que se propone llevar a cabo, lo que, como es natural, sólo ocurre cuando el hecho ha de producir un hecho jurídico favorable, o sea, la concesión o reconocimiento de derechos, y no

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cuando la consecuencia jurídica ha de ser una sanción en cuyo caso el autor del acto (ilícito) tendrá interés en evitar la. Con pequeñas variantes en el transcurso del tiempo, han existido obligaciones permanentes que los notarios deben cumplir. Siempre se ha esperado de ellos una calificada actuación moral que ha quedado plasmada en normas jurídicas.

En la actualidad el quehacer del notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir el instrumento. Tal función se desarrolla como ahora veremos, existencia de toda prueba".

3.4.- Funciones y Obligaciones del Notario:

ESCUCHAR

Cuando determinada persona desea celebrar algún contrato o se encuentra envuelta en un problema jurídico, acude al notario, y en una primera audiencia, le plantea sus dudas o problemas, los cuales son escuchados con atención. El notario investiga y trata de conocer todas las circunstancias que le pueden dar oportunidad de entender la inquietud de las partes y sus alcances.

INTERPRETAR

El notario, después de escuchar a sus clientes, se sensibiliza y busca los motivos y causas que han tenido para llevar a cabo la

operación; interpretando su voluntad y pretendiendo descubrir sus deseos y el modo de satisfacerlos dentro del ámbito jurídico.

ACONSEJAR

Una vez que las dudas o problemas han sido establecidos por las partes y asimilados por el notario, éste dentro de su repertorio jurídico, se encuentra en aptitud de dar consejo eficaz. Es muy frecuente que un planteamiento jurídico tenga diferentes soluciones, las cuales pueden encontrarse en los negocios jurídicos típicos o buscando una solución atípica particular, podríamos decir un "traje a la medida".

REDACTAR

En la redacción es necesario expresarse con propiedad, claridad y concisión. Además, el notario debe utilizar lenguaje jurídico. Las partes han expresado su deseo. El notario califica y determina el tipo de acto jurídico de que se trata y procede a la redacción de las cláusulas, en las que vuelca su creatividad de profesional del derecho demostrando su calidad de jurisperito. Desarrolla su labor de perito en derecho reconocida por la ley, así como su práctica en la redacción adquirida a través de la experiencia. Gracias a su estudio, sabe adecuarlas y ordenarlas para formar el instrumento necesario a las partes. La redacción de las cláusulas requiere de sabiduría legal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CERTIFICAR

En la certificación el notario da fe adecuando la función notarial al caso particular. Es la parte donde manifiesta el contenido de su fe pública, que es: fe de existencia de los documentos relacionados en la escritura; fe de conocimiento: fe de lectura y explicación del instrumento; fe de capacidad de los otorgantes, y finalmente, fe de otorgamiento de la voluntad.

Por su calidad de fedatario, el notario, al certificar, formula un juicio de certeza que se impondrá a los demás.

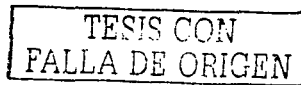
AUTORIZAR

La autorización de la escritura es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico, quien ejerce sus facultades como fedatario público, da eficacia jurídica al acto de que trate, permite en el caso de un hecho, que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena.

La autorización es el acto del autor y creador de la escritura notarial.

CONSERVAR Y REPRODUCIR

El notario satisface plenamente a los ideales de seguridad jurídica, no sólo por la actividad de examinar y redactar que integra su función, sino también



porque responde a los principios de conservación y reproducción del documento.

En los documentos privados no hay la posibilidad de reproducción, pues a diferencia del notarial, no existe una matriz que lo conserve en forma permanente.

Además de estas actividades netamente notariales, las leyes tributarias le imponen al notario obligaciones fiscales. Por otra parte, si un documento es inscribible en el Registro Público de la Propiedad, en la mayoría de los casos se encarga de su inscripción.

De igual manera, sin ser un empleado del fisco y sin recibir remuneración alguna, puede ser eficaz colaborador en la aplicación de las leyes fiscales, tales como la del impuesto al Valor Agregado. Sobre la Renta y otras, especialmente cuando hace constar la adquisición de un inmueble.

En todas estas etapas de la actividad del notario, debe caracterizarlo su veracidad, imparcialidad, espíritu conciliador, discreción en los secretos recibidos, preparación técnica y jurídica, desempeño personal, equidad en el cobro de los honorarios, y cumplimiento de las demás normas éticas y jurídicas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

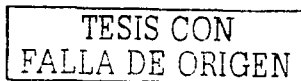
El notario para dar seguridad jurídica debe actuar con veracidad y ser fiel al asentar en su protocolo lo que ve y escucha. Asimismo deber ser imparcial y no adherirse a ninguna de las partes en favor o en contra de la otra. Debe guardar el secreto profesional de las confidencias recibidas en el ejercicio de sus funciones.

De igual manera y para estar en posibilidad de dar una respuesta adecuada y eficaz a la operaciones planteadas por sus clientes, tiene el deber de actualizar sus conocimientos técnicos, jurídicos y científicos. Su actuación debe ser personalísima, pues el asesoramiento y consejo a las partes no puede ser suplido por la tecnología ni diferido a otras personas.

Para el cobro de los honorarios, debe sujetarse a los aranceles y exigir su adecuación a la realidad. El notario, aun en menoscabo de sus honorarios, tiene el deber de coadyuvar en la resolución de los problemas sociales de dotación y regularización de la vivienda.

3.5.- EL COLEGIO DE NOTARIOS

Después del de abogados instaurado en 1760. Surge nuestro Colegio por la Real Cédula de Aranjuez, expedida el 19 de junio de 1792 por el Rey Carlos IV de España. La institución notarial en general ha estado presente desde los albores de la civilización; al efecto la historia consigna que en las diversas culturas hebrea, egipcia, griega, romana y desde luego en la de nuestros indígenas



precoloniales, ha estado presente siempre un personaje (escriba, tabelión, tlacuilo, escribano, etc.) que da fe, o al menos narra los acontecimientos jurídicos, con el fin de brindar a las partes y a terceros la seguridad que la sociedad requiere a través de un imperativo legal consistente en tener por cierto lo que no hemos percibido o captado a través de nuestros sentidos, esto es, por la fe pública. La honorabilidad e independencia de estos fedatarios se ha reconocido en el curso de los tiempos y se fundamenta en la necesidad de éstos de contar con una preparación jurídica adecuada; por eso, desde muy antiguos ordenamientos como fueron las Constituciones dictadas por Justiniano o por Leon VI, emperador romano de Oriente, se exigía que el notario o escribano fuera gente culta con grandes nociones de derecho. En nuestro Mexico, la proliferación legislativa en materia notarial ha sido muy destacada, desde la época colonial en donde recibimos toda la tradición romanista a través de las Leyes de Indias, Las Siete Partidas, la Novísima Recopilación y las Leyes del Toro, entre otras. Ya en nuestra época independiente diversos ordenamientos rigieron la vida notarial, primero adscribiendo a los hoy notarios a los tribunales y juzgados como lo establecía, bajo la Constitución de 1824, la Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común del 23 de mayo de 1837, por mencionar alguna de ellas y después tratando al notario como un profesional independiente, tal y como lo tenemos reconocido en las primeras leyes formales del notariado expedidas por Maximiliano de Habsburgo en 1865 y Don Porfirio Díaz el 19 de diciembre de 1901 y en las subsecuentes leyes que nos han regido durante este siglo, promulgadas en los años de 1932, 1945 y 1980. Durante estos más de 200 años de vida gremial, el notariado ha convivido con los habitantes de la ciudad y ha evolucionado junto con ella dando

TESIS CON
FALLA DE C...

testimonio de los principales cambios sociales, políticos y económicos que de alguna manera han afectado o transformado nuestra idiosincrasia

Desde 1946 el acceso al notariado en el Distrito Federal, ha sido por el sistema de un estricto examen de oposición; este sistema tiene el reconocimiento de propios y extraños y es ejemplo para los notariados del interior de la República, los cuales en muchos casos han logrado la instauración de este medio de acceso, que atiende principalmente a la excelencia académica y se aleja de cualquier otro interés.

De esta manera el Colegio de Notarios, conjuntamente con las autoridades del Gobierno capitalino, en los últimos cinco años como nunca antes en la historia de la ciudad, han practicado una elevada cantidad de exámenes de aspirante a notario y de oposición para obtener la patente respectiva sin descuidar por ello la calidad de la evaluación, lo que nos permite afirmar en la actualidad, que los exámenes de oposición constituyen el único medio para obtener la patente de notario en nuestra ciudad y, después de más de cincuenta años de haberse creado, un ejemplo por imitar, dada la capacidad técnica y moral de los notarios, quienes, a través de este medio, han logrado merecidamente ser depositarios de la fe pública.

Dicho esfuerzo sin precedentes durante estos años, por parte de ambas instituciones -mediante el examen de oposición, insistimos-, ha hecho crecer el número de aspirantes y de los notarios en proporción al crecimiento demográfico, para poder así llegar con las personas mejor preparadas, a los más encumbrados

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

medios financieros y comerciales, o hasta aquellos núcleos de comunidades de compatriotas con limitaciones económicas y marginales, todos necesitados de la asesoría y de la seguridad jurídica que cada vez es más imperante en nuestra cambiante, compleja y diversificada sociedad. Así la institución encuentra, como hasta ahora, una plena justificación dentro de nuestro sistema notarial latino, basado en los principios romanistas del derecho, donde a diferencia de los notariados anglosajones, la participación del notario da vida a la frase de Don Joaquín Costa "notaría abierta, juzgado cerrado".

Gracias a la intervención notarial a lo largo de este siglo, las autoridades han descansado en la función de los notarios para llevar a cabo obras de carácter social: ya en los últimos años y a raíz de los sismos sufridos en el año de 1985, que causaron graves destrozos a la propiedad inmueble de los capitalinos, el notariado ha intensificado su participación en diversos programas tendientes a regularizar la tenencia de la tierra, dando siempre, con la certeza que brinda la seguridad jurídica y su preparación profesional, una solución a problemas que de esta índole venían arrastrándose desde varias generaciones atrás; así, programas como Tlatelolco, Programa Fase I, Programa Fase II, Renovación Habitacional Popular y los realizados por la Comisión para la Regularización de la Tenencia de la Tierra y la Dirección General de Regularización Territorial entre otros, han servido para garantizar a la ciudadanía el derecho de propiedad que tienen sobre sus bienes y la seguridad de que éstos podrán ser transmitidos a su fallecimiento con celeridad y eficacia a sus sucesores.

Nuestro Colegio tiene celebrados acuerdos con el Gobierno Federal y con el del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Distrito Federal, así como con diversas entidades financieras de fomento y constructoras para brindar facilidades administrativas, fiscales y sobre todo económicas en beneficio de la colectividad en materia inmobiliaria.

En estos programas están obligados a participar todos los notarios del Distrito Federal, utilizando un sistema protocolar abierto, cuya reducción de formalismos permite atender en un solo día a una considerable cantidad de colonos beneficiarios.

Otra facilidad que la ley brinda a la colectividad, en aras de la seguridad jurídica, es el otorgamiento del testamento público sin testigos que veíamos era uno de los obstáculos principales para que las gentes testaran, pues reunir a tres testigos instrumentales a la misma hora, en el mismo lugar, era difícil y eso desalentaba mucho al testador. La eliminación de testigos en la generalidad de los testamentos públicos abiertos (y se dice generalidad porque existen testamentos que si siguen requiriendo de testigos: cuando el testador no sabe leer o no sabe firmar o cuando el notario o el testador requieren, en una situación particular a su juicio, de testigos), promueve la cultura del testamento y elimina la posibilidad de la existencia de intestados muchas veces indeseables. Por otro lado, como ya se dijo, se da la facilidad de que en los mismos actos de adquisición de la propiedad, en programas de regularización, se otorgue el testamento público simplificado y ahí se determine quiénes van a ser los legatarios del inmueble para después de la muerte del testador.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El testamento público abierto o cerrado abarca la totalidad del patrimonio de una persona que no está constituido necesariamente por inmuebles, razón por la cual cualquier persona debe hacer su testamento para evitar conflictos futuros.

En materia electoral los servicios sociales del notariado han sido plenamente reconocidos por las autoridades, tanto en elecciones federales como locales: los notarios han intervenido certificando el estado de los sistemas computacionales, cotejando registros de candidatos y, sobre todo, dando fe de diversos hechos concernientes a las elecciones y manteniendo sus oficinas abiertas en los días de la votación desde que ésta empieza hasta después que termina.

Todos los programas anteriores cuentan con el apoyo económico del notariado, ya que la actual ley, su arancel y diversos convenios que se tienen con las autoridades reducen considerablemente los honorarios causados por las escrituras traslativas de dominio, de constitución de régimen de condominio, poderes y notificaciones y actas en general tendientes a regularizar la tenencia inmobiliaria en la capital o a prestar en general cualquier servicio social solicitado por las diversas autoridades.

A raíz de la necesidad que enfrentó el notariado a partir de 1985, de realizar escrituras con bajos costos y en forma masiva, en 1986 se considera inaplazable en la Ley del Notariado la aparición del Protocolo Abierto Especial, el cual venía a

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

romper con la tradición de más de 85 años de contar con protocolos de carácter cerrado. El Protocolo Abierto Especial iba a irse constituyendo paulatinamente mediante la colección de folios sueltos, a diferencia del Protocolo Cerrado, que estaba siempre preempastado y cuyo peso y dimensiones dificultaban la tarea que el notariado y el gobierno se habían trazado.

Dado el éxito experimentado en la utilización de dicho protocolo el Gobierno Federal instauró el sistema abierto en los consulados de la República Mexicana en el extranjero, y a partir de 1994 se uniforma el sistema y todo protocolo utilizado por el notariado del Distrito Federal, se aglutina folio a folio, con un sistema jurídico que brinda seguridad en su utilización y permite al notario abatir costos y tiempos en aras de atender en forma más ágil y eficaz a su comunidad cada vez mas creciente y compleja.

La legislación capitalina ha sido pionera en este tema y poco a poco las demás legislaciones notariales en los estados, han ido adoptando el sistema de protocolo abierto.

La labor del notario latino consiste primordialmente en la redacción del instrumento notarial, su autorización y reproducción, pero para llegar a ello es menester que el notario previamente realice una función consultora; esta labor de asesoría también tiene un contenido de tipo social que realiza el Colegio de Notarios dentro de su sede en la calle de Río Tigris # 63, Col. Cuauhtémoc, en la ciudad de México, donde todos los martes y jueves de cada semana a partir de las 4 de la tarde, se ofrece consultoría jurídica gratuita a cualquier persona y respecto de cualquier materia, destacando los aspectos testamentarios, de

regularización de la propiedad y hasta asuntos judiciales, en donde si bien el notario no puede intervenir, brinda una guía que encauza al solicitante de la consulta a obtener una solución; también dentro de este servicio se tiene la participación de todos los notarios colegiados. Así mismo, cuando alguna persona solicita la intervención notarial fuera de las oficinas del Colegio, se ha establecido un sistema de guardia con dos o más notarios que diariamente atienden estos requerimientos; el servicio se extiende coadyuvando con las autoridades, brindándoles un apoyo especial al respecto y manteniendo una guardia de cuatro notarios semanalmente, cuya obligación es atender cualquier requerimiento de lunes a domingo, las 24 horas del día, a través de aparatos de radiocomunicación que brinda el colegio.

3.6.- ARCHIVO GENERAL DE NOTARIAS

Los primeros proyectos referentes al notariado, no hablan aun de los archivos, sin embargo, las escrituras ilustrada, grandes conocedoras de la importancia de los archivos notariales, redactaban proyectos realizables que llamaban la atención de los poderes públicos hacia este asunto.

El proyecto de arreglo notarial de fecha 1° de junio de 1857, en su artículo 15 menciona que habrá archivos de recepción y archivos provisionales, posteriormente en el proyecto del 24 de mayo de 1859, se agrega en el mismo artículo habrá en cada audiencia y bajo su inspección un archivo general de escrituras públicas, estos archivos se formulan con los protocolos de las notarias,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

comprendidas en el territorio respectivo de cada audiencia que cuenten con mas de veinticinco años.

El proyecto aprobado en su articulo 37 del 28 de mayo de 1862, previno en su disposición segunda transitoria que los depositos de escrituras publicas existentes en poder de particulares pararan al Archivo de la Notarias que el gobierno designe, previas las solemnidades del caso y las indemnizaciones que procedan.⁴¹

El Archivo General de Notarias del Distrito Federal, tiene como finalidad la guarda de los protocolos y otros documentos notariales. Fue creado por la Ley del 11 de noviembre de 1901, que entro en vigor el 1° de enero de 1902, regulado en los articulos 236 al 247 de la ley del Notariado para el Distrito Federal.

En el momento en que fue creado este Archivo se inicio la recoleccion de protocolos que se encontraban, unos en poder de los notarios, otros en el ayuntamiento y otros en el Archivo General de la Nación. Sin embargo, se tienen noticias de que algunos protocolos quedaron pendientes de entregarse a la sección que pertenecen en Archivo Antigo Cabido de la Ciudad de México y en el Archivo General de la Nacion En la actualidad el acervo de protocolos antiguos cuatodiados por el Archivo de Notarias en los fondos historicos de los siglos XVI a finales del XIX es aproximadamente diez mil.

Actualmente la Oficina del Archivo General de Notarias es una dependencia que esta bajo los lineamientos del Director Juridico y de Estudios Legislativos que

⁴¹ FERNANDEZ, Casado Miguel. Tratado de Notarial, Tomo 1, Madrid, 1895, Propiedad del Autor, pag.665.

ejercieran sus atribuciones de acuerdo con la ley de Notariado para el Distrito Federal y las demás disposiciones jurídicas.

El artículo 237 de la Ley del Notariado dice:

El Archivo General de Notarías se constituirá:

I.- Con los documentos que los notarios del Distrito Federal remitan a éste, según las prevenciones de esta ley;

II.- Con los protocolos, que no sean aquellos que los notarios puedan conservar en su poder;

III.- Con los sellos de los notarios que deben depositarse o inutilizarse, conforme a las disposiciones de esta ley; y

IV.- Con los expedientes, manuscritos, libros y demás documentos que conforme a esta ley deba mantener en custodia definitiva.

La oficina del Archivo General de Notarías debe llevar un libro especialmente destinado a asentar las inscripciones relativas a los testamentos. Así este le da al notario que tramiten una sucesión y pedirá informes sobre la existencia de algún testamento.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El Archivo General de Notarias, depende de la Dirección General Jurídica y de los Estudios Legislativos, además tiene entre sus funciones, la de registrar, custodiar y conservar los documentos constituyéndose como depositarios de estos.

El consejo consultivo fue creado para observar el cumplimiento de las funciones del Archivo General de Notarias, este órgano servirá de consulta para el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, y en todo lo concerniente al eficaz cumplimiento de todas y cada una de las funciones que tiene encomendadas, el Archivo General de Notarias.

Este consejo se constituye por un Presidente que es a su vez Coordinador General Jurídico, un Secretario técnico que será el Director General Jurídico y Estudios Legislativos y un Representante de cada una de las unidades administrativas.

El Archivo General de Notarias deberá llevar un registro de testamentos que se otorguen ante el notario; y este tendrá que proporcionar oportunamente a los jueces y notarios los informes obtenidos. Así mismo, la relación de los testamentos holográficos que se depositen con arreglo a las prevenciones del Código Civil, deberán bajo seguro hasta en tanto sen requeridos por los jueces a los propios testadores, observando las formalidades que el propio Código señala.

TEFIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO IV

PROCEDIMIENTO PARA FACILITAR EL TRAMITE DE OTORGAR UN TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO ANTE NOTARIO

4.1.-Concepto de Testamento Público Abierto

El Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 1511, establece que, "el testamento público abierto es aquel que se otorga ante Notario y tres testigos idóneos, es publico porque se hace la declaración de voluntad en un instrumento público, es abierto porque la voluntad del testador es conocida, tanto el Notario como los testigos, es idoneo porque se refiere a que los testigos tienen la capacidad para fungir como tales de acuerdo con la ley. En el Protocolo se asentara el lugar, año, mes, día y hora en que el testamento se otorgo.

Ahora bien, una vez establecido de forma sencilla el concepto del testamento publico abierto podemos mencionar los prácticos requisitos que deben cumplirse para el otorgamiento del mismo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

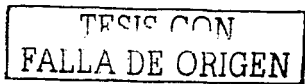
4.2. Requisitos Para Otorgar el Testamento Publico Abierto.

Principalmente, el testador deberá hacer uso de su voluntad y establecer de manera decisiva a quien o a quienes otorgara y sucederá sus bienes, deberes, derechos y obligaciones para después de su muerte.

Una vez conciente de ello, este se asegurara y si cree prudente se asesorará, de la forma en que considera mas practico y sencillo para el otorgar su testamento, es decir en que clase de testamento recaerá el suyo.

Posteriormente, cuando ha decidido tramitar el otorgamiento de su testamento, en un testamento publico abierto que es el propio de nuestro estudio, acudirá ante el Notario quien envestido de fe publica dara seguridad, formalidad y validez al mismo, presentara una identificacion oficial (por ejemplo su credencial de elector) y de manera voluntaria y sin presion alguna el testador manifestara su voluntad, actualmente este testamento puede o no hacerse en presencia de testigos pues el Notario tiene la facultad absoluta de dar validez y formalidad al testamento, así mismo el Notario tiene la obligación de hacer saber al testador que su testamento puede ser revocable tantas y cuantas veces lo estime necesario.

El testador expresara de modo claro y terminante su voluntad al notario y este redactara por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que éste manifieste si esta conforme. Si lo estuviere firmaran la escritura, el testador, el notario y en su caso



los testigos asentándose como ya habíamos mencionado, el lugar año, mes, día y hora en que se hubiere otorgado.

Existen algunas situaciones en la que podrían necesitarse testigos instrumentales, y se entiende por testigo aquellas personas que con el Notario tienen la calidad de

autorizantes, es decir la calidad de asistir el acto de tal manera que desempeñen la función que la ley les encomienda, esto es que deben encontrarse en estrecha relación con el testador de tal manera que puedan oír y ver todo lo que este dice y hace, principalmente para asegurarse de que proceden las disposiciones testamentarias y después para certificar que el testador durante el otorgamiento conserva su cabal juicio y su libertad moral, de igual forma es importante recalcar que tanto el testador y sus testigos deben estar en igual relación con el notario mientras este lee el acta a fin de apreciar si han sido transcritas fielmente las disposiciones del testador.

Para el testamento público abierto si fuere el caso, los testigos deberán ser mayores de edad, e identificarse con el Notario quien lo expresara en la escritura, los testigos están obligados asegurar la identidad y capacidad de quien otorga el testamento, así mismo deberán saber el nombre completo del testador y de igual forma el notario les hará saber el carácter de testigos instrumentales y las responsabilidades consiguientes, hay que aclarar que la certificación y consiguiente fe del Notario prevalecerá siempre sobre la de los testigos.

Es por lo que existen tanto testigos de identidad que son aquellos que conocen al testador y se cercioran de algún modo de su identidad y de que se halla en su cabal juicio y libre de cualquier coacción al momento de otorgar el testamento por lo que mientras no se justifique la identidad, el testamento no tendrá validez. Así mismo los testigos instrumentales son aquellos que firman la escritura con esto confirman su debido cumplimiento.

La reforma publicada en el diario oficial de la federación el 6 de enero de 1994 establece que la intervención de los testigos en el testamento publico abierto es opcional de la solemnidad salvo algunos casos especiales, los testigos que intervienen en el testamento lo hacen a petición del testador o por que el notario lo considera conveniente.

Existen casos en que el Código establece como obligatoria la intervención de testigos instrumentales.

Por ejemplo se han dado casos en que una persona se encuentra en la etapa terminal de una enfermedad o con una enfermedad grave en la que le resulta difícil o imposible por obvias razones acudir ante Notario para otorgar testamento y sin embargo tiene el interés en ese momento de disponer de sus bienes y solicita a sus familiares mas cercanos que pidan la intervención de un Notario para que por el contrario sea este quien acuda hacia él en el lugar donde se encuentre, llámese hospital o en su propio domicilio y de esta forma otorgar su testamento, pues bien en este caso y de acuerdo a cada caso en concreto, el Notario determinara puesto que tiene la facultad para ello la intervención del

medico de preferencia especialista en la materia para que examine al enfermo y posteriormente hará cuantas preguntas estime pertinentes para cerciorarse de su capacidad de testar, el resultado del reconocimiento se hará constar en el acta formal, si este fuere favorable se procederá hacer testamento ante Notario con todas las solemnidades del testamento publico abierto, al pie del testamento se pondrá razon expresa de que, durante e todo el acto, el paciente conserve perfecta lucidez de juicio, bajo pena de nulidad del testamento, si fuera necesaria la intervención de testigos para llevar a cabo el otorgamiento del testamento que por lo regular asi es, aunque con la simple exhibición de la identificación oficial del testador y la presencia del medico segun el caso del hospital previo interrogatorio a este para saber las condiciones en que se encuentra el paciente, es decir para asegurarse de la capacidad de goce y su cabal juicio en que se encuentra, el Notario sin mas esta facultado para llevar a cabo la redacción del otorgamiento del testamento publico abierto donde pedira al medico firme la escritura como testigo instrumental y solo basta con ello para que ese testamento sea formal y totalmente valido.

Como ya habiamos mencionado al testamento publico abierto se le llama publico no porque pueda ser conocido por el publico sino porque esta autorizado por un profesional investido de fe publica por el Estado como lo es el Notario y se le nombra abierto porque a diferencia del cerrado este no esta oculto sino patente y visible en el protocolo notarial.

Cuando la ley expresa que se otorga que se otorga "ante Notario" por ese mismo hecho esta remitiendo a la ley adjetiva que regula la función notarial y los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

requisitos que deben llevar los instrumentos notarial, lo que significa que, además de las normas específicas que establece el Código civil para este testamento el notario deberá cumplir con lo que al respecto establece la Ley del Notariado.

En el caso de que el testador se encuentre en su domicilio y solicite acuda el Notario hacia él, bastara con la presencia de dos testigos presenciales, donde normalmente suelen ser familiares de este y quienes de la misma manera firmaran la escritura para dar certeza y validez a la disposición del testador.

4.3.- Forma en la que se lleva a cabo un Testamento Publico Abierto

Básicamente el Testamento Publico Abierto se lleva a cabo en la siguiente forma:

1.- El testador expresa de modo claro y terminante su voluntad al Notario, esta expresión debe ser verbal y no por escrito, ni por señales o monosílabos como respuestas a preguntas que se le hagan y además cumplida y clara lo que quiere decir que sea cabal, entera e inteligible para el Notario.

2.- El Notario redacta por escrito las cláusulas del testamento en su protocolo que deben estar sujetas estrictamente a la voluntad expresada por el testador. Esta redacción puede ser escrita materialmente por mano del Notario o por otra persona ya sea a mano o por algún medio de impresión firme indeleble y legible al dictado de este.

TESTIS CON
FALLA DE ORIGEN

La redacción debe evitar dejar huecos en blanco y servirse de abreviaturas o cifras. Debe entenderse que el testador expresa su voluntad en sus términos propios suyos, pero el notario es el que redacta, lo que quiere decir que este usará los términos jurídicos mas apropiados y no necesariamente los que haya usado el testador que generalmente no es perito en Derecho.

3.- El Notario leerá en voz alta el texto redactado, de modo que sea audible por el testador. El Notario le explicará el valor y consecuencias legales del instrumento.

4.- Si el testador manifiesta que esta conforme con lo leído en cuanto a que el texto redactado concuerda con la voluntad expresada por el testador se firmará el instrumento.

5.- Tal instrumento debe señalar:

I.- El lugar donde se redacta y por tal se entiende, no la demarcación jurisdiccional que tiene el notario porque se sabe ya que esta actuando en su propia demarcacion sino al local (casa, oficina, departamento, sanatorio, etc.) es decir donde se lleva a cabo.

II.- El día, el mes y el año en que se redacta.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

III.- La hora, en que hubiera sido otorgado. Otorgar quiere decir consentir, lo que en materia notarial se hace mediante la firma, por tanto la hora del otorgamiento es la hora en que el testador firma el instrumento.

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.

Las formalidades antes señaladas deberán practicarse acto continuo y el notario dará fe de haberse llenado todas. Este testamento debe otorgarse ante dos testigos instrumentales cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar, en el caso de que el testador sea ciego o no pueda o no sepa leer. También pueden concurrir dos testigos al testamentos cuando así lo solicite el Notario o el propio testador.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

Al iniciar la presente investigación, observamos la unión que existe en las diferentes definiciones, conceptos, características y elementos que dan los autores sobre el testamento público abierto.

Las conclusiones obtenidas son las siguientes:

Primera.- El testamento es en términos generales un acto personal que en cualquier momento puede revocarse y es el testador quien tiene la libertad de disponer de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su muerte.

Segunda.- El testamento Público Abierto surgió en los pueblos antiguos como una necesidad del testador a fin de suceder, tras su muerte, de todos y cada uno de sus bienes, derechos y deberes con la finalidad de proteger su patrimonio y dejarlo en manos de quien él libremente considera.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Tercera.- El testamento público abierto presenta mayores ventajas desde el punto de vista documental por su reglamentación, facilidad de forma y la presencia del Notario en la creación del documento, en comparación con otro tipo de testamentos.

Cuarta.- El objeto del testamento público abierto desde en punto de vista jurídico, es únicamente la disposición de bienes y derechos, así como la

declaración y cumplimiento de deberes para después de la muerte del testador, siempre y cuando sea rendido ante Notario Público.

Quinta.- La correcta documentación del testamento publico abierto, evita los penosos litigios de duración indefinida, el imponer como única ley en el trámite sucesorio, la voluntad del testador.

Sexta.- El testamento Publico abierto esta sometido, como todo los actos notariales, a la Ley del Notariado pero asi mismo esta regulado de manera especial por el Código Civil, y por lo mismo es necesario atender de preferencia a los preceptos del Código y ver si en él no existe una manera especial de aplicación.

Séptima.- Son solemnidades del testamento público abierto, la declaración de voluntad, la concurrencia del testador y de los autorizantes (Notario y tres testigos), la memoria escrita del acto (en el protocolo del Notario), la unidad del contexto y las menciones de todo ello.

Octava.- Las funciones han de ser cumplidas estrictamente por los autorizantes, y la forma ha de ser observada por el Notario.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

PROPUESTAS

Como propuestas al tema analizado, considero importante las siguientes:

PRIMERA.- Considero que para evitar problemas futuros y juicios muy duraderos por la falta de testar oportunamente, sería de vital importancia difundir en todos los medios posibles, una forma fácil y sencilla de llevar a cabo el testamento para así crear en la sociedad un interés y una cultura mejor acerca de la forma en que podemos suceder nuestros bienes, derechos y deberes para después de la muerte.

SEGUNDA.- El Testamento Público Abierto es un acto legal tendiente a manifestar nuestra voluntad en relación a nuestros bienes, derechos y deberes para después de la muerte como ya hemos dicho, y así tener la seguridad de en manos de quien quedaran nuestros esfuerzos de toda una vida, sin embargo no podemos olvidar que para esto, es necesario llevar a cabo un trámite y una formalidad para darle eficacia y validez a esa manifestación voluntaria.

TERCERA.- Todas las personas en igualdad de circunstancias tenemos la posibilidad de en cualquier momento concienciar y oportunamente realizar testamento, acudir ante Notario para darle la formalidad y validez requeridas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CUARTA.- Creo conveniente la creación de un Registro Nacional de Testamentos, ya que si una sucesión se tramita en alguna Entidad Federativa, se desconoce si se realizó o no testamento en algún otro Estado de la República.

QUINTA.- Por ser el testamento un acto esencialmente revocable, puede el testador hacer tantos como sea su voluntad, dejando sin efectos el o los anteriores, o alguna de las disposiciones contenidas en ellos.

SEXTA.- El Derecho es una ciencia que evoluciona y siempre ha cambiado para hacer más fácil la convivencia entre los hombres. Por lo tanto, creemos que si hasta ahora la evolución del Derecho ha establecido la reducción en el número de testigos que deben intervenir en el otorgamiento del testamento público abierto, debe darse un paso más, reduciéndolo a dos. Además, si todos los demás actos jurídicos que requieren de testigos, precisan únicamente dos, el testamento público abierto no debe ser la excepción y con mayor razón, si se cuenta con la intervención del Notario Público, investido de Fe Pública.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001, 138ª Edición
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 1999.
- 3.- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista, México 2000.
- 4.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, 2001.
- 5.- Código Civil Francés, Editorial Jurídica Europa- América, 1968.
- 6.- Código Civil Italiano, Editorial Jurídica Europa- América, 1968.
- 7.- Código Civil Español, Editorial Labor, 1998.
- 8.- Código Civil Chileno, Editorial Comares, 1986.
- 9.- Código Civil Argentino, Editorial Bosch, 1999.
- 10.- Código Civil de Oaxaca, Editorial Porrúa 1827.
- 11.- Ley del Notariado para el Distrito Federal, Editorial Pac, .S.A DE C.V., 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- 12.- AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo Segundo Curso de Derecho Civil México, Editorial Porrúa, S.A. DE C.V., 1967
- 13.- ARAUJO VALDIVIA, Luis Derecho de las Cosas y de las Sucesiones Puebla, Editorial Jose M. Cajica Jr, S.A., 1972.
- 14.-ARCE Y CERVANTES, José De Las Sucesiones, México Editorial Porrúa S.A. DE C.V. 2001.
- 15.-ALONSO Y LAMBAN, Notas para el Estudio del Notariado en la Edad Media de Aragón, Editorial ADA, 1949
- 16.- ARCO, Ricardo del, La Institución del Notariado , Editorial ADA, 1994.
- 17.-AVILA ALVAREZ, Pedro, Estudios de Derecho Notarial Editorial, Montécervo, S.A. DE C.V. 1973
- 18.-BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froilán, Derecho Notarial, México, Cárdenas Editor y Distribuidor
- 19.-BAQUEIRO ROJAS, Edgar, et al, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla, México 1990

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

20.- BONNECASSE, Julián, Elementos del Derecho Civil (Traducido por el Lic. José M. Cajica jr.) Editorial Cajica, México, Puebla, 1945, Tomo I. Volumen XIII.

21.- BIONDO BIONDI, Sucesión Testamentaria y Donación Editorial Urgel 1980.

22.- CLEMENTE de diego, Instituciones de Derecho Español, Editorial Nereo, Madrid, España 1866.

23.-CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., Convenios Conyugales y Familiares, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, 2ª Edición.

24.-DE IBBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A., México 1993, 4ª Edición.

25.- DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Civil, Editorial Porrúa, 1989.

26.-ESCRICHE, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Editorial Porrúa, 1987.

27.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.

28.- FERNÁNDEZ CASADO, Miguel, Tratado de Derecho Notarial, Editorial Propiedad del Autor, 1875.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- 29.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México 1988, 39ª Edición.
- 30.- GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho Sucesorio, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995.
- 31.-IBARROLA, Antonio De, De Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa México, 1991.
- 32.-JIMENEZ , Arnau, Introducción al Derecho Notarial, Editorial Porrúa, S.A., México 1970.
- 33.- KAMEN, Henry, La Guerra de Sucesión Española, Editorial Preámbulo, Barcelona, España, 1866.
- 34.-KIPP, Theodor, Derecho de las Sucesiones, Editorial Bosch, 1976.
- 36.-MARGADANT S., Guillermo, Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México, 1994, 20ª Edición.
- 37.- MINGUIJON, Adrián Salvado, Historia del Derecho Español, Editorial IFC, S.A. Barcelona, España 1850.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- 38.- MESSINEO, Franceso, Manual de Derecho Civil y Comercial, Editorial Jurídicas Europa- América, Buenos Aires 1971.
- 39.- MORINEAU IDUARTE, Marta, Derecho Romano, Editorial Harla, México 1991, 5ª Edición.
- 40.- PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A., 12ª edición, México 1984.
- 41.- PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Porrúa, S.A. México 1996.
- 42.- PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Derecho Notarial, Editorial Porrúa, S.A., Mexico 2001.
- 43.- PLANIOL, Marcelo, Tratado Elemental de Derecho Civil, Editorial Cultural 1968.
- 44.- PONDE, Eduardo, Origen e Historia del Notariado, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1974. 5ª Edición.
- 45.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Editorial Porrúa S.A., 1983, 19ª Edición, tomo I.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

46.- TRABUCCI, Alberto, Instituciones de Derecho Civil (Traducción por Luis Martínez Calcerrada) Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1967.

47.-VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Derecho Civil Español. Editorial Reus Madrid, España, 1979.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN