

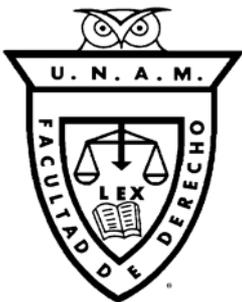


**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

“HACIA UNA SOLA ESPECIE DE TESTAMENTO ORDINARIO”

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RODRIGO ROBERTO MARTÍNEZ GARCILAZO



ASESORA DE TESIS:

DOCTORA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS

CIUDAD UNIVERSITARIA MÉXICO, D. F.

2008



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.

A DIOS:
PORQUE ES QUIEN GUIA
CADA MOMENTO DE MI VIDA.

A MI ALMA MATER:
CON PROFUNDO CARIÑO Y
AGRADECIMIENTO.

A MIS PADRES:
ANABELL Y ROBERTO
ESTE LOGRO TAMBIEN ES DE USTEDES,
POR SU ESFUERZO CONSTANTE Y
APOYO INCONDICIONAL, CON AMOR
Y RESPETO MUCHAS GRACIAS.

A MIS HERMANAS:
KARLA Y ANY CON SENTIMIENTO
DE ADMIRACIÓN Y
AGRADECIMIENTO POR
SUS CONSEJOS BRINDADOS
Y SU EJEMPLO A SEGUIR. LAS
QUIERO.

A MI ASESORA:
DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
POR SUS SABIOS CONSEJOS
CON ADMIRACIÓN Y RESPETO.

AL DR JULIAN GÜITRON
FUENTEVILLA:
POR IMPULSARME A
REALIZAR ESTE TRABAJO Y
POR EL APOYO BRINDADO, CON
RESPETO Y ADMIRACIÓN.

A TODOS MIS MAESTROS:
QUE CON SU SABIDURIA
CONTRIBUYERON A MI SUPERACIÓN
PERSONAL Y ACADÉMICA.

A MIS AMIGOS:
PORQUE SON PARTE
FUNDAMENTAL EN MI VIDA.

GRACIAS...

HACIA UNA SOLA ESPECIE DE TESTAMENTO ORDINARIO.

INDICE

INTRODUCCIÓN.	I
---------------	---

CAPÍTULO PRIMERO ANTECEDENTES DE LOS TESTAMENTOS

I. Su evolución en:	
A. Roma.	1
B. Grecia.	8
C. Italia.	9
D. Francia.	12
E. Derecho Germánico.	14
II. Antecedentes en México:	
A. Época antigua.	17
B. Edad Media.	21

CAPÍTULO SEGUNDO DEL TESTAMENTO EN GENERAL

I. Concepto:	
A. Etimológico.	26
B. Gramatical.	26
C. Jurídico.	27
D. Sociológico.	28
II. Elementos del testamento y su Naturaleza Jurídica:	
A. Acto Jurídico.	29
B. Personalísimo.	32
C. Revocable.	35
D. Libre.	39
E. Formal o solemne.	43
III. Capacidad para testar y para heredar:	
A. Capacidad e incapacidad para testar.	45
B. Capacidad e incapacidad para heredar.	49

CAPÍTULO TERCERO FORMAS DE LOS TESTAMENTOS

I. Testamentos Ordinarios:	
A. Público Abierto.	59
B. Público Cerrado.	63
C. Público Simplificado.	66
D. Ológrafo.	68

II. Testamentos Especiales:	
A. Privado.	74
B. Militar.	78
C. Marítimo.	80
D. Hecho en país extranjero.	82
III. Testamento Inoficioso.	83

CAPÍTULO CUARTO LOS DISCAPACITADOS Y LOS TESTAMENTOS.

I. Personas discapacitadas: ¿Pueden otorgar testamento? ¿De que clase y como?	
A. Sordos.	87
B. Mudos.	87
C. Invidentes.	87
D. Enfermos mentales.	88
II. Testamento de analfabetas.	88
III: Testamento de personas que no hablan español.	88

CAPÍTULO QUINTO REGISTRO NACIONAL DE TESTAMENTOS: INSCRIBIR LOS TESTAMENTOS OTORGADOS ANTE NOTARIO.

I. Origen del Registro Nacional de Testamentos.	90
II. ¿Qué es el Registro Nacional de Testamentos?	94
III. Función principal del Registro Nacional de Testamentos.	96
IV: Naturaleza Jurídica del Registro Nacional de Testamentos.	98
V. Consejo Consultivo del Registro Nacional de Testamentos.-	101

CAPÍTULO SEXTO PROPUESTA: HACIA UNA SOLA ESPECIE DE TESTAMENTO ORDINARIO.

I. Propuesta para crear una sola especie de testamento ordinario.	104
II. ¿Cómo crear una cultura testamentaria en México?	106
III: Efectos del testamento entre la familia	108
CONCLUSIONES.	111
BIBLIOGRAFÍA.	112

INTRODUCCIÓN.

El testamento es: Es 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.

Toda persona tiene el derecho y la obligación de otorgar un testamento sin importar el nivel social o económico al que pertenezcan, no importa si lo que dejan sea mucho o poco, lo que importa es dejar a su familia sus bienes, derechos y obligaciones sin ningún tipo de problema.

En el primer capítulo hacemos una referencia histórica de lo que ha sido la evolución del testamento desde Grecia, Roma, Italia, Francia. También hacemos un recuento Histórico de lo que ha sido el testamento en México hasta nuestros tiempos.

En el segundo capítulo nos adentramos a las generalidades del testamento, referimos algunos conceptos desde distintos puntos de vista, y de esos desglosamos sus elementos y características para explicarlos y así comprender de una forma más clara el concepto de testamento. También en este capítulo explicamos las capacidades e incapacidades tanto para testar como para heredar.

Lo analizado en el capítulo tercero son las diversas formas de testamento que existen tanto las ordinarias como las especiales. En este capítulo nos damos cuenta de que existe un procedimiento distinto para cada tipo de testamento y las dificultades que existen para otorgar cada uno de estos testamentos.

El cuarto capítulo trata de los testamentos otorgados por personas con alguna discapacidad, este tipo de personas tienen los mismos derechos que cualquier otra persona, este tema es de suma importancia, ya que muchas veces no se

toma en cuenta a las personas discapacitadas, de igual forma las personas que no hablan español ya que de igual forma tienen derecho de otorgar testamento.

En el capítulo quinto exponemos la importancia que tiene el Registro Nacional de Testamentos empezando desde su origen, marco jurídico y funciones principales. Es importante mencionar que en este capítulo también se aborda las ventajas e inconvenientes del Registro Nacional de Testamento.

El sexto capítulo, meramente propositivo, analizando los capítulos anteriores nos damos cuenta de la necesidad que existe de crear una cultura testamentaria en México ya que el porcentaje de los testamentos otorgados es muy bajo, por tal razón lo que proponemos es crear una sola especie de testamento ordinario para así facilitar su procedimiento y también consideramos necesario una campaña de difusión para que las personas se enteren de la importancia que tiene el testamento.

Por último es el otorgamiento de un testamento, es un acto de responsabilidad porque evita problemas y tramites futuros, recuerde que es más complicado declarar los herederos sin testamento que con testamento. Quisiera recordar la afirmación de Leonardo Da Vinci: "Así como una jornada bien empleada produce un dulce sueño, así una vida bien usada causa una dulce muerte"

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE LOS TESTAMENTOS

I. SU EVOLUCIÓN EN:

A. ROMA: En principio en Roma no se admitió la sucesión testamentaria para evitar que ello trastornase económicamente a la familia del causante. Tampoco existió en los pueblos anteriores. Aparece en la Ley de las XII Tablas, y desde ese momento el derecho de testar ha sido admitido con mayores o menores limitaciones según las épocas y los países.

La muerte está concebida para dejar huella en los vivos y por lo tanto todo lo relativo a los entierros romanos eran actos públicos, pensados y meditados previamente.

Un romano no moría sin más, eso sería demasiado simple, porque ante todo un romano era un ciudadano, formaba parte de un conjunto, de una sociedad, o de un "status", así cada uno de ellos, fueran esclavos o aristócratas, dejaba como legado un testamento en rollos.

Estos rollos eran entregados a las vestales (eran sacerdotisas de la diosa Vesta durante la antigua Roma), y éstas los colocaban en cuadrículas estanterías donde eran clasificados previamente, ellas eran las encargadas de custodiarlos y entregarlos cuando eran requeridos. Algunos constaban de escuetos contenidos sobre todo cuando el fallecido no tenía demasiadas posesiones; otros en cambio constituyen auténticas joyas no sólo por los comentarios personales sino por la extensión de las riquezas.¹

Constatado el fallecimiento, el testamento, era leído en un acto público y popular, mayor cuánto aumentaba la importancia del fallecido, en éste no sólo

¹ Iglesia, Juan. Derecho Romano. Séptima edición. Editorial, Ariel. Barcelona, España, 1982. p. 651

se dejaba constancia del legado material sino que en muchas ocasiones el difunto dejaba patente opiniones personales sobre amigos, allegados, parientes, e incluso del propio César, haciendo público su malestar o alegría con grandes alabanzas o mayores insultos.

Ello reportó grandes risotadas o grandes desprecios dejando en una situación incómoda a supuestos amigos del fallecido, ya que éste no se privaba de hacer revelaciones públicas.

Paralelamente a la lectura de las opiniones expresadas por el difunto sobre su vida, había también la lectura pública del legado material que este entregaba.

Un ciudadano de bien, dejaba la herencia repartida entre su familia, amigos, y una parte a sus esclavos. Podían ser cantidades de dinero o bien, si había suerte la manumisión del mismo, o lo que es lo mismo, el señor liberaba al esclavo que le había servido fielmente durante años.²

Así mismo, también era una costumbre romana el nombrar a una serie de personas alternativas o de reserva, que eran los encargados de recibir una parte de la herencia si alguno de los beneficiarios renunciaba a la misma.

La celebración del entierro constituye un acto participativo con toda la ciudad, el difunto era trasladado por las calles de la urbe, tras éste le seguía toda una comitiva, por un lado la familia y allegados y por otra personal pagado, gente como las plañideras, que hasta hace muy poco eran también parte de los entierros en nuestro país, se encargaban de cubrir de tragedia la comitiva, por otro lado las fases que no eran sino representaciones gráficas de la vida o los momentos representativos o árboles genealógicos del difunto también seguían el féretro hasta el cementerio.³

Igualmente era costumbre extendida la realización de un discurso por parte de algún miembro destacado, para dejar patente la influencia del fallecido y las

² Ibidem. p. 653

³ Loc. Cit.

aptitudes de éste con su entorno familiar y social. Después de incinerar el cuerpo, los restos eran trasladados al sepulcro, los cementerios romanos estaban justo a las afueras de la ciudad, cuando se traspasaba la puerta de la urbe, las hileras de tumbas se alzaban a cada lado del camino y sus lápidas estaban llenas de epitafios inusuales en nuestros tiempos pues no hacen referencia a contenidos religiosos sino a auténticos párrafos de la vida, algunos de ellos llegando a ser moralistas o explicativos de la causa de la muerte.

Éstos están hechos para ser leídos por el viajante, se conoce la afición de algunos romanos a ir a los cementerios a leer los epitafios de sus conciudadanos difuntos, porque así es la vida romana, todo para dejar constancia del paso por la vida.

En el Derecho Romano existen dos posturas acerca de la definición de testamento. Según Ulpiano, "*testamentum es mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat*"; su discípulo Modestino lo define de este modo: "*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem summa fieri velit.*"⁴ Precisando tales definiciones, puede decirse: el testamento es un acto solemne, y de última voluntad, por el que se nombra heredero y se pueden hacer otras disposiciones de carácter patrimonial o personal.

El *testamentum* es una institución muy antigua, y genuinamente romana, resulta empero inútil, según creemos, definirlo como recursos filológicos o conceptuales suministrados por ordenamientos jurídicos de otros pueblos que no lo conocieron.⁵

Formas antiguas de testar: En un principio en Roma hubo dos clases de testamento: el "*testamentum calatis comitiis* y el *testamentum in procinctu.*" El primero se otorga ante los comicios curiados, convocados dos veces al año (24 de marzo y el 24 de mayo), con este fin y presididos por el *pontifex maximus*.

⁴ Bonfante, Pedro. Derecho Romano. Quinta edición. Instituto Editorial REUS. México, 1980. p. 6

⁵ Iglesias, Juan. Op. Cit. p. 654

De esta forma de testar nada sabemos con exactitud, aparte de su significado público-religioso.⁶

No se sabe, en efecto, si el *populus* actúa como simple testigo o si interviene en términos de aprobar o desaprobar la última voluntad del testador.

El testamento comicial se otorga en tiempo de paz; el otro, es decir, el testamento *in procinctu*, cuando se va a la batalla, ante el ejército en pie de guerra.

Se añadió después una tercera clase de testamento, que se hace por el cobre y la balanza ("*quod per aes et libram agitur*"). Quién no había otorgado testamento, si se encontraba en peligro de muerte, mancipaba su patrimonio a un amigo, rogándole que dispusiera del mismo según sus instrucciones. El amigo, que recibía el patrimonio por el acto mancipatorio, se convertía formalmente en *dominus*, aun cuando la fe depositada en él le obligara a cumplir la voluntad del mancipante.

La *mancipatio familiae* no es un testamento, sino un acto por el que se logran las finalidades prácticas del testamento. Su transformación en testamento se debe a la *interpretatio* jurisprudencial apoyada en el precepto de las XII Tablas que otorga plena eficacia a toda declaración formulada en el acto mismo de la *mancipatio*.

Las formalidades del acto, son las siguientes: se otorgaba en presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos púberos, y del fiel contraste (*libripens*), el testador mancipa formulariamente (*dicis causa*) su patrimonio a otra persona (*familiae emptor*).

El testamento oral continua subsistiendo: conserva su utilidad cuando no cabe disponer *mortis causa* se otro modo. El testamento escrito ofrece la ventaja de

⁶ Ibidem. p. 655

mantener secretas las propias disposiciones, a la vez que no se corre el riesgo de que la memoria o la buena fe de los testigos puedan enflaquecer.

El *testamentum per aes et libram* está sujeto a la observancia de determinadas formalidades, como las que acabamos de mencionar. Las cuales son extrañas a la propia naturaleza del testamento, pero éste no nace a vida si ni se guarda consideración de las mismas. El Pretor, sin embargo acostumbra conceder la *bonorum possessio* a los herederos instituidos en las tablas del testamento, siempre que éste aparezca firmado por las siete personas que intervienen en la *mancipatio*.⁷

En la ley de las XII Tablas predomina entre todos los actos jurídicos. Contempla disposiciones tanto de carácter público y privado; incluye la solemnidad y el formalismo con preceptos sencillos y generalizados, propios de un pueblo novel en la vida jurídica.

La legislación Decenviral (es la legislación que fue representada por 10 hombres 5 plebeyos y 5 patricios, es también llamada las XII Tablas) se concreta de una manera práctica, omitiendo la filosofía y la teoría. La *interpretatio* desenvuelve estipulaciones de contenidos diverso, adaptadas a las necesidades del momento.⁸

Formas de testar en el derecho nuevo: En la época posclásica el testamento puede ser escrito (*per scripturam*) y oral (*per nuncupationem*).

Teodosio II y Valentiniano III disponen que el testamento escrito debe otorgarse ante siete testigos; extendido por el testador, de su propio puño, o por un escribano en su nombre (*testamentarius*), ha de presentarlo abierto o cerrado. A los siete testigos, que deben ser ciudadanos romanos púberos y simultáneos y rogados, esto es, llamados expresamente. El testador declara ante ellos que el documento contiene su voluntad, y en presencia de los mismos (*coram testibus*) lo firma, lo sella junto con los testigos los testigos en un mismo día y tiempo así, adquiere fuerza, sin importar poco que los

⁷ Ibidem. pp. 656 y 657.

⁸ Bonfante, Pedro. Op. cit. p. 13

invitados a testificar ignoren lo dispuesto por el otorgante. Si el testador no sabe de letras o no pueda firmar, se exige la intervención de un octavo *subscriptor*. No pueden ser testigos los locos, salvo en los momentos de lucidez, los mudos, los sordos, los pródigos, los impúberes, las mujeres, los esclavos y los extranjeros.⁹

El testamento escrito es llamado por Justiniano *tripertitum*, en consideración a su triple origen: la necesidad de los testigos y su presencia en un solo acto arranca del Derecho Civil antiguo; las *subscripciones* del testador y de los testigos, de las constituciones imperiales; los sellos y el número de testigos, del Edicto pretorio.

Para el testamento oral (*testamentum per nuncupationem*), se requiere la presencia de siete testigos, reunidos juntamente y a un mismo tiempo (*simul uno eodemque tempore collecti*) para oír la voluntad del testador, como de quien hacia testamento *sine scriptura*.

En la última época del Derecho romano aparecen formas públicas: el *testamentum apud acta conditium*, otorgado de palabra ante la autoridad judicial o municipal, y el *testamentum principi oblatum*, que se entrega al emperador o se depósita en el archivo público.

En el Derecho Romano, a la muerte del *pater familias* los hijos e hijas a partir de este momento son *sui iuris*. Inicialmente sólo el padre puede causar herencia (por esto se habla de causante o de cuius). A partir de ese momento ocupan el lugar del padre, son *heredes suis* o herederos legítimos o necesarios y adquieren (por derecho) la condición desde la muerte del de *cuius*, mediante el ofrecimiento o delación de la herencia, que suele coincidir con el momento de la muerte del causante. Los *alieni iuris* no tienen patrimonio; posteriormente se permitió a los hijos tener peculio y también éstos pudieron causar herencia.¹⁰

⁹ Ibidem. p. 658.

¹⁰ Loc. Cit.

Quién se pone en lugar del causante es heredero (*heres*). Al adquirir la cualidad de heredero, no se pierde. Sí se puede transmitir la herencia, pero sólo se admitió totalmente en el Derecho tardío.

Puede ser heredero puede ser cualquier persona de la familia o un extraño, pero si no es *heredes sui* es heredero por aceptación de la herencia, por tanto es heredero voluntario; también puede serlo un esclavo instituido heredero al mismo tiempo que se le *manumite*. Estos deben aceptar la herencia; entre la delación y la aceptación puede pasar un tiempo durante el cual se origina la herencia yacente; es decir, en espera de ser adquirida por el heredero, La tendencia es reducir este plazo, para que no los bienes pudieran adquirirse por otro mediante usucapión.¹¹

Se llamaba herencia al conjunto patrimonial formado por la totalidad de bienes y derechos transmisibles a la muerte del causante, en los que sucede el heredero, por lo que a la posición jurídica del heredero en el lugar del difunto se denomina sucesión (*successio*), pues en el caso de los herederos universales, se sitúan en la posición del causante (en todo lo que es transmisible, no en las posiciones puramente personales). Ello no significa que reciba todos los bienes y derechos, porque puede recibir sólo una cuota.¹²

Los herederos pueden ser:

- Legítimos: heredan en la sucesión *ab intestato*.
- Legitimarios o forzosos: los herederos legítimos que tienen derecho a impugnar un testamento que los perjudica.
- Herederos extraños: No estaban sometidos a la patria potestad y adquieren la herencia mediante aceptación, pudiendo deliberar sobre si aceptan o no.

Finalmente, la titularidad de heredero se puede recibir bien por una delación legal (a lo que se denomina sucesión legítima o *ab intestato*) o bien por voluntad del causante (sucesión testada o por testamento). Una y otra son incompatibles entre sí, de modo que cuando existen varios herederos y uno no

¹¹ Bonfante, Pedro. Op. Cit. p. 15 y 16.

¹² Ibidem. p. 12

recibe la herencia por cualquier causa, su cuota aumenta la de los demás en la misma proporción (derecho de acrecer o acrecimiento), no se considera *ab intestato* y sólo pueden ser alteradas dichas cuotas si ha sido previsto el supuesto por el testador.¹³

B. GRECIA: Según Hans Julius Wolff, nunca ha existido tal Derecho en el sentido de ordenamiento unitario y común de todas o, incluso, de una mayoría de entidades políticas griegas. En su actual expresión, formulada L. Mitteis, indica el ligamen intelectual de varios sistemas jurídicos del ámbito de la lengua y cultura griegas, cuyas instituciones y procedimientos, así como su organización y su base dogmática, presentan cierta afinidad típica. En la realidad histórica puede observarse que cada entidad política tiene su propio Derecho.

Debido al estado de las fuentes y la tradición, sólo podemos formarnos un cuadro general bastante claro de tres derechos, representativos de su tipo y época: el derecho ático del s. IV a. C.; el derecho helenístico de Egipto; el derecho de Gortina (ciudad de la isla de Creta) del s. V a. C. Los tiempos épicos no llegaron a conocer disposiciones jurídicas formuladas. En el s. VII comienza un movimiento compilatorio, racional, escrito, en contraste con el no escrito. Así, la ley es la fuente principalísima del Derecho. La costumbre o la praxis judicial parece que no fueron fuentes. Además, los griegos encuadraban en la ética muchas normas que otros pueblos calificaron de Derecho.

Un rasgo de los griegos es su apego a la legalidad, de modo que todavía en el s. IV a. C. los tribunales áticos no podían apartarse de la ley en favor de la equidad (*epieikeia*); el que sus decisiones fueran a veces más emocionales que jurídicas no cambia el principio.

La “*dikaiothane gnome*” (el conocimiento más justo) sólo se aplicaba al faltar una regulación legal, pero no servía como correctivo del Derecho legislado. Incluso

¹³ *Ibidem.* p. 13

en el Egipto ptolemaico hay muy pocas bases para estimar como verídica una consideración de la equidad.

En el ámbito del Derecho griego falta una verdadera jurisprudencia, como la que existió en Roma. A pesar de ello, se desarrolla a partir del s. IV un Derecho cautelar digno de consideración. La lengua jurídica griega carecía de la voz Derecho, en sentido objetivo; “Oi nómoi” significa “las leyes” (equivale, por tanto, al ordenamiento jurídico). Dike, en los poetas y los filósofos, indica la norma de conducta justa, pero como concepto técnico jurídico indica acción y proceso. En la Atenas clásica llegó a formarse un verdadero sistema de acciones, aunque sin la finura diferencial romana. Uno de los rasgos más característicos del Derecho griego es la publicidad para asegurar el tráfico comercial

C. ITALIA: El Código Civil italiano acoge el principio de formalismo testamentario, en virtud del cual el legislador de la península itálica requiere para la validación del testamento una forma típica expresamente prevista en el código civil en el art. 601 y siguientes. Debe distinguirse, en atención a la forma entre los *testamentos ordinarios* entre los que se encuentran el testamento ológrafo, el testamento público, el secreto (art. 604-605) y los *testamento especiales*, dentro de los cuales se encuentran el otorgado con ocasión de enfermedades contagiosas o de calamidad pública (art. 609-610); el testamento en la navegación marítima o aérea (art. 611-616) y el hecho por militar o asimilado (art. 617-618).

Entre los siglos XIV y XVI, Italia estaba fragmentada en múltiples estados. Existían las ciudades estado como Venecia, los estados papales, y al sur la Corona de Aragón, que más tarde pasaría a ser España. La parte norte fue repetidas veces sometida a los imperialismos del Sacro Imperio Romano Germánico y Francia. Durante los siglos XVI, XVII y XVIII, Italia fue zona de conflictos numerosos, tales como las guerras hispano-francesas, la Guerra de Sucesión Española, el conflicto hispano-austriaco por las posesiones napolitanas, así como de las guerras revolucionarias francesas y napoleónicas. Aún hubo conflictos durante la primera mitad del siglo XIX, donde se siguen las

ideas nacionalistas de una Italia unida, como las intervenciones de la Santa Alianza. La Italia moderna se convirtió en estado con bastante retraso respecto de las demás naciones europeas. La conversión ocurrió el 17 de marzo de 1861, cuando los estados de la península itálica y las dos Sicilias se unieron formando el Reino de Italia, el cual sería organizado por el monarca Víctor Manuel II, de la dinastía Saboya, hasta entonces gobernante en Piamonte y rey de Cerdeña. El artífice de la unificación italiana, sin embargo, fue el Conde Camillo Benso di Cavour, el ministro en jefe del rey. Roma, por su parte, se mantuvo separada del resto de Italia bajo el mando del Papa y no fue parte del reino de Italia hasta el 20 de septiembre de 1870, fecha final de la unificación italiana, luego se hizo un plebiscito en el cual se eligió a Roma como la capital de dicho Reino. El Vaticano ciudad independiente rodeada completamente por Italia al igual que San Marino.¹⁴

La dictadura fascista de Benito Mussolini ocurrida en 1922 llevó a Italia a una alianza desastrosa con la Alemania nazi y el Imperio del Japón, lo que la condujo a la derrota de Italia tras la Segunda Guerra Mundial. Durante el transcurso de esta guerra, muchísimas familias de todas partes de Italia, pero principalmente del sur decidieron buscar un futuro mejor en Estados Unidos, Argentina, Brasil, Uruguay, Perú y Venezuela. En Argentina, incluso se encuentran notables rasgos fisonómicos con los pobladores del sur de Italia.

El 2 de junio de 1946, un referéndum sobre la monarquía estableció la república como sistema de gobierno italiano; se adopta una nueva constitución el 1 de enero de 1948. Los miembros de la familia real fueron llevados al exilio, por su relación con el régimen fascista, hasta el 10 de noviembre de 1973, cuando pudieron regresar a Italia gracias a la modificación de la constitución por el parlamento italiano.

Testamentos y sucesiones: La sucesión se rige por la ley nacional del causante en el momento de la muerte. El mismo causante puede en vida someter, mediante declaración testamentaria, su sucesión a la ley del Estado donde

¹⁴ Ibidem. p. 493

resida; si se trata de un ciudadano italiano, tal elección no prejuzga los derechos de los herederos legítimos residentes en Italia.

El testamento, en cuanto a la forma, se considera válido si se reconoce como tal en el sentido de la ley del lugar donde el testador dispuso de sus bienes, o bien en el aspecto de la ley del Estado del cual el testador fuera ciudadano en el momento del testamento o de la muerte, o bien refiriéndose a la ley del lugar donde el testador tuviera su domicilio o residencia en dicho momento.¹⁵

El ordenamiento jurídico italiano se rige por la Constitución de la República Italiana, promulgada en 1948. Se trata de una constitución rígida, esto significa que no puede ser modificada por leyes ordinarias; sólo se puede modificar o completar a través de un procedimiento especial, sumamente complejo, previsto en la propia Constitución Italiana (artículo 138).

Esta rigidez está garantizada por un control de conformidad con la Constitución de las leyes y actos con fuerza de ley, confiado en exclusividad a un órgano constitucional especial, la *Corte costituzionale* (Tribunal Constitucional).

Algunos artículos de la Constitución no pueden modificarse bajo ninguna circunstancia: este es el caso de la forma republicana del Estado, que no puede ser objeto de una revisión constitucional; pero, en general se consideran inmutables todos los artículos que constituyen elementos esenciales del sistema constitucional (por ejemplo, los principios de libertad e igualdad, el sistema parlamentario, el principio de rigidez de la Constitución y la justicia constitucional).

La Constitución contiene los principios generales inherentes a los valores esenciales de la vida del Estado; dicta los principios normativos del Parlamento, de las Regiones y de cualquier otra institución pública con capacidad para promulgar decretos y reglamentos con validez general o

¹⁵ Ibidem. p. 495

específica y sienta las bases de la política exterior y de las relaciones con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

D. FRANCIA: El Código Civil de los Franceses (llamado Código de Napoleón o Código Napoleónico) es uno de los más conocidos códigos civiles del mundo. Creado por una comisión a la que le fue encomendada la recopilación de la tradición jurídica francesa, dio como resultado la promulgación del "*Code civil des Français*" el 21 de marzo de 1804, durante el gobierno de Napoleón Bonaparte.¹⁶

Al asumir el Primer Consulado, Napoleón se propuso como meta, dentro del proceso de la Revolución Francesa, refundir en un solo texto legal el cúmulo de la tradición jurídica francesa, para así terminar con la estructura jurídica del Antiguo Régimen.

Esta estructura se encontraba sostenida en dos ejes. Primero, tenía por base el tradicional derecho franco-germano del norte, con influencias germánicas tanto de los principados alemanes como de los Países Bajos. En segundo lugar, la tradición romanista basada en el *Corpus Iuris Civilis*, aunque modificada por los comentaristas medievales, del sur de Francia.

La comisión encargada de la redacción del Código estuvo compuesta por el presidente de la Corte de Casación Tronchet, el juez de la misma corte Malleville, el alto oficial administrativo Portalis y el antiguo miembro del Parlamento de París Bigot de Prémeneu, la comisión estuvo bajo la dirección de Cambacérès. En el plazo de cuatro meses presentó un borrador que fue enviado a la Corte Superior y la Corte de Casación para que presentaran sus observaciones.

Finalmente fue revisado por el Consejo de Estado, presidido por Napoleón, antes de ser enviado al parlamento para su aprobación. Pese a que Bonaparte era sólo un soldado, su poderosa e impresionante personalidad ayudó a

¹⁶ Ibidem. p. 497

superar los obstáculos que presentaron las Cortes y la obstrucción del aparato burocrático. Su participación se vio reducida a pequeños pero trascendentales aspectos (como el divorcio y la adopción) donde jugaron sus intereses personales.

En el derecho francés, no sólo la idea de codificar el derecho civil se basa en la idea del código francés sino que no se puede obviar la influencia de este derecho en el contenido de la obra de Vélez. Hago a propósito referencia al derecho y no al código ya que la influencia de los juristas franceses fue mayor que la del código francés. Incluso es probable que el codificador argentino haya conocido el código francés "indirectamente" es decir a través de la doctrina francesa. Vélez se aproximó al código francés con sentido crítico y no dudó en apartarse de la solución francesa cuando la encontró confusa o desadecuada. No sólo que la estructura del código argentino es distinta de la del Código Napoleón, sino que sólo un número relativamente pequeño de artículos del código civil argentino están tomados directamente del código francés.¹⁷

Si prestamos atención a la influencia del derecho francés en el código argentino, debemos prestar atención también a la influencia que tuvo el Código de Louisiana, el cual aparece no pocas veces citado en las notas de Vélez. Tal como es sabido, Louisiana es el único estado de Estados Unidos de América que tiene código, en el sentido que los europeos dan a ese término. Es verdad que la mayoría de las veces en las notas de Vélez aparece el Código de Louisiana, lo hace junto con el código francés, lo cual no deja de ser lógico teniendo en cuenta la similitud que por entonces todavía había entre ambos. Sin embargo, no pocas veces es posible encontrar al Código de Luisiana como fuente de tal o cual artículo, sin que aparezca una correlativa referencia al Código Napoleón.

Vélez encontró en el Código de Louisiana un texto que desarrollaba las ideas del derecho romano expresadas en un lenguaje más moderno. Es natural que Vélez haya tomado conocimiento de este código ya que forma parte de los

¹⁷ Desmaris, Benedicto. Les Testaments. Francia, 2001. p. 123

códigos que aparecen en dos trabajos de derecho comparado que estuvieron sobre la mesa de Vélez. No menor que la influencia que el derecho francés tuvo en la obra del codificador, fue el peso que tuvo la doctrina jurídica francesa en el derecho civil argentino hasta bien entrado el siglo XX.¹⁸

Los autores franceses fueron punto de referencia obligado para el desarrollo de la doctrina civil argentina. Ese proceso por supuesto que no estuvo aislado de la influencia general que tuvo la cultura francesa en Argentina.

E. DERECHO GERMÁNICO: En el Derecho germánico se desconoce el testamento y la transmisión se suele hacer por vía de donación, que será la segunda gran forma de transmisión del patrimonio en nuestro Derecho. Por otra parte a la muerte de un miembro del grupo familiar no se abre la sucesión de tipo romano, sino que el patrimonio permanece indiviso en manos de los grupos familiares cuyos miembros individualmente no pueden disponer del patrimonio familiar, especialmente de los bienes inmuebles, pudiendo disponer sólo de los muebles. A efectos sucesorios en relación con los bienes muebles los círculos parentales se agrupan según los parientes masculinos (parientes de espada o lanza) o femeninos (parientes de rueda o huso), en cuanto a los inmuebles rige el principio de troncalidad. A partir de estos dos conceptos en torno a la sucesión se va elaborando nuestro Derecho sucesorio histórico, insertándose los principios germánicos en los romanos a partir del Derecho visigodo y sobre ambos va a mantenerse cada vez con mayor poder el Derecho canónico.

Concepto de derecho germánico; A pesar de que los germanos descienden directamente de un tronco indoeuropeo, poseen la característica de ser pueblos muy separados entre sí, por lo que una denominación como unión y conjunto de esos pueblos dispersos en el ámbito del Derecho es bastante abstracta y artificial. No obstante se pueden observar ciertas características comunes con

¹⁸ Ibidem. p. 125

las que se puede elaborar una caracterización del Derecho Germánico, apoyándose básicamente en relatos elaborados por Tácito y Julio César.¹⁹

Caracteres del derecho germánico; Entre los principales caracteres del Derecho germánico, cabe destacar cuatro:

a) Preeminencia de la costumbre:

El antiguo Derecho germánico, se fue generando mediante la propia gente a través de la costumbre, que permanecía incrustada en su conciencia y hábitos. La costumbre se transmitía oralmente, pues no conocían la escritura. Conocen la escritura cuando llegan al Imperio Romano, con lo que se les abrió la posibilidad cierta de fijar por escrito su Derecho.

b) Primitivismo:

El primitivismo del Derecho germánico se puede ver en la escasa racionalidad para la construcción de instituciones, expresado esto en muchas actitudes que dejan de manifiesto esta situación, por ejemplo, el ímpetu muy poco reflexivo al momento de la solución de conflictos, muchas manifestaciones sensibles al tacto, vista, oído como elementos solemnes para concluir actos de esta naturaleza en su clausura, confusión constante entre los aspectos jurídicos y religiosos, una innecesaria exaltación de la belicosidad, entre otras.

c) Asociatividad de las instituciones:

Entre los germanos existe un predominio muy grande en la idea de comunidad en las estructuras sociales, jurídico-políticas y privadas. Se trata esto de la gran importancia que se le da al grupo como entidad deliberante (Asamblea Nacional. Sippe, etc.). Pero a pesar de esta diversidad de organizaciones sociales, falló el Derecho germánico en la abstracción para crear un ente distinto a los individuos aislados.

d) Privilegio Tribal:

¹⁹ García Esteve Miguel Ángel. Todo sobre la Sucesión y el Testamento. Editorial. De Vencchi. Barcelona, España, 2000. p. 158.

El Derecho germánico primitivo estuvo relacionado fuertemente con lo que es la raza, y no con el suelo, pues no tenían un espacio geográfico continuo en el tiempo, por lo que no sentían apego a la tierra, como ocurría con los romanos. Este carácter es el que desencadena la dualidad jurídica cuando entran al Imperio los pueblos germanos. Este régimen de personalidad jurídica no va a tener los mismos alcances entre los distintos reinos germano-romanos.²⁰

En la comunidad existen los hombres libres, los semilibres y los esclavos. El poder político residía en los hombres aptos para la guerra, que conformaban la Asamblea Nacional, en la que elegían a los reyes y caudillos, acordaban las migraciones y decidían hacer la guerra o la paz.

Esta estructura política moldea una especie de democracia tribal-militar. En esta época los reyes son de carácter electivo entre miembros de alguna Sippe noble, y no son de carácter hereditario, como era la regla general de los pueblos civilizados de la época.

La primera organización territorial que vieron formar los germanos fueron los cantones, los que fueron desarrollados paulatinamente. Sobre esta nueva base convivencial, se crean las asambleas cantonales, que van poco a poco desplazando en importancia en la administración de justicia a las Asambleas Nacionales.

La sippe: Era el grupo amplio de parientes que se encontraban unidos por lazos de sangre. La Sippe es el núcleo tanto del régimen político como jurídico-privado de los germanos.

Las razones toman una importancia dentro de la Sippe, por la incapacidad germana de establecer un territorio para ejercer y practicar la convivencia.

El conjunto de Sippes da origen a la tribu, que es la base de toda la organización pública de los pueblos germanos. Además tiene una importante

²⁰ Ibidem. p. 491

función jurídico-privada, pues está involucrada en todo negocio o acto jurídico que unos de los integrantes de la Sippe realice.

El ámbito de las obligaciones dentro del derecho, fue el menos explorado por los germanos, a diferencia de los romanos. Los germanos tan sólo conocían la permuta y la existencia de una forma primitiva de compraventa. También existieron sistemas de préstamos que no consideraban los intereses ni la usura.

Para concluir un negocio de manera perfecta, no bastaban las formalidades habituales, ni tampoco la escrituración, sin que un negocio estaba perfectamente sellado con gestos y ademanes como un apretón de manos, un beso, una mueca, etc.

II. ANTECEDENTES EN MÉXICO:

El testamento en México ha tenido muchos cambios en todos los sentidos desde la forma de redactarlo hasta en la forma de otorgarlo.

A. ÉPOCA ANTIGÜA: Los testamentos elaborados por indígenas han llamado crecientemente la atención de los estudiosos por su condición de instrumentos jurídico-eclesiásticos que reflejan tanto los procesos de evangelización y del adoctrinamiento religioso que se hizo sobre las sociedades americanas, como porque también son reflejo de las estrategias culturales que esas mismas sociedades desarrollaron para resistir o adaptarse a las nuevas condiciones coloniales. Como tales, son un tipo de documentos privilegiados para conocer otras facetas de las culturas indígenas y se inscriben tanto en el ámbito de la memoria individual como colectiva. Aquí se analizan las principales características de un conjunto de testamentos producidos por indígenas tanto mujeres como hombres nahuas de la meseta central de México.²¹

¿El testamento ejecutado por indios fue un acto voluntario? La "memoria" hecha en 1616 por Alonso Demillotli, para nombrar a los herederos de sus

²¹ Cárdenas Uribe, Filiberto. Contratos y Testamentos. Editorial, Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 2002. p.89

bienes indica lo contrario, por cuanto la estructura del texto relato se transforma en un cuestionario que hace el escribano: A la primera pregunta que hice al enfermo, dijo. Este texto ratifica el sentido del testamento en cuanto discurso de la memoria: "Yo Alonso Demillotli contento hago mi memoria". Es interesante pensar en el proceso de internalización del acto de testar, si los indios asumían el deber de llamar a alguien para que escuchase o escribiese su última voluntad. De hecho, tenemos varios ejemplos de indios que llamaban a los alcaldes y escribanos para hacerlo, o acudían directamente a ellos.

¿Es el testamento indígena una confesión? El testamento tiene tanto un sentido laico como uno religioso, pero éste último es el que lo sanciona, pues se inicia en el nombre de Dios y se jura veracidad ante él. La nueva doctrina introducida en el espacio americano trajo hitos nuevos tales como la confesión, el bautizo y el testamento. Aquí es donde la occidentalización tiene su sustento o fundamento histórico más arcaico: la evangelización cristiana del nuevo mundo. Los confesionarios del siglo XVI al XVIII tienen entre sus acápites la forma de testar de los indígenas; por lo tanto, se podría pensar que el sentido de este acto, exigido a la población indígena como parte del repertorio de signos que denotaban su cristianización, era un acto confesional "una manifestación capital del poder ... tanto por la relación de subordinación que instituye, como por la interiorización de una obligación: la de producir un discurso verídico, declarando lo que uno es, lo que ha hecho, lo que recuerda y lo que ha olvidado, lo que esconde y lo que se esconde". Estructuralmente, el testamento es una confesión, si entendemos por ésta un tipo de declaración. Los manuales de escribanos los señalan como "cuestionarios para testar" y el modelo de testamento para indígenas en lengua náhuatl, al parecer más difundido en el período colonial, de fray Alonso de Molina de 1565, está inserto dentro del Confesionario mayor en lengua mexicana y castellana.

El testamento (en cuanto acto de voluntad) es una práctica cultural que pertenece tanto al ámbito de la memoria individual como colectiva, es el acto en el cual se evoca el origen (preámbulo), las deidades que nos acompañan o anhelamos nos acompañen (invocación) y el ámbito material que nos rodea (cláusulas de disposición). Al mismo tiempo, en cuanto texto verbalizado y

trasladado al soporte material del papel, es un acto de conciencia histórica en el cual la rememoración, el recuerdo y la evocación tienen como sentido inscribir en las acciones futuras de otros un actuar razonado: un testamento permite reclamar bienes, denunciar abusos e incumplimientos. La validez de un testamento la da el grupo, la sociedad; por tanto, lleva consigo la memoria colectiva que legitima esa acción una y otra vez. En el Derecho Romano incluso son los testimonios de la mente.

El testamento ha sido trabajado desde varias perspectivas por los historiadores. Los pioneros, Michel Vovelle y Pierre Chaunu, trabajando serialmente, se centraron en el problema de la descristianización o laicización de la cultura occidental, pasos seguidos por Alfredo Figueroa para el caso panameño. Sin embargo, los testamentos hechos por nauas, tanto en español como en náhuatl, plantean el problema de forma inversa: es la cristianización y en un sentido más complejo, porque no es el proceso de sacralización de la vida en unos sujetos desacralizados, sino que es la conquista "espiritual" de todo un mundo, que no era homogéneo en sus creencias, ritos y prácticas.²²

La existencia de estudios para la sociedad "española" u occidental europea permite tener puntos de comparación y así poder detectar los intersticios por los cuales se cuele la diferencia, lo particular, lo propiamente identitario. Los testamentos de nauas plantean el tema de cómo una práctica occidental se adopta para fines nuevos y específicos dentro de la sociedad indígena, ante la transformación de sus estructuras de poder y sus signos culturales. Según Serge Gruzinski, los testamentos serían (redundantemente) un testimonio en el cual la escritura se liga al deseo de vivir y sobrevivir, de salvar la memoria (individual o colectiva), a la intención de conservar la identidad y los bienes.

Esta sería una memoria sometida a las presiones del derecho español, por cuanto el testamento tiene por principal fin desentrañar el destino de los bienes. Sin embargo, estos escritos nahuas dirigen su mensaje a los hablantes de esa

²² Ibidem. p. 90

lengua y no al español, el texto tiene como destinatario a una comunidad que se ha apropiado del instrumento para sus propios fines.

Jean-Pierre Rioux, hablando sobre el tema de la memoria colectiva desde una perspectiva cultural, señala que historia y memoria forman un ángulo recto. A la memoria le correspondería el cuidado de regresar en el tiempo, "recuperar lo que ha quedado atrás, invocar la herencia de un paganismo imperturbable", mientras que a la historia le corresponde la tarea de "inscribir y subrayar, descifrar, buscar y contar, reflexionar y prever, para comprender mejor y dar a conocer un destino razonado".²³

Maurice Halbwachs, por su parte, plantea que la memoria colectiva es una continuidad poco artificial, porque retiene del pasado solo lo que vive en la conciencia del grupo que la contiene, al contrario de la historia que divide el acontecer en periodos sucesivos que no forman parte de un mismo cuerpo. Por tanto, el concepto de memoria histórica no es de los más exitosos, porque asocia dos términos que se oponen en más de un punto. Si volvemos al inicio, los testamentos indígenas documentan la memoria de un individuo dentro del contexto histórico de un grupo, pero en estos casos hay que pensar primero en cómo se internaliza esta práctica, a qué obedece su uso, qué transformaciones provoca en las formas de traspaso de la memoria colectiva y qué impactos tiene el devenir histórico de las sociedades que lo utilizan.²⁴

El esfuerzo que implicaba testar, como acción que forzaba a recordar lo que se había hecho en una secuencia temporal o atendida a los parámetros de las personas y los bienes, se manifiesta fuertemente en los testamentos, a través de distintas variaciones de la fórmula, pero también en una disposición de las cláusulas en desorden, alterando la secuencia del canon como si se fuera escribiendo en la medida en que se iba recordando. El testamento de Antonio Hilario, de 1738, es un buen ejemplo del desorden de un testamento indígena. Comparándolo con el canon español, todo indica que se está haciendo

²³ Azcarate De, Gumersindo. Minuta de un Testamento. Colección, Crítica del Derecho. Editorial. Comares. Madrid, España. p. 139.

²⁴ Ibidem. pp. 92 y 93.

memoria de lo que se tiene y luego se va hacia atrás y adelante para ir repartiéndolo, mezclando todo con órdenes de venta de distintas especies para financiar misas para su alma. Por ejemplo, en medio de la enumeración de sus bienes y los herederos correspondientes inserta lo siguiente: "Así mismo, dejo un buen aderezo para beneficio de mi alma, se buscará un hábito quizá dónde lo encuentren (lo comprarán) para que con eso envuelvan mi cuerpo".²⁵

El derecho de sucesión en la época prehispánica podía ser practicado por todos los hombres, fuesen nobles o plebeyos, respecto de sus propiedades particulares, como eran los bienes muebles, inmuebles y esclavos.

Entre los aztecas la sucesión se distinguía de 2 formas;

- Voluntaria.- La voluntaria se daba cuando un individuo voluntariamente dejaba sus bienes o parte de éstos a cualquier persona que fuese o no de su familia.
- Legítima. En la legítima, los hijos varones eran los que disfrutaban de los bienes de su progenitor.

La sociedad mexicana recibió la herencia cultural Romano-occidental por conducto de las instituciones de conquista española, y nuestro derecho, en consecuencia, sigue las ideas romanistas.

En realidad no abundan, recopilaciones, documentales o bibliografía sobre Los bienes de difuntos en las Indias la. Se sabe poco de ella. Los estudios tradicionales de la historia del derecho indiano aún se enfocan más sobre aspectos del derecho público, judicial o administrativo, que a las intrincadas esferas del derecho privado del antiguo régimen, que existió y fue derecho vivo en Indias.

B. EPOCA MEDIA: El testamento se convierte, para la mentalidad del hombre medieval, en un auténtico pasaporte para la vida eterna, aunque es bien

²⁵ Azcarate De, Gumersindo. Op. cit. p. 143

consciente de que ese documento tiene que ir acompañado de las buenas obras y completado por los correspondientes sufragios.

Las causas para que un hombre se decida a redactar su testamento se pueden dividir en dos planos; el natural y el sobrenatural. Es decir, la transmisión de bienes temporales, y la conciencia de la necesidad de presentarse libre de acusaciones ante el juicio divino.²⁶

Lo habitual era que se testara cuando la enfermedad causase los primeros indicios, aunque su redacción podía hacerse en cualquier momento.

Los meses de calor, correspondientes al periodo entre abril y octubre, era la época de mayor número de testamentos debido al aumento de las fiebres y las pestes. Era necesario no retrasar excesivamente el momento de la redacción del testamento porque éste tenía que redactarse en plenas condiciones psíquicas y morales.

El testamento se constituyó, desde los primeros siglos medievales, en un auténtico seguro de vida eterna para el testador, siempre y cuando fuera acompañado de las buenas obras y de un verdadero arrepentimiento, que las mismas disposiciones del documento debían acreditar. Era como un pacto que se establecía entre la Iglesia y el testador, la cual cubría el ámbito natural y el sobrenatural.²⁷

De hecho, en México en los testamentos bajo medievales se establece desde el principio una dicotomía bien característica entre las donaciones terrenas (pago de deudas pendientes, establecimiento de donaciones a los familiares, recompensas a los amigos, retribución a los colegas profesionales) y las espirituales (limosnas de todo tipo, donaciones a las parroquias, solicitud de oraciones y, por fin, el confuso mundo del establecimiento y pago de los sufragios que el testador establece para entrar en la vida eterna con la mayor brevedad posible).

²⁶ Roa Barcenas Rafael. El Testamento. Segunda edición. Editorial Maillefert. México 1869

²⁷ Loc. cit.

Es en los preámbulos de los testamentos donde quizá se muestra de modo más explícito el temor a la muerte y la conciencia de su proximidad que los ciudadanos bajo medievales tienen. Allí el testador suele explayarse, manifestando en algunas ocasiones el estado de ánimo con el que afronta- de un modo inminente o no- la muerte natural. En estas cláusulas es donde se refleja con más hondura la conciencia del hombre medieval ante la magnitud de lo sobrenatural o la idea de la fugacidad de la vida.

El derecho de disponer voluntariamente de los bienes para después del fallecimiento, tiene como antecedente la facultad de disponer entre vivos, y es evidentemente un atributo de la propiedad, una manera de manifestarse la libertad individual, mas exteriorizada cuando más se han exaltado los derechos individuales como en la Revolución francesa.

Tomando en cuenta que el Derecho es un fenómeno social resultado de los complejos factores que interactúan en los grupos humanos constituidos, la historia del Derecho en México debemos empezarla con el derecho azteca, por su evolucionado desarrollo y carácter normativo-religioso, siendo para su tiempo muy evolucionados ya en materia penal. Es entonces preciso mencionar un poco del derecho observado entre los aztecas, porque si bien nuestras leyes actuales nada tienen en común con las antiguas legislaciones mexicas, existen aun, en algunas regiones de nuestra patria grupos indígenas que sí tienen muchos puntos de contacto con los antiguos pobladores de nuestro país.

Las Siete Partidas de don Alfonso X el sabio, legado normativo medieval, constituye uno de los mas importantes referentes jurídicos para la explicación del derecho indiano y novo hispano en su conjunto.

Los manuscritos que la componen llevaron el nombre de "Libro de las Leyes". La aplicación en las Indias del derecho real castellano como derecho común y, por ende, en carácter subsidiario de los derechos propios, las partidas influenciaron sobre manera la práctica forense y acciones de gobierno.

La influencia de la Partida Sexta en materia sucesoria, sirvió de base para la nueva mentalidad jurídica de la nueva Galicia y para la implantación de las instituciones privadas en el actual territorio zacatecano.

Otra poderosa afluyente normativa que influencio sobre manera el mundo jurídico privado indiano, fueron las Leyes de Toro. Su origen se remonta a las cortes de Toledo en 1502, en las cuales se asumió como un problema la dispersión normativa existente entre varias fuentes clásicas del derecho castellano, a saber: el Fuero Viejo, las Partidas y otras disposiciones. Su temática fundamental gira en torno a los temas de derecho de personas, sucesiones, matrimonio, mayorazgos entre otras”.

En materia sucesoria, las Leyes de Toro modifican, y en algunos casos afinan, cuestiones de vital importancia. Su aplicación fue también de importancia en la Nueva España.

En los primeros 50 años de vida del México Independiente siguió rigiendo el derecho Colonial, y los textos de doctrina jurídica española y en ocasiones criolla continuaron siendo la pauta seguida por funcionarios juristas y litigantes de la época para adentrarse en el caos de la legislación.²⁸

Bayitch sostiene que la codificación así entendida, surgió en nuestro país como resultado del cambio en su posición política internacional. No aparece acertada la afirmación si se piensa que la idea de codificar los derechos civil, penal y mercantil ya esta presente en la Constitución de Cádiz de 1812, la cual estuvo vigente en México tanto antes de la independencia como en los siguientes años, aunque fuera parcialmente.

De otra parte desde antes de la independencia había penetrado en la Nueva España el pensamiento de la Ilustración y algunos de los postulados del iusnaturalismo racionalista.

²⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Quinta edición. Editorial Porrúa. México, 1991. p. 23

La evolución del proceso político e ideológico no sigue una línea recta, los primeros años son de tanteos que conllevaron a nuevas convulsiones políticas y sociales, y es hasta el último tercio del siglo XIX que un modelo logra implementarse. Este modelo político, afiliado a la doctrina liberalista de la época, permitió que se promulgaran los tan deseados códigos.

Los liberales y conservadores tenían mas afinidades entre si de las que a veces sean querido ver. El punto fundamental de discordia era la posición que debía ocupar la iglesia en la nueva sociedad. Esto para nosotros es importante para las repercusiones que tuvo en los derechos de familia sucesorio y procesal.

Durante el lapso que estuvo en vigor la Constitución de 1824, varios estados se dieron a la tarea de codificar su derecho civil Oaxaca y Zacatecas terminaron los trabajos. El Código Civil de Oaxaca se promulgo por libros entre 1827 y 1829; el de Zacatecas se promulgo para su publicación en 1829. Estos códigos fueron estudiados para esclarecer su similitud con la influencia de los códigos europeos, encontrándose así que no se siguió un modelo idéntico de tales códigos; los códigos de Jalisco y Oaxaca incluyen un titulo sobre el registro de nacimientos, matrimonio y muertes (Oaxaca).

En los códigos durante esta época del sistema federal recibieron materias significativas que permitieron identificar su filiación. Solo se hará referencia a las relaciones Iglesia- Estado; el concepto de propiedad y la libre disposición de los bienes por testamento.

Puede observarse en cuanto a la libre disposición de los bienes por testamento, tanto el *de cuius* oaxaqueño como el zacatecano, solo podían disponer libremente de la mitad de sus bienes en caso de que tuvieran un hijo legítimo, el tercio si eran dos sus herederos y el cuarto con tres o mas.²⁹

²⁹ Ibidem. p. 25

CAPITULO SEGUNDO

DEL TESTAMENTO EN GENERAL.

Es importante estudiar las diferentes acepciones del concepto de testamento, para así lograr comprender y estudiar todos los elementos del concepto de testamento.

I. CONCEPTO:

A. ETIMOLÓGICO: “El término de testamento viene del latín *testamentum*, y este de *testis*, testigo, y de *testor*, atestiguar. Algunos la hacen derivar de *testatioet mens*, testimonio de la mente o de la voluntad”.¹

El testamento del latín “*testatio mentis*,” significa “testimonio de la voluntad”. Es el acto jurídico por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos. Cuando una persona muere sin dejar testamento se dice que ha fallecido “*abintestato*” o intestada. Si bien generalmente el testamento es un acto jurídico de disposición de bienes, debe reconocerse que existen declaraciones de voluntad no consistentes en ello pero pueden ser materia de un testamento

“Para Justiniano y Alfonso X El Sabio el vocablo procede de *testatio-mentis*, el testimonio de la mente; y para otros, se trata de un juego de palabras que derivan de *testibus-mentio*, la mención de los testigos, por la necesidad de testar frente a testigos”.² En general este origen etimológico nos da la idea de la voluntad de una persona, plasmada en un documento mediante un acto jurídico.

B. GRAMATICAL: En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se establece; es la “Declaración que de su última voluntad hace

¹ Arce y Cervantes José. De las Sucesiones. sexta edición. Editorial Porrúa. México 2001. P. 54

² Bonfante Pedro. Op. Cit. P. 5

alguien, disponiendo de bienes y de asuntos que le atañen, para después de su muerte”.³

También se considera como el: “Documento donde consta en forma legal la voluntad del testador”. “Obra, en que un autor, en el último periodo de su actividad deja expresados los puntos de vista fundamentales de su pensamiento, o de las principales características de su arte, en forma que el o la posteridad consideran definitiva”. “Serie de resoluciones que por interés personal dicta una autoridad cuando va a cesar en sus funciones”.⁴

Otro concepto lo ubica como el: “Negocio jurídico consistente en una declaración de voluntad por la que una persona ordena el destino de sus intereses para después de su fallecimiento. Documento en que consta esta declaración”.⁵

C. JURÍDICO: Testamento: “Es 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”⁶.

Artículo 1295:”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”.⁷

Rafael Rojina Villegas lo define como: “Un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte de sus herederos o legatarios, o declara cumple deberes para después de la misma”.⁸

³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. España 2007. p. 3359

⁴ Enciclopedia Práctica Planeta. Tomo siete. Editorial Planeta. Barcelona, España 2006. P. 2019

⁵ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Tomo XI. Editorial Rarders Digest. México 2005. p. 3711

⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 2000. P. 384

⁷ Código Civil para el Distrito Federal. Editorial ISEF. Décimo tercera edición. p. 140

⁸ Rojina Villegas Rafael. Op. cit. p. 289

Por su parte, José Arce y Cervantes lo ubica como: “Un negocio jurídico unilateral y *mortis causa*”.⁹ Este concepto de negocio jurídico es relativamente moderno pero ha tenido gran influencia en el pensamiento jurídico. Este es un concepto que no hay que tratarlo como un concepto “*a priori*”, por la misma naturaleza de las cosas, porque en realidad es un concepto teórico, instrumento intelectual para conocer mejor el Derecho vigente.

El testamento queda plenamente incluido en esta categoría de negocio jurídico porque el acto de testar, es ejecutado libremente por el testador con el fin, previsto y sancionado por el Derecho, de que la voluntad que ahí exprese va a tener precisamente, los efectos jurídicos que busca y quiere el testador

D. SOCIOLÓGICO: Un testamento es un documento jurídico escrito en algún momento de la vida de una persona, que dispone la distribución de los bienes de esa persona una vez que haya fallecido.

Un testamento también puede abordar otras cuestiones importantes, como las instrucciones para el sepelio o la tutela de los niños menores que sobreviven al finado. En la mayoría de los países una persona no tiene derecho a decidir en lo que respecta a la distribución de su propiedad después de su muerte sin un testamento válido.

Los testamentos son importantes para todos los adultos, estén viviendo o no con alguna enfermedad o bien estén en perfecto estado de salud, ya que nunca se sabe cuándo puede sobrevenir la muerte, por accidente o por un problema de salud imprevisible.

Es importante que fomentar cada vez más el otorgamiento de un testamento ya que esto evitaría muchos problemas. Es necesario promover una cultura para testar, esto se debe convertir en una obligación para todas las personas y se debe otorgar con tiempo y no solo cuando ya estemos en una situación de enfermedad.

⁹ Arce y Cervantes José. Op. Cit. P. 50

II. ELEMENTOS DEL TESTAMENTO Y SU NATURALEZA JURÍDICA:

Para empezar a hablar de los elementos del testamento, empezaremos citando nuevamente la definición para su análisis:

Testamento: Es 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

A. ACTO JURÍDICO: Una de las características del testamento es que es un acto jurídico unilateral, pero podemos empezar definiendo el acto jurídico y sus elementos.

El acto jurídico es uno de los conceptos fundamentales del derecho, pues realiza los principales supuestos jurídicos. Se le define como una manifestación de voluntad, que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.

En el sentido amplio, se entiende por acto jurídico: “un acto humano, realizado consiente y voluntariamente por un sujeto, del cual nacen efectos jurídicos, porque el sujeto, al realizarlo, quiere determinar un resultado; y tal resultado se toma en consideración por el derecho”.¹⁰

La misma teoría francesa de los actos jurídicos, explica que estos pueden ser unilaterales o bilaterales. Los unilaterales son aquellos en donde la manifestación de voluntad hecha para producir los efectos de derecho, que su autor desea, no precisa el concurso o ayuda de otra voluntad, pues basta para que ellos se produzcan, una sola y exclusiva voluntad y la ley.

En cambio en los actos jurídicos bilaterales, se precisa para que se generen los efectos de derecho, el concurso de dos o mas voluntades, que persigan intereses opuestos, una de la otra, tal y como sucede en el caso de los

¹⁰ Rojina Villegas Rafael. Op. Cit. Tomo I. P. 327

contratos. En el contrato se requiere de dos voluntades cuando menos, pero una de las voluntades busca efectos jurídicos diversos de la otra voluntad que interviene en la formación del acto.

En el acto unilateral, para que se genere el efecto de derecho deseado por su autor, no se requiere del concurso de dos voluntades, sino que es suficiente con una sola, la del autor del acto.

Pues bien, este es el caso del testamento, pues el autor de ese acto, no precisa de otra voluntad para determinar quién o quiénes lo habrán a suceder en su patrimonio pecuniario después de su muerte; basta su sola y única voluntad.

El testamento es un acto jurídico desde que se otorga, porque desde ese momento tiene 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:

Artículo 1378: “El testamento otorgado legalmente será válido aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar”.¹¹

Por su naturaleza es definitivo, aunque el testador, tenga el derecho de revocarlo. El que lo otorga lo hace con la intención de que esa voluntad suya se cumpla, si él no la revoca o la modifica. La muerte del autor actúa sólo como un presupuesto de producción de efectos.

Para comprender la esencia del testamento, hay que atender a un doble estadio: en el primero, una vez formado, adquiere relevancia y carácter definitivo para su autor, puesto, si quiere impedir sus efectos, tendría que revocarlo. Para los demás, antes de la muerte del autor, este acto jurídico,

¹¹ Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 150

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 estadio, cuando ha fallecido su autor, el testamento no puede ser revocado, y empezará a surtir todos sus efectos.

Por su parte, Ignacio Galindo Garfias, nos dice: “El acto jurídico testamentario en una declaración unilateral de voluntad, cuyos efectos se producen, efectivamente después de la muerte del autor de dicho acto”.¹²

La ejecución de la voluntad contenida en ese acto, esta sujeta a la condición suspensiva de la muerte de su autor, y es además un acto de disposición, cuyo objeto es el patrimonio del declarante, en su conjunto (bienes, créditos y obligaciones) constitutivas del patrimonio.

Desde otro punto de vista, el testamento constituye un acto declarativo, probatorio de la voluntad de su autor, que requiere como acto jurídico la capacidad del testador, para la validez y ejecución de sus efectos.

Podríamos decir, validamente, que la naturaleza jurídica del testamento, le atribuye, un carácter distributivo y uno atributivo.

La naturaleza del testamento, lo caracteriza como acto declarativo de voluntad, revocable por su autor y condicionado a la muerte del “*de cujus*”.

Como acto declarativo de la voluntad de su autor, es de la naturaleza de dicho acto, ser revocable por el testador, en cualquier momento.

¹² Galindo Garfias Ignacio. Derechos Reales y Sucesiones. Segunda edición. Editorial Porrúa. México 2004. p.194

Desde el punto de vista de su contenido, el testamento, es un acto atributivo de dominio propiedad, a favor de los herederos y de los legatarios en su caso.

Como acto de voluntad, el testamento además es dispositivo del dominio patrimonial y de transmisión de las obligaciones del testador.

Propiamente, el testamento, es un acto atributivo de la titularidad y del dominio patrimonial en su conjunto.

El testamento es un acto de última voluntad, es decir, "*mortis causa*" o como dice el Código Civil para el Distrito Federal "para después de la muerte" (artículo 1295). Es decir es un acto jurídico con efectos diferidos a cierta época cronológicamente posterior a su otorgamiento, puesto que la producción de efectos está sujeta a la "*conditio juris*" de la muerte.

La muerte es el único punto de vista que tiene el testador y la que determina su voluntad. La muerte es la que señala el principio de la producción de sus efectos y las disposiciones propiamente testamentarias, no deben producir ninguno antes de este hecho. Este carácter indica también, que la voluntad contenida en el testamento es la definitiva del testador, mientras no la cambie.

Se dice que es última voluntad, porque subsiste hasta la muerte, mientras no se revoque. Se presume que la voluntad expresada por el testador, es lo que él hubiere querido en el último momento de su vida. La voluntad testamentaria no caduca ni prescribe con el transcurso del tiempo.¹³

B. PERSONALÍSIMO: El Código al definirlo (artículo 1295), establece que el testamento es un acto personalísimo, y esta expresión tiene varios sentidos. Primeramente que el testamento, debe ser otorgado personalmente por el testador, sin que pueda admitirse ninguna clase de representación o suplencia

¹³ De Pina Rafael. Derecho Civil Mexicano. Décimo sexta edición. Volumen II. Editorial Porrúa. México 2000. p. 303

de voluntad, ya que los actos que exigen intervención personal, no pueden otorgarse por un representante.

Por otra parte, la expresión mencionada, indica que el testamento debe contener la voluntad de una sola persona. Es, por tanto, un acto unipersonal. Este carácter de unipersonalidad en el testamento, tiene como fin, garantizar la espontaneidad de la voluntad, de ahí se manifiesta, es decir, la no concurrencia con otras voluntades que pudieran influirla, así como la libertad para revocarla. Expresamente prohíbe el Código que en el mismo acto testen dos personas (artículo 1296), salvo la excepción del artículo 1549 Bis fracción tercera del Código Civil para el Distrito Federal..

Artículo 1296:” No pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero”.¹⁴

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

III. Si hubiere pluralidad de adquirentes del inmueble, cada copropietario podrá instituir uno o mas legatarios respecto de su porción.

Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o mas legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. En los supuestos a que se refiere este artículo no se aplicará lo dispuesto por el artículo 1296 de este Código”.¹⁵

¹⁴ Código Civil para el Distrito Federal. Op. Cit. p.141

¹⁵ Ibidem. p. 164

Antiguamente se permitía que el testamento de una persona fuera hecho por otra, pero ahora como se anota, se trata de un acto personalísimo que no admite la intervención de otra persona por lo que se refiere a los elementos esenciales del acto.

Por su naturaleza de acto único, excluye también cualquier otro acto que no sea testamentario, aunque puede contener otros actos de última voluntad que no sean naturalmente testamentarios, pero siempre que se trate de negocios unilaterales de posible efecto para después de la muerte.

Con referencia al carácter personalísimo del testamento, por su importancia, no puede quedar expuesto, a que el representante se desvíe de la verdadera voluntad del testador. Esto no obsta, y así sucede en la generalidad de los casos, para que el testador pueda buscar el consejo de un tercero, especialmente de un jurista, en relación con el contenido y redacción del testamento.

La intervención de estos asesores no priva al testamento de su naturaleza personalísima, pues la voluntad que en él se manifiesta no es la de los consejeros, sino la del causante de la sucesión.

El consejo del jurista en tales casos, recae sobre la manera de manifestar la voluntad del testador, sin que se le pueda atribuir otra trascendencia.

Gutiérrez y González nos explica el carácter de personalísimo del testamento; que el testamento sea de carácter personalísimo, significa que este acto jurídico unilateral, solo puede ser confeccionado en sus elementos esenciales por el testador, y nunca por otra persona diferente.¹⁶

El testador tiene la facultad de nombrar inclusive, sin decir las razones que lo guían, herederos, a personas totalmente ajenas o diferentes a quienes podrían heredar por sucesión legítima. Queda a su personalísimo criterio el determinar

¹⁶ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Sucesorio. Cuarta edición. Editorial Porrúa. México 2002. p. 140.

quién o quiénes se habrán de quedar con sus bienes pecuniarios una vez que él fallezca.

Es oportuno aclarar, que existe una relativa excepción al carácter de personalísimo del testamento. No obstante que, como ya hemos mencionado, el testamento solo puede ser hecho en sus aspectos esenciales por el testador, la ley establece una relativa excepción a ello y así lo dispone:

Artículo 1298: “Cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc., puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de personas a quienes deban aplicarse, observándose lo dispuesto en su Artículo 1330”¹⁷

Y, se completa esta excepción con el texto siguiente:

Artículo 1299: “El testador puede encomendar a un tercero que haga la elección de los actos de beneficencia o de los establecimientos públicos o privados a los cuales deban aplicarse los bienes que legue con ese objeto, así como la distribución de las cantidades que a cada uno correspondan”.

Eso desde luego como ya mencione, es una relativa excepción al carácter de personalísimo, pues en verdad, el aspecto inicial de la declaración unilateral de la voluntad del testador, es ser personalísima, ya que él es quien decide que sus bienes se dejen a los pobres, huérfanos, etc., o se dejen a instituciones de beneficencia, y ya solo la aplicación específica es la que deja en manos de otra persona.

C. REVOCABLE: Ernesto Gutiérrez y González define a la revocación de la siguiente manera: “La revocación es un acto jurídico unilateral o bilateral, por

¹⁷ Código Civil par el Distrito Federal. Op. cit. p. 142

medio del cual se pone fin y se extingue otro acto jurídico anterior, unilateral o bilateral, plenamente válido por razones de conveniencia y oportunidad catalogadas ya subjetivamente por una sola parte, ya apreciadas en forma objetiva por ambas, según sea el caso”.¹⁸

“La revocación de un testamento es un acto jurídico unilateral del autor de testamento, por medio del cual se priva de sus efectos para el futuro, al acto jurídico anterior consistente, primero, en haber otorgado un testamento, plenamente válido, por razones de oportunidad, catalogadas subjetivamente por su autor, y en segundo lugar, en otro documento público diferente al testamento”.¹⁹

Todo lo hecho en testamento puede modificarse o revocarse posteriormente. Esto quiere decir que la voluntad del testador nunca queda vinculada a la de otra persona y podrá cambiar de idea en el futuro sin necesidad de alegar causa alguna. Basta con otorgar el testamento en la forma debida.

El testamento es esencialmente revocable, este carácter deriva de que es un acto de última voluntad. puesto que expresa una última voluntad y la voluntad humana es cambiante, el testador es libre de mudar su voluntad hasta el infinito, para que el testamento que haga exprese realmente su voluntad definitiva.

El testador puede revocar el testamento en forma expresa o tácita. La primera, declarando que revoca el testamento o lo modifica. En forma tácita, haciendo un nuevo testamento, y este solo hecho implica la revocación del anterior, a no ser que el testador declare la subsistencia del primero en alguna de sus partes.

La ley no determina forma alguna para hacer la revocación de un testamento, por lo cual debe pensarse que puede hacerse de cualquier manera lícita que se considere.

¹⁸ Gutiérrez y González Ernesto. op. cit. 143

¹⁹ Loc, cit

Algunos notarios públicos opinan que la revocación del testamento, solo se puede hacer a través del otorgamiento de otro testamento, en donde de manera expresa se determine que se revoca el anterior testamento.

Gutiérrez y González no comparte esta opinión, pues según él, “la revocación de un testamento se puede hacer por medio de otro acto unilateral que no conste en un testamento”.²⁰

Pero además como ya mencionamos antes la ley no determina forma especial alguna para hacer la revocación del testamento, ni tampoco hay una norma que diga que se debe hacer precisamente en un testamento,

Se puede revocar en forma:

- 1) Tácita.
- 2) Expresa y
- 3) Real o material.

1) Revocación tácita:

Se realiza cuando otorgado un testamento, se otorga uno nuevo y no se hace referencia a la existencia del anterior, en este caso el nuevo testamento, es el único que surte efectos, salvo disposición en contrario del testador.

Artículo 1494: “El testamento anterior queda revocado de pleno Derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquel subsista en todo o en parte”.²¹

Pero, si el segundo testamento es a su vez revocado, y el testador desea que vuelva a cobrar vida el primer testamento, así se respetará su voluntad.

²⁰ Ibidem. p. 144

²¹ Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 159

Artículo 1496: “El testamento anterior recobrara, no obstante, su fuerza, si el testador, revocando el posterior, declara ser su voluntad que el primero subsista”.²²

2) Revocación expresa:

Tiene lugar cuando se declara fehacientemente que el testamento anterior queda sin valor alguno. Esta declaración puede hacerse por regla general en un nuevo testamento, pero no se debe suponer que para revocar el testamento anterior sea siempre preciso otorgar uno nuevo; no, será suficiente que el testador ocurra ante un notario, y ahí sin otorgar nuevo testamento solo manifieste que revoca el que ya tenía otorgado. Así, quedará revocado su testamento y él queda sin testamento, en cuyo caso al fallecer se abrirá la sucesión testamentaria.

3) Revocación real o material:

Se verifica cuando el testador destruye materialmente el documento en donde consta su testamento. Este sistema no puede servir en México para los testamentos público cerrado y público abierto, pero es cuestión de pensar un poco su procedencia en cuanto al llamado testamento ológrafo.

Para entender el efecto que la revocación produce respecto del testamento, debe recordarse que éste, le sirve al testador para dos diferentes funciones:

- a) Disponer de bienes y derechos pecuniarios para después de su muerte, y
- b) Declarar o cumplir deberes, para después de su muerte.

Ahora bien, la revocación, priva de todos sus efectos para el futuro, a ese acto plenamente válido que es el testamento. No obstante la ley en ocasiones muy especiales, una por razón de respeto a la voluntad del testador, y otra por razón de interés de protección a ciertos derechos y de determinadas personas, dispone especiales y restringidos efectos a la revocación.²³

²² Loc. cit.

²³ Gutiérrez y González Ernesto. Op. cit. p. 145 y 146

La regla, es que priva se sus efectos para el futuro al acto que se revoca, pero la ley le impone a tal principio dos excepciones:

a) Cuando la revocación es tácita, y no obstante haberse revocado el testamento, éste revive en el caso del Artículo 1496, transcrito anteriormente.

En este caso, se vio como se expide un testamento, se revoca por otro, y luego se expide un tercero y se manifiesta por el testador, que el revocado primero recobra su fuerza.

b) Cuando se consignan deberes el testamento revocado, y no se reiteran esos deberes en el testamento posterior.

Como ya mencionamos, en el testamento se pueden declarar o cumplir deberes para después de la muerte, pues bien, esos deberes declarados o cumplidos en el testamento que se revocó, "no deja de surtir efectos". El resto del testamento dejará de surtir, pero el reconocimiento o cumplimiento de un deber, no se ve afectado por esa revocación.

D. LIBRE: El testamento es un acto libre, debe ser otorgado por la persona, cuando se encuentre en plena libertad de expresar su voluntad. Si su voluntad se encuentra viciada, podrá, ya el testador, ya sus herederos legítimos e inclusive testamentarios, en su oportunidad, pedir la nulidad del testamento.

Para ser eficaz plenamente la voluntad testamentaria 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. La definición de testamento establecida en el Código (artículo 1295) exige esta libertad.

No puede el testador obligarse por contrato o convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o bien transmitir bajo testamento sólo parte de sus bienes y reservar otra parte para sus herederos legítimos. Cualquier pacto que en este sentido restrinja la facultad libre de testar, o que implique renuncia de ella, es también inexistente por una imposibilidad jurídica, en virtud de que hay

una norma en el Derecho positivo, que impide que el acto de renuncia o de restricción a la facultad de testar se lleve a cabo.²⁴

Ahora bien, ¿cuáles de los llamados vicios de la voluntad, que recogen los Códigos civiles en materia de contratos son aplicables a la materia sucesoria?.

Los Códigos consideran los siguientes vicios:

1) Error, el cuál puede ser:

- a) Fortuito,
- b) Fortuito mantenido por mala intención o mala fe y,
- c) Provocado por dolo.

2) Violencia.

3) Lesión.

1) ERROR: El error es por definición, una falsa creencia de la realidad; una no adecuación psicológica con el mundo externo.

a) Error Fortuito: Es la falsa creencia de la realidad que se adquiere, sin que haya intervención de otra voluntad para generar el equívoco en la voluntad del sujeto que lo sufre.

b) Error Fortuito mantenido por mala intención, o mala fe: Pero puede suceder que el sujeto haya caído espontáneamente en el error, en cuyo caso, la persona con la cual va a contratar, esta en la necesidad de hacerle ver su error. Si por el contrario esa persona en lugar de sacarlo de su error, maquina para mantenerlo en él, se dice que el error siendo fortuito, es mantenido por mala fe.

c) Error provocado por dolo: Esto es cuando una persona tiene la intención de hacer creer a otra algo que no es verdad, es decir, la hace caer en un error, pero este error no es fortuito, sino que es provocado.

²⁴ Ibidem. p. 148

El Código civil en su artículo 1815 se refiere a la mala fe y al dolo.

Artículo 1815: “Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido”.²⁵

2) VIOLENCIA: A este vicio de la voluntad el Código civil establece:

Artículo 1819: “Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”.²⁶

Artículo 2228: “La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo”.²⁷

De acuerdo con la distinción romana, hay violencia física o *vis ablativo* o *vis absoluta*, cuando se emplea la fuerza física, o algún agente material que prive de libertad al contratante, como llevarle la mano para que escriba, moverlo a través de hipnotismo o de la embriagues total, en cuyos supuestos no hay consentimiento, y hay violencia moral o más propiamente intimidación o miedo, cuando por medio de amenazas o de fuerza física se coloca a un contratante en seta disyuntiva ; o aceptar en ese momento un mal presente o futuro para él o para personas muy allegadas al mismo, o bien celebrar el contrato, a cuya violencia llamaban los romanos *vis compulsiva*. En virtud de ella no se suprime la voluntad, solo se le vicia, orillándola a que prefiera una cosa a la otra.²⁸

²⁵ Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 190

²⁶ Loc. cit.

²⁷ Ibidem. p. 229

²⁸ Fernández Hierro José Manuel. Testamentos y Juicios Testamentarios. Editorial. Comares. Granada, España 2000. p. 846.

Como requisito objetivo para que la violencia constituya un vicio del consentimiento, es necesario que las amenazas sean ilegítimas o contrarias a Derecho, por lo que las consideraciones sobre los provechos y perjuicios que pueden resultar de celebrar o no un determinado contrato, no constituyen o engendran este vicio de la voluntad. Con todo, para que la coacción sea legítima es preciso que exista una relación directa entre el derecho que el autor de la violencia amenaza ejercer y el contrato que se obtiene bajo esa amenaza.

Por otra parte en el aspecto subjetivo se necesita que la amenaza sea seria, es decir, de tal naturaleza que pueda impresionar a una persona razonable, de acuerdo con lo que expresa el Código napoleónico, o sea que no se trate de una mera “baladronada”, pero no al extremo tampoco de que necesariamente sea de tanta gravedad que puede quebrantar a los hombres más firmes, en la forma en que lo exigía el Derecho Romano.

Finalmente, no se considera como vicio el temor reverencial de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, ya que tal estado de ánimo no vicia el consentimiento ni es causa de nulidad del contrato o del testamento.

3) LESIÓN: La lesión en un sentido amplio es el perjuicio que en un contrato conmutativo experimenta una parte que recibe una prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona a la otra parte.²⁹

En el fondo, la lesión plantea al legislador una disyuntiva o de salvaguardar la seguridad y la estabilidad de las transacciones o de velar por la justicia y equidad en esas mismas transacciones.

La lesión no está reglamentada en nuestra legislación dentro de los vicios del consentimiento, sino al principio dentro del Código civil en las “disposiciones preliminares”, pero a pesar de ello, debe considerarse la lesión, como un vicio

²⁹ Sánchez Medal Ramón. De los Contratos Civiles. Vigésimo segunda edición. Editorial Porrúa. México 2007. p. 61

del consentimiento, que se integra con un elemento objetivo (obtener un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que por su parte se obliga el perjudicado, pero sin señalar el monto a la cuantía de tal proporción), y otro elemento subjetivo (explotar la suma ignorancia, notoria inexperiencia y extrema miseria de otro), facultando al perjudicado para obtener una reducción de la prestación a su cargo, y no facultando al aprovechado para pagar un suplemento en lugar de la rescisión del contrato.

E. FORMAL O SOLEMNE: De todas las características del testamento, sin duda, destaca el dato de ser un acto formal.

Es un acto formal porque sólo es válido si se ajusta a alguna de las formas especiales típicas establecidas en la Ley. Así aunque una persona haya confesado su última voluntad ante miles de personas, y lo haya grabado en un DVD y haya certeza de que esa era su voluntad, no será válido el testamento y se tendrá por no realizado. Se aplica aquí un antiguo aforismo romano que dice: "*forma dat esse rei*" (la forma da el ser a la cosa). Sólo valen las formas típicas, es decir, especialmente reguladas para esta finalidad y sujetas a unas especiales características.

Este elemento no está mencionado en la definición del Código. 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 requiere "*ad solemnitatem*", para que el acto tenga existencia como tal, o sea forma de ser. En estos casos la forma da el ser.

El matrimonio en nuestro Código exige una solemnidad. El testamento es otro acto jurídico que requiere esa forma solemne. El Código usa esta expresión al hablar de la 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 el público cerrado

Artículo 1491: “El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley”.³⁰

El artículo 2228 excluye la falta de solemnidad de la regla general de nulidad, relativa por falta de forma. El tráfico jurídico exige que la manifestación del testador no provoque dudas.

Artículo 2228: “La falta de forma establecida en la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo”.³¹

El contenido es la expresión de la voluntad del testador capaz; es sustancia del acto. El Código civil (ley sustantiva) reglamenta quienes pueden hacerlo y las modalidades que puede tener esa manifestación. El “conteniente” es la forma del negocio.

En el caso de los testamentos públicos, encontramos que ese contenido y su continente, están reglamentados el Código civil, entre otras razones, porque en los casos de testamentos, la forma entra en composición con el contenido, o sea con la sustancia del acto, de modo que el contenido (expresión de voluntad), no tiene existencia jurídica si no esta en composición con la forma (instrumento notarial, conducta del testador, testigos y notario). Se trata entonces de lo que se llama forma.

En el caso de los testamentos públicos, el Código civil los define, dispone lo que pueden contener y lo que no pueden contener. Pero también regula una mínima de forma. Por otra parte, al expresar la ley “ante notario”, está remitiendo a los modos de actuar de este funcionario como tal, o sea a la ley adjetiva que los regula, entre otras cosas el modo de ser del instrumento público que el notario elabora.

³⁰ Código Civil Para el Distrito Federal. Op, cit. p. 159

³¹ Ibidem. p. 229

El testamento es un acto rigurosamente formal, puesto que necesariamente ha de otorgarse según la manera establecida previamente por el legislador. No hay testamento sin formalidad preestablecida, por somera que esta sea.³²

Este acto jurídico es solemne o formal, porque su validez está ligada indudablemente a la observancia de ciertas formas especiales, que no pueden ser suplidas ni modificadas por el otorgante; antes bien, están impuestas por el legislador como condición *sine qua non* de la eficacia y validez del testamento.

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

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

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

III. CAPACIDAD PARA TESTAR Y PARA HEREDAR.

A. CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA TESTAR: Empezaremos este apartado, dando un concepto de capacidad; “La capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y ejercitarlos. La capacidad puede ser de goce y de ejercicio, siendo la primera la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones, y la segunda la aptitud jurídica para cumplir con las obligaciones”.³³

³² Rojina Villegas Rafael. Op. cit. Tomo IV. p. 295

³³ Gutiérrez y González Ernesto. Op. cit. p. 200

Capacidad para testar en Roma:

Gayo afirma que, para saber si un testamento es válido, debemos ver primero si el testador tenía la facultad de testar. Esta facultad o capacidad para hacer testamento no se refiere sólo al testador, sino también a su relación con las demás personas que están a su alrededor.³⁴

Se exige que el testador sea libre, ciudadano romano y *sui iuris*. Los sometidos a potestad o *alieni iuris* pueden disponer *mortis causa* sólo del peculio castrense o cuasi castrense. Con excepción de estos casos, el testamento de los hijos no es válido. Así, los impúberes se consideran que no tienen *plenum iudicium* y el loco o furioso no pueden testar porque no tienen inteligencia. Los sordos y los mudos no podían intervenir en el acto oral y cuando se introduce el testamento escrito, los emperadores concedían caso por caso la capacidad. La mujer podía testar con la intervención del tutor.³⁵

El esclavo no puede hacer testamento, excepto si se trata de un *servus publicus*, que puede disponer de la mitad de su peculio.

La capacidad se requiere tanto en el momento de testar como en el tiempo de la muerte. El testamento hecho por un incapaz no se convalida, aunque después llegase a ser capaz. La exigencia de la capacidad *mortis tempore* no se aplica en el caso de que el testador muriera durante la prisión de guerra, que por la *fictio legis Corneliae* se consideraba que había muerto en el momento de ser capturado y su testamento era válido.

La capacidad para testar o testamentificación activa, se encuentra reconocida en el Código civil, a todos aquellos a quien la ley no prohíbe expresamente.

El Código civil respecto a la capacidad para testar establece:

³⁴ Bonfante Pedro. Op. cit. p. 62

³⁵ Loc cit.

Artículo 1305: “Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de este derecho”³⁶.

Puede ser definida la capacidad para testar como: “la posibilidad legal de hacer testamento reconocida legalmente”.

La capacidad para testar no significa ni la libertad para hacer entrar en el contenido del testamento toda disposición imaginable, que tendría su correspondencia en la libertad contractual, ni el derecho de declarar la última voluntad en cualquier forma arbitraria.

Los requisitos para que pueda existir una transmisión hereditaria son de diversa índole: unos relativos a las condiciones de existencia y validez del testamento, cuando se trata de una sucesión testamentaria, y otros relativas a la capacidad del heredero o legatario. Por consiguiente, para que una herencia se transmita es menester, si existe testamento, que este acto jurídico reúna todos los requisitos tanto de existencia como de validez y, además, que haya capacidad en el heredero o legatario para recibir la herencia; podrá existir un testamento totalmente válido, pero caducar la disposición testamentaria por incapacidad del heredero o del legatario.³⁷

En realidad, la capacidad para testar es un supuesto especial de la sucesión testamentaria. Se establece como regla general la capacidad de toda persona para testar y como regla especial la incapacidad creada solo en nuestro derecho en dos casos:

- 1) Cuando se trata de enajenados y,
- 2) Cuando se refiere a menores de ambos sexos que no han cumplido 16 años de edad.

³⁶ Código civil para el Distrito Federal. Op. cit. p.142

³⁷ Magallón Ibarra Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo V. Editorial Porrúa. México 1990. p. 52

Por consiguiente, fuera de estos dos casos especiales, se fija como regla general, la capacidad que comúnmente tiene toda persona para disponer de sus bienes por testamento.³⁸

Incapacidad: Ante la incapacidad del menor que no ha cumplido 16 años o del enajenado y, por consiguiente ante la imposibilidad de que haga válidamente un testamento, sólo es posible la transmisión hereditaria por disposición de ley, es decir por sucesión legítima.

Artículo 1312: “Para juzgar de la capacidad del testador se atenderá específicamente al estado en que se halle al hacer el testamento”.³⁹

Nuestro Derecho no admite el caso de incapacidad como consecuencia de una condena; la suspensión de derechos civiles que trae consigo la condena por la comisión de un delito que implique pena de prisión, no abarca la incapacidad para testar ni tampoco para heredar. En nuestro derecho la condena mas bien suspende derechos civiles, que implican el ejercicio de un cargo ante la imposibilidad de cumplirlo, por la privación de la libertad; por ejemplo, la suspensión de los derechos de tutor, curador, albacea, mandatario, depositario, interventor, etc.; pero nunca una condena origina incapacidad para disponer por testamento o para adquirir por herencia.

Dentro de las incapacidades que reconoce la ley, para los menores de 16 años y para los enajenados, la primera forma es absoluta, la validez de un testamento no puede ser reconocida en ningún caso cuando sea hecho por un menor de 16 años.

La incapacidad por enajenación mental es relativa, en virtud de que se admite para aquellos que tienen intervalos lúcidos, la posibilidad de testar siempre y cuando se haga el testamento en un momento de lucidez, pues lo que importa para determinar la capacidad, no es del estado en general del autor de la herencia, sino el que tiene al confeccionar el testamento. Por esta

³⁸ Ibidem. p. 53

³⁹ Código Civil Para el Distrito Federal. Op. cit. p. 145

circunstancia, si la causa de incapacidad sobreviene después, por ejemplo, enajenación mental, el testamento es válido si se demuestra que cuando se hizo, estaba el autor de la herencia, en pleno uso de sus facultades mentales.

Se regula un procedimiento, para que el enajenado que tenga momentos de lucidez, haga testamento: en este caso el testador, el tutor, o en su defecto un familiar del enajenado, deberá presentar solicitud al juez competente, es decir, al juez de primera instancia del domicilio, para que nombre dos facultativos, preferentemente especialistas en enfermedades mentales y asista con ellos al examen del paciente, y si con el resultado se comprueba que se encuentra en un momento de lucidez, se procederá a levantar un acta y a que dicte su testamento, que debe ser ante notario. Por consiguiente, el juez inmediatamente ordenará que se presente un notario con sus testigos para la confesión del testamento. Debe asentarse el resultado del examen que hagan los médicos, haciendo constar que durante todo el tiempo de la facción del testamento el autor de la herencia estuvo en pleno estado de lucidez, pues de lo contrario podría impugnarse de nulo.⁴⁰

Las formalidades de un testamento que se haga por un enajenado en un momento de lucidez, serán las del testamento público abierto.

B. CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA HEREDAR: La capacidad para heredar se puede definir de la siguiente forma: “Aptitud que tienen todas las personas sin cortapisa, para recibir una herencia, la regla general es que todas las personas tienen capacidad para heredar, aún siendo menor de edad”.⁴¹

La capacidad para recibir por testamento, llamada por los interpretes testamentifacio pasiva, requería la condición de ser ciudadano y libre. Podían ser instituidos herederos:

1) Los esclavos, que aunque no adquirirían para sí mismos podían adquirir para su dueño. Si el esclavo se hace libre la recibe él. Si es instituido heredero por

⁴⁰ Magallón Ibarra Jorge Mario. Op. cit. p. 55

⁴¹ Gutiérrez y González Ernesto. Op. cit. p. 131

su propio dueño, y le concede al mismo tiempo la libertad a la muerte del testador se hace heredero necesario.

2) Los sometidos a potestad o *alieni iuris*, también adquieren por el mandato del paterfamilias y para él.

3) Los latinos podían aceptar la herencia de un ciudadano romano, pero no los *latini iuniani*. Los peregrinos, en cambio, no podían heredar.

4) Las mujeres.

La institución de heredero de una persona incierta es nula. Se considera persona incierta aquella de la que el testador no podía dar referencias concretas y precisas. También las que designan al destinatario dentro de una comunidad, o dejan la designación al arbitrio de alguien (los pobres, las corporaciones, etc.).

Se consideran incapaces, como personas inciertas, los hijos póstumos, es decir, los que nacían después de la muerte del padre. Cuando el póstumo es ajeno, y ya está concebido, el pretor concede la posición de los bienes conforme al testamento.

Una capacidad especial fue introducida por la legislación matrimonial de Augusto. Con la finalidad de favorecer el matrimonio y la procreación, se establecieron incapacidades sucesorias de los solteros, que no podían adquirir nada y de los casados sin hijos, que sólo podían adquirir la mitad de la herencia.⁴²

No pueden suceder los hijos de los condenados por delito de alta traición, ni los herejes y apóstatas. También se declaran incapaces las mujeres que no respetan prohibiciones y plazos para contraer un nuevo matrimonio.

⁴² Bonfante Pedro. Op. cit. 60 y 61

La capacidad para heredar se exige en tres momentos: al tiempo de la redacción o confección del testamento, al tiempo de la muerte del testador y al momento de la aceptación de la herencia por los herederos voluntarios.

Distinta de la falta de capacidad para heredar o adquirir la herencia es indignidad para suceder, cuando el beneficiario por una herencia ha cometido algún acto contra la persona disponente o lo ha ofendido gravemente.

Para nuestro Derecho, el Código establece los casos de incapacidad para heredar.

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

- I. Falta de personalidad;
- II. Delito;
- III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento;
- IV. Falta de reciprocidad internacional;
- V. Utilidad pública;
- VI. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento”⁴³.

a) **INCAPACIDAD POR FALTA DE PERSONALIDAD:** La personalidad es la posibilidad de actuar en el campo del Derecho.

La incapacidad por falta de personalidad la tienen:

1) Los seres que estén o hayan sido concebidos en el momento del fallecimiento, pero que no nacen en viabilidad jurídica. El ser concebido no

⁴³ Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 143

nacido tiene derecho a heredar con la condición de que nazca vivo (desprenderse del seno materno) y viable (que viva 24 horas o antes de este término sea levantada el acta del registro civil).

2) El ser concebido después del fallecimiento del autor de la sucesión. El producto debe nacer dentro de los 300 días después del fallecimiento y hay presunción de iure de que estaba concebido al momento del fallecimiento.

3) Los extranjeros dentro de las zonas prohibidas (artículo 27 de la Constitucional), “los extranjeros no podrán adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas en una faja de 100 kilómetros en lo largo de las fronteras y de 50 kilómetros en las playas.

4) Las asociaciones religiosas no pueden adquirir bienes por herencia de la sucesión de las personas a quienes asistieron espiritualmente en su última enfermedad.

5) Las instituciones de Asistencia Privada, cuando esos bienes rebasen el monto de capital autorizado por la ley.⁴⁴

b) INCAPACIDAD DERIVADA DE DELITO:

En el año 2000 se reformo el artículo 1316 del Código Civil y ya no aparece la incapacidad por delito que tenían:

1) La persona que comete homicidio en agravio del “de cujus”, sus padres, hijos, cónyuge o hermanos.

2) La persona que comete el delito de tentativa homicidio en agravio de las mismas personas.

⁴⁴ Gutiérrez y González Ernesto. Op. cit. p. 132

3) El autor intelectual del delito de homicidio o tentativa cometido en agravio del “de cuius”, sus padres, hijos, cónyuge o hermanos.

4) La persona que haya hecho en contra del autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuge, alguna acusación de delito que permita pena capital o de prisión. Esta incapacidad opera para el acusador, aunque este sea ascendiente, descendiente, cónyuge o hermano del acusado. La excepción a esta regla se da cuando el acusador lo haya hecho para salvaguardar su vida, honra, libertad, o la de sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos.

5) La persona que haya cometido en agravio del autor de la sucesión el ilícito de adulterio. Está derogado en el Derecho penal, pero desde el punto de vista civil es causal de divorcio y por lo tanto con la resolución de divorcio por esta causal, dará como consecuencia la incapacidad para heredar.

6) El coautor del cónyuge adúltero, respecto de la sucesión del cónyuge inocente y de la sucesión de la persona con la cual cometió el adulterio.

7) La persona que haya sido condenada por delito que merezca pena de prisión de 2 años o más, cometido en agravio del autor de la sucesión, sus hijos, su cónyuge, sus ascendientes y hermanos (se requiere resolución que haya causado ejecutoria).

8) Los ascendientes que abandonaron al menor hijo. Menor colocado en situación de desamparo, pero se sabe cuál es su origen.

9) Los ascendientes que prostituyen a sus descendientes.

10) Los parientes del autor de la sucesión que teniendo el deber de proporcionarle alimentos no hubiesen cumplido.

11) Las personas que a través de violencia, dolo o fraude obliga o induce al actor de la sucesión, para que haga testamento, deje de hacerlo o revoque si ya lo ha realizado.⁴⁵

c) INCAPACIDAD POR PRESUNCIÓN DE INFLUENCIA CONTRARIA A LA LIBERTAD DEL TESTADOR O A LA VOLUNTAD O INTEGRIDAD DEL TESTAMENTO.

Tienen incapacidad para testar por esta causal:

1) Los tutores respecto de la sucesión de su pupilo.

2) Los curadores respecto de la sucesión de los menores, sobre los cuales ejercieron la curatela.

Las excepciones a estas dos reglas son que hayan sido instituidos herederos o legatarios antes de ser designados tutores o curadores, o cuando hayan sido instituidos después de la mayoría de edad del pupilo.

3) El médico que asistió en su última enfermedad al autor de la sucesión, se requiere que en esa época el autor de la sucesión haya hecho la disposición testamentaria a favor del facultativo. No se incapacita para heredar si es pariente del “de cujus” y puede heredar también por vía legítima.

4) Los familiares del facultativo que asistió en su última enfermedad al autor de la sucesión.

5) Los ministros de culto que asistieron espiritualmente al autor de la sucesión y sus parientes, descendientes, ascendientes, hermanos, cónyuge. Si el ministro es familiar del autor de la sucesión no se incapacita.

6) El notario ante el cual se autorice un testamento.⁴⁶

⁴⁵ Ibidem. p. 133 y 134

⁴⁶ Magallón Ibarra Jorge Mario. Op. cit. p. 52 y 53

d) INCAPACIDAD POR RENUNCIA O REMOCIÓN DE CARGO DESIGNADO EN EL TESTAMENTO:

- 1) Los tutores designados por el autor de la sucesión y que renuncian al cargo.
- 2) El curador designado en el testamento para vigilar el desempeño del tutor testamentario. El curador designado por el juez no se incapacita para heredar.
- 3) La persona que haya sido designada como albacea por el autor de la sucesión y que no acepte desempeñar el cargo.
- 4) El ejecutor especial si rehúsa el cumplimiento de la encomienda.
- 5) Por remoción se incapacitan las mismas personas cuando lo sean legalmente. Es un procedimiento incidental: incidente de remoción por causa fundada en la ley o incumplimiento en sus funciones, debe haber sentencia ejecutoriada.

e) INCAPACIDAD POR FALTA DE RECIPROCIDAD INTERNACIONAL:

Trato recíproco de respeto entre naciones, porque para el Derecho Internacional Privado todas las naciones están en el mismo nivel excepto en el aspecto económico. Se incapacitan por esta causa los extranjeros cuando en su país de origen se les prohíbe a los nacionales heredar. Por ejemplo en los países árabes.

f) INCAPACIDAD POR UTILIDAD PÚBLICA:

Beneficio a toda la sociedad o colectividad, sin tomar en cuenta los intereses particulares de los integrantes de la misma. Se incapacitan por esta causa:

- 1) Los ministros de los cultos quienes no podrán heredar por testamento de los ministros del mismo culto.

2) Los ministros de los cultos quienes no podrán heredar por testamento respecto de un particular con quien no tengan parentesco consanguíneo hasta el cuarto grado.

3) Los ministros de los cultos que asistieron al “de cujus” en su última enfermedad.

4) En beneficio y protección de la nación, los extranjeros dentro de las zonas prohibidas.⁴⁷

Reglas generales de la incapacidad para heredar:

1) No opera de pleno Derecho, se necesita una resolución judicial que así lo decrete, y por lo tanto, la tramitación del procedimiento respectivo para decretarla.

2) Se puede extinguir o subsanar por el perdón del ofendido (testador), puede ser perdón expreso o a través de la manifestación del lenguaje oral y escrito, o tácito cuando después de conocida la causa de incapacidad, el testador instituye como heredero o legatario a la persona que cometió la conducta dañosa.

3) Para demostrar la incapacidad en juicio, necesitamos acreditar que el sujeto era incapaz, en el momento del fallecimiento del autor de la sucesión, es decir, que las conductas se realizaron antes del momento del fallecimiento, si las conductas son posteriores no se incapacita a la persona.

4) En la sucesión testamentaria, si un heredero es incapaz para heredar o es premuerto (muere antes del autor de la sucesión), o muere antes de cumplir la condición que le fue impuesta, o bien renuncia a la herencia, este heredero no transmite ningún derecho a sus herederos. De la porción de la herencia que le

⁴⁷ Gutiérrez y González Ernesto. Op. cit 136 y 137

corresponda al incapaz, se abre sucesión legítima y heredan en sustitución de ese heredero.

5) Si se trata de sucesión intestada, y uno de los herederos es declarado incapaz, por este van a heredar en su lugar, los herederos del heredero incapaz por estirpe. También opera en caso de premuerto, de que muera antes de cumplir la condición o por renuncia.

6) En la sucesión legítima, el cónyuge supérstite, va a tener derecho a heredar, siempre y cuando no tenga bienes o no iguallen a la porción que le correspondería por herencia de un hijo.

7) En la sociedad conyugal no puede ser heredera universal la cónyuge supérstite, sino que se debe liquidar la sociedad conyugal correspondiéndole el cincuenta por ciento y el otro cincuenta por ciento se reparte en la sucesión a los hijos y demás herederos.⁴⁸

Incapacidad absoluta: Impide al sujeto heredar respecto de ninguna sucesión; por ejemplo, falta de personalidad.

Incapacidad relativa: Impide al sujeto heredar en una situación determinada.

⁴⁸ ibidem. p. 138

CAPÍTULO TERCERO

FORMAS DE LOS TESTAMENTOS.

Para adentrarnos a este tema de “las formas de los testamentos” empezaremos haciendo una identificación entre “el documento y “el testamento”: Ello ha conducido a reputar tradicionalmente, y con razón, que el conjunto de solemnidades prescriptas para cada forma testamentaria son *ad solemnitatem* y no meramente *ad probationem*. Se trata, en otras palabras de solemnidades sustanciales absolutas, cuya inobservancia priva de eficacia al acto como testamento, a diferencia de las solemnidades sustanciales relativas, cuya inobservancia no obsta que la ley admita a las partes del acto a exigirse recíprocamente el otorgamiento de él en la forma prescripta.

Pero, aun así, ha de convenirse en que el instrumento constituye la representación de un acto contenido en aquél. Las solemnidades de cada forma testamentaria, son solemnidades impuestas a la exteriorización de la última voluntad de quien la emite. Cumplidas cabalmente, el testamento es perfecto, porque expresa tal voluntad; lo que constituye el testamento es entonces, la expresión de última voluntad conforme a las solemnidades impuestas por la ley. Y como cualquiera que sea la forma testamentaria, se exige la escritura como expresión de voluntad, pareciera que el instrumento o documento que contiene esa expresión de última voluntad es constitutivo de existencia del testamento mismo.

Esta identificación entre la expresión formal y solemne de la última voluntad y el instrumento que contiene no existe, aunque habitualmente pueda parecer que existe. Es cierto que cotidianamente, parece obvio que el testador es el instrumento mismo, por cuanto las formas o solemnidades instrumentales, entre ellas la escritura, muestran su corporalidad. Pero pueden presentarse verdaderos casos límite que ponen en aprietos a esta identificación. En efecto si el instrumento que contiene la última voluntad del testador, expresada conforme a todas las solemnidades prescriptas por la ley se pierde, se sustrae,

se destruye o acaso se altera, ¿desaparece con el instrumento el documento mismo?

Esta es la pregunta crítica, si respondemos afirmativamente es porque reputamos que el instrumento es constitutivo del acto mismo, de suerte que perdido el instrumento, se pierde o queda aniquilado éste. Creemos que no es así. Reputamos que cabe aquí la distinción clásica entre “el documento” y lo “documentado”, o si se prefiere entre “el instrumento y “lo instrumentado”. Lo que habitualmente y por comodidad del lenguaje se denomina “el testamento”, es, en realidad el instrumento o documento que contiene una o mas declaraciones de última voluntad de su autor. Pero son las declaraciones la esencia del testamento como tal. El trozo de papel, es el continente, el documento.

I. TESTAMENTOS ORDINARIOS.

Testamento Ordinario: “Es el que puede hacerse por todas las personas capaces independientemente de sus circunstancias.”¹

A. PÚBLICO ABIERTO: El Código civil establece la definición en su artículo:

Artículo 1511: “Testamento público abierto es el que se otorga ante notario, de conformidad con las disposiciones de este capítulo.”²

El testamento público abierto “es un testamento ordinario y formal en el cual el testador manifiesta claramente su voluntad ante notario y tres testigos, y el notario redacta por escrito esa manifestación sujetándose estrictamente al tenor de ella; una vez hecha la redacción, dará lectura al testamento, y si el testador de su conformidad, será firmado por este, el notario y los testigos.”³

¹ Arce y Cervantes José. Op.cit. p. 123.

² Código civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 161.

³ Rojina Villegas Rafael. Op. cit. p. 368.

Esté testamento es el más usual en México, y es el que brinda mayor seguridad a su autor, en el sentido de que su voluntad será respetada después de su muerte, y cumplida la disposición que haga de sus bienes y derechos o la declaración o cumplimiento de deberes.

Se le llama público, no porque pueda ser conocido por el público, al contrario el testamento es secreto, sino que la calificación de público es porque está autorizado por un funcionario público como es el notario. Se le nombra abierto, porque a diferencia del cerrado, no está oculto, sino visible en el protocolo notarial.

El notario actúa como fedatario para dar fe del acto en que consiste el otorgamiento del testamento. Ahora bien, la función que el notario cumple en el otorgamiento de un testamento no se concreta a dar fe del acto, sino que constituye también una garantía de la corrección del mismo, dado el carácter de técnico del derecho que tiene, como titular de una profesión jurídica reglamentada por el Estado.⁴

A propósito del requisito exigido para el testamento público abierto de que el notario lo redacte por escrito, surgió una controversia que fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, interpretando que redactar por escrito, no quiere decir que el notario escriba el testamento, puede simplemente dictarlo a un amanuense y cumple con esta formalidad exigida por la ley.

Además de que el notario deba señalar el lugar, la fecha y la hora en todo testamento público abierto, debe cumplir con la formalidad general que hemos señalado, certificando sobre la identidad del testador y su capacidad, es decir que se encuentre en pleno juicio y que está libre de toda coacción como lo establece el Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 1504: “Tanto el notario como los testigos que intervengan en cualquier testamento, deberán conocer al testador o cerciorarse de

⁴ Ceballos Lujambio Javier. Clases de testamentos. Editorial SISTA. México 1998. p. 146.

algún modo de su identidad y que se halla en su cabal juicio y libre de cualquier coacción.”⁵

El Código civil para el Distrito Federal al disponer:

Artículo 1519: “Las formalidades expresadas en esté Capítulo se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento y el notario dará fe de haberse llenado aquellas.”⁶

Esto es, que las formalidades del testamento público abierto se practiquen acto continuo, está aludiendo a la unidad del acto, requisito que tradicionalmente viene exigido como garantía de que durante su otorgamiento, no se intercalen asuntos ajenos que puedan quitarle seriedad y poner en entre dicho la espontaneidad y libertad del testador.

En torno al sentido de la expresión unida del acto testamentario, y por consiguiente, al alcance que deba atribuírsele, los tratadistas han disertado ampliamente y los jueces no se han mostrado, ni mucho menos indiferentes.

El esclarecimiento de este problema requiere la determinación de cuando se inicia el acto testamentario.

El acto testamentario, propiamente dicho, es decir, el otorgamiento del testamento, necesita, evidentemente, de una preparación, que se traduce en actividades encaminadas a proporcionar al notario los datos necesarios para la confección del testamento y a procurar la comparecencia oportuna de los testigos.

El otorgamiento del testamento no comienza, en realidad, hasta que reunidos el testador, el notario y los testigos, con las formalidades del caso, se proceda a la redacción cuyo contenido esencial es la voluntad del testador, lectura y firma del documento, pues a nuestro juicio no cabe comenzar el acto con la lectura

⁵ Código civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 160

⁶ Ibidem. p. 162

de un testamento previamente redactado, dado que la redacción es un momento del acto que exige la presencia del otorgante y de los testigos.⁷

En el testamento público abierto hay que distinguir entre su preparación y su otorgamiento. La unidad del acto hace referencia al otorgamiento; éste supone, una preparación, pues sin ella el otorgamiento sería un acto interminable y expuesto a errores y confusiones que podrían ser motivo de conflictos futuros de extraordinaria trascendencia.

Básicamente el testamento se lleva a cabo de la siguiente forma:

1. El testador expresa de un modo claro y terminante su voluntad al notario y a los tres testigos instrumentales. Esta expresión debe ser verbal y no por escrito, no por señales o monosílabos como respuestas a preguntas que se la hagan y además cumplida y clara, lo que quiere decir, que sea cabal, entera e inteligible para el notario y los testigos.

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 a mano por el notario o por otra persona ya sea a mano o por algún medio de impresión firme e indeleble al dictado de éste. La redacción debe evitar dejar huecos en blanco y servirse y abreviaturas o cifras.

Debe entenderse que el testador expresa su voluntad en sus propios términos, pero el notario es el que redacta, lo que quiere decir que está usando los términos jurídicos más 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 y los testigos. El notario explicará a los comparecientes el valor y consecuencias legales del instrumento.

⁷ De Pina Rafael. p. Op. cit. p. 333.

4. Si el testador manifiesta que está conforme con lo leído y los testigos también en cuanto a que el texto redactado concuerda con la voluntad expresada por el testador que ellos han escuchado, se firmara el instrumento.

5. Tal instrumento debe señalar: a) El lugar donde se redacta y por tal se entiende no a la demarcación jurisdiccional que tiene el notario, porque se sabe que está actuando en su propia demarcación, sino al local (casa, oficina, departamento, sanatorio, etc.), donde se lleva a cabo; b) El día, el mes y el año en que se redacta y; c) La hora en que hubiere sido otorgado.

Ventajas e inconvenientes: Este testamento presenta varias ventajas, pero también ciertos inconvenientes. Por una parte, al constar en una escritura pública, el testador se asegura la fehicencia y conservación de las disposiciones de última voluntad. Además permite testar a quien no sabe leer ni escribir, es decir, al analfabeto, que obviamente no podría redactar un testamento ológrafo. Pero, por otra parte tiene varios inconvenientes; al constar las disposiciones en escritura pública son o pueden ser fácilmente conocidas por terceros, resistiéndose así la discreción con que conviene tratar las últimas voluntades, en vida de quien la otorga. Además, dificulta la redacción del testamento en los casos de que no pueda recurrirse a un notario, y de hacerlo expone al testamento a incurrir, por errores de este, en defectos formales que conlleven su nulidad.

B. PÚBLICO CERRADO: Es el que se escribe en papel común por el testador o por otra persona a su ruego, cuyas hojas se rubrican; que se firma al calce por el testador o por otra persona si no sabe o no puede hacerlo, y que una vez cerrado y sellado o el que le sirve de cubierta, se exhibe al notario en presencia de tres testigos. El testador declara ante el notario que en ese pliego está contenida su última voluntad, y el notario dará fe de la cubierta del testamento, constancia que será firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además pondrá su sello y una razón el protocolo del lugar, día, mes, año y hora del otorgamiento.⁸

⁸ Ceballos Lujambio Javier. Op. cit. p. 158

Esté testamento podrá ser conservado por el testador o darlo a guarda a persona de su confianza o depositarlo en el Archivo Judicial.

Sobre este tipo de testamento, cabe hacer la aclaración que no es posible que lo otorguen en México, personas que sean extranjeras y no sepan el idioma español, o dicho en otra forma, no se puede otorgar testamento en idioma extranjero, como si puede hacerse en el caso del testamento público abierto, si bien con su traducción.

A esta conclusión del testamento público abierto se llega, si se leen relacionados los siguientes artículos.

Artículo 1503: “Cuando el testador ignore el idioma del país un interprete nombrado por el mismo testador concurrirá al acto y firmará el testamento”.⁹

Artículo 1518: “Cuando el testador ignore el idioma del país, si puede, escribirá su testamento, que será traducido al español por el interprete a que se refiere el artículo 1503. La traducción se transcribirá como testamento en el respectivo protocolo y el original, firmado por el testador, el interprete y el notario, se archivará, en él apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto”.¹⁰

Pues bien, en materia de testamento público cerrado no existe dicha autorización, y debe entenderse en consecuencia que la autorización general del artículo 1503, no se puede hacer extensiva a este tipo de testamentos públicos cerrados, pues entonces de admitirse que lo hiciera un extranjero que no habla el idioma, no habría testigos que dijeran que ahí se contiene su voluntad, y además al morir la interpretación de su contenido quedaría al arbitrio de peritos que no conocieron la verdadera intención del testador. Se estaría así atentando contra una de las características básicas del testamento, como lo es lo de “personalísimo”.

⁹ Código civil para el Distrito federal. Op. cit. p. 160.

¹⁰ Ibidem. p. 161

El acta notarial: De inmediato el notario público dará fe de la presentación y entrega, extendiendo el acta en la cubierta del testamento y la firmará el testador y todos los testigos que puedan hacerlo y por los que no puedan, los otros a su ruego.

El notario debe expresar al extender el acta en la cubierta del testamento, el nombre, apellido, y residencia del testador, de los testigos y del que hubiere firmado por el testador, como también el día, mes, año y hora en que el acta se realiza.

Como se advierte, el testamento se entrega ya cerrado al notario en presencia de los testigos, por lo que el acta no da fe, acerca del contenido del sobre o pliego, sino solo de las declaraciones del testador que afirma que dicho sobre o pliego contiene su testamento. Por ello, el acta como instrumento público, acredita la diligencia notarial que consta en la misma.

Acerca de cuál sea la fecha del testamento cerrado, se ha planteado la cuestión de que si es la del documento en que consta la expresión de la última voluntad o la del acta extendida en el sobre que lo contiene. A nuestro entender, cuando el testamento lleve fecha, será esta indiscutiblemente la que valga, pero cuando no conste en él se considerará como tal la del acta notarial de referencia.

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 quiere decir 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 este testamento esta también regida por el Código de procedimientos civiles para el distrito federal.

Artículo 877: “Para la apertura del testamento cerrado, los testigos reconocerán separadamente sus firmas y el pliego que las contenga. El representante del Ministerio Público asistirá a la diligencia”.¹¹

En relación con el testamento cerrado se ha distinguido entre su fondo y su forma, entendiéndose que el fondo o declaración secreta de la voluntad del testador constituye un documento privado, mientras que la parte externa o puramente formal, reviste la naturaleza de un documento público.

Ventajas e inconvenientes: Dados los caracteres de esta forma de testar, aventaja al ológrafo en las circunstancias, de que éste requiere de que el testador sepa y pueda escribir. En tanto que el cerrado solo requiere que el testador sepa leer y firmar. Respecto del testamento público abierto se destaca el secreto con que puede el testador mantener sus disposiciones, sin por ello tener que recurrir al ológrafo, cuya conservación contiene una inseguridad mayor.¹²

C. PÚBLICO SIMPLIFICADO: Este testamento se incluyó por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 6 de enero de 1994, realmente no tiene ninguna relevancia ya que se le denomina testamento por un capricho del entonces Presidente de la República Carlos Salinas de Gortari (1988-1994).¹³ Este testamento en mi opinión ni tiene ninguna eficacia pero el código civil lo regula de la siguiente forma:

Artículo 1549 BIS: “Testamento publico simplificado es aquél que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o

¹¹ Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal. Editorial ISEF. Décimo tercera edición. p. 154.

¹² Zannoni Eduardo. Derecho de las sucesiones. Tomo dos. Cuarta edición. Editorial ASTREA. Buenos Aires, Argentina 1997. p.353.

¹³ Gutiérrez y González Ernesto. Op. cit, 177.

cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente:

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

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

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

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

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

VI. Fallecido el autor de la sucesión, la titulación notarial de la adquisición por los legatarios, se hará en los términos del artículo 876 Bis del Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.”¹⁴

Realmente para este “tipo de testamento” no hay mucho que decir ya que muchos autores están en desacuerdo con él y por lo tanto no lo reconocen como tal.

D. OLÓGRAFO: “El nombre viene del latín “*holos*” todo y “*grafo*” escrito, o sea todo escrito por su autor, manuscrito de puño y letra del testador.”¹⁵

Referencia histórica: El testamento ológrafo es de origen griego.

En Roma la forma ológrafa de testar fue introducida primeramente por algunos casos excepcionales en una novela de Valentiniano y Teodosio, novela que Justiniano no acogió.

Justiniano admitía una forma privilegiada de testamento para el padre que disponía a favor de los hijos, “*el testamentum parentum inter liberos*” que difería del ológrafo, en que no existía la obligación de la suscripción de mano del testador.

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

Esté testamento fue aceptado mucho después por Napoleón para toda Francia y hecho extensivo a todos los que quisieran disponer de sus bienes por acto de última voluntad.¹⁶

¹⁴ Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 164 y 165.

¹⁵ Arce y Cervantes José. Op. cit. p.129.

¹⁶ Torres Teodora. El Testamento Ológrafo. Editorial Comares. Madrid, España 1999. p. 184.

En el Derecho mexicano el testamento ológrafo es una de las novedades introducidas por el Código Civil para el Distrito Federal. El legislador, conciente de los dos graves inconvenientes que han atribuido a esta forma de testar: a) la facilidad con que puede falsificarse, y b) la frecuencia de su destrucción, opuso como obstáculo a ellos el requisito de su redacción por duplicado y su depósito en el Archivo General de Notarias, con los cuales prácticamente han quedado eliminados esos inconvenientes.

Artículo 1550: “Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador.

Los testamentos no producirán efectos si no están depositados en el Archivo General de Notarias en la forma dispuesta por los artículos 1553 y 1554.”¹⁷

Según la característica esencial que diferencia al testamento ológrafo del abierto y del cerrado, es la auto confesión por el testador, sin intervención de persona alguna extraña.

El testamento ológrafo es el único testamento absolutamente secreto conocido, pues el público cerrado, dada la posibilidad legal de que sea redactado por el propio testador o por otra persona a su ruego, no lo es para ésta.

Formalidades: El testamento ológrafo o autógrafo debe ser escrito todo él, de puño y letra del testador.

Este testamento sólo puede ser otorgado por las personas mayores de edad y para que sea válido, además del requisito de la autografía total, debe estar firmado por el testador con expresión del día, mes, año en que se otorgue. Los extranjeros pueden otorgarlo en su propio idioma.

¹⁷ Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 164.

El Código civil, al formular la disposición que autoriza a los extranjeros para otorgar el testamento en su propio idioma, ha dado lugar a que algunos tratadistas se preguntan si los nacionales pueden o no otorgarlo en idioma extranjero.

Para nosotros la respuesta debe ser negativa, pues si el legislador hubiere creído conceder a los mexicanos una autorización de esa naturaleza, lo hubiese expresado así. Cuando no lo hizo fue, sin duda, por la consideración de que lo que era y justo tratándose de extranjeros de que se vieran en la necesidad de otorgar testamento en México, resultaría absurdo tratándose de nacionales, para quienes en conocimiento del propio idioma constituye en realidad un deber cívico, solo excusable en aquellos casos de nacionales que se encuentren en una situación de ignorancia involuntaria tan lamentable que no reconocerla, constituiría un verdadero absurdo y precisamente en esos casos no cabe, en modo alguno, el otorgamiento del testamento en forma ológrafa.

Las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones que contenga este testamento deberá salvarlas el testador bajo su firma, pero la omisión de esta formalidad solo afecta a la validez de las palabras tachadas, enmendadas o entrerrenglonadas, no al testamento.

El testamento ológrafo debe hacerse necesariamente por duplicado, imprimiéndose en cada ejemplar la huella digital del testador, debiendo depositarse el original dentro de un sobre lacrado y sellado en el Archivo General de Notarias.

El duplicado del testamento, también cerrado en un sobre lacrado, será devuelto al testador. Este podrá poner en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señales o marcas que estime necesarios para evitar violaciones.¹⁸

¹⁸ Torres Teodora. Op. cit. p. 220.

No hay que olvidar a este respecto que solo cuando el original depositado haya sido destruido o robado se tendrá como formal testamento el duplicado, procediéndose para su apertura como en el caso de que se tratara de aquél.

Como una garantía de la conservación del testamento ológrafo se ha establecido la necesidad de su depósito en el Archivo General de Notarias

El depósito en el Archivo General de Notarias se hará personalmente por el testador quien si no es conocido del encargado de la oficina, debe presentar dos testigos que lo identifiquen. En el sobre que contenga el testamento original, el testador de puño y letra pondrá la siguiente nota: "Dentro de este sobre se contiene mi testamento". A continuación se expresará el lugar y la fecha en que se hace el depósito. La nota será firmada por el testador y por el encargado de la oficina. En caso de que intervengan testigos de identificación también firmaran.

En el sobre cerrado que contenga el duplicado del testamento ológrafo se pondrá la siguiente constancia extendida por el encargado de la oficina: "Recibí el pliego cerrado que el señor (nombre del testador) afirma contiene original su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado." Se pondrá el lugar y la fecha en que se extiende la constancia, que será firmado por el encargado de la oficina, poniéndose también al calce la firma del testador y de los testigos de identificación cuando intervengan.

Cuando el testador estuviere imposibilitado para hacer personalmente la entrega de su testamento en la oficina del Archivo general de Notarias, el encargado de ella deberá concurrir al lugar donde aquel se encontrare para cumplir las formalidades del depósito.

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

En cualquier tiempo el testador tendrá derecho a retirar del Archivo General de Notarias, personalmente o por medio de mandatario con poder especial, otorgado en escritura pública el testamento depositado, haciéndose constar el retiro en un acta que firmarán el interesado o su mandatario y el encargado de la oficina.

El encargado del archivo no proporcionará informes acerca del testamento ológrafo depositado en su oficina, sino al mismo testador, a los jueces competentes que oficialmente se los pidan y a los notarios cuando ante ellos se tramite la sucesión.

Perdida de efectos el testamento ológrafo: Según disposición expresa del Código civil para el Distrito Federal:

Artículo 1563: “El testamento ológrafo quedará sin efecto cuando el original o el duplicado, en su caso, estuvieren rotos o el sobre que los cubre resultare abierto, o las firmas que los autoricen aparecen borradas, raspadas o con enmendaduras, aún cuando el contenido del testamento no sea vicioso.”¹⁹

Declaración de ser formal el testamento: Esta declaración se ajustará a los preceptos contenidos en el Código civil y el en Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal:

El Código civil dispone:

Artículo 1559: “El juez a quién se promueva un juicio sucesorio pedirá informes al encargado del Archivo General de Notarias, acerca de que si en su oficina, de ha depositado algún testamento ológrafo del autor de la sucesión, para que en caso de que así sea se le remita el testamento.”²⁰

¹⁹ Código civil para el Distrito Federal. Op. cit. p.167.

²⁰ Ibidem. p. 166

Por su parte el Código de Procedimientos Civiles establece:

Artículo 881: “El tribunal competente para conocer de una sucesión, que tenga noticia de que el autor de la herencia, depositó su testamento ológrafo, como se dispone en el artículo 1553 del Código Civil para el Distrito Federal dirigirá oficio al encargado del Registro Público en que se hubiere hecho el depósito, a fin de que le remita el pliego cerrado en que el testador declaro que se contiene su última voluntad.”²¹

Ventajas e inconvenientes: El testamento ológrafo tiene, en verdad, ventajas e inconvenientes que no han dejado de ser puestos de manifiesto por los tratadistas. Entre la ventajas figuran, la facilidad que presta el otorgamiento de la última voluntad; la economía, puesto que los gastos que ocasiona son realmente insignificantes y el secreto en que permanece lo dispuesto por el testador.

Como inconvenientes principales del testamento ológrafo se han señalado el riesgo de destrucción que en nuestro régimen legal está prácticamente eliminado con la exigencia de su depósito en el Archivo General de Notarias y en la circunstancia de que no ofrece seguridad acerca del estado mental del testador en el momento de otorgarlo.

II. TESTAMENTOS ESPECIALES.

Para introducirnos a este tema podemos decir que junto a las formas ordinarias de testar, la ley ha previsto formas extraordinarias o especiales. Estas formas atienden a circunstancias excepcionales en que, por una u otra razón no es posible recurrir a cualquiera de las formas ordinarias. Los testamentos especiales están sujetos a caducidad de pleno derecho (aunque no todos), para el caso de que el testador sobreviva a las circunstancias especiales que determinaron su redacción.

²¹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Op. cit. p.155

Los testamentos especiales están destinados a facilitar las expresiones de última voluntad en aquellas circunstancias que hacen imposible el otorgamiento de acuerdo con las formas ordinarias.

Tienen, desde luego, los testamentos especiales idéntico valor y eficacia que los ordinarios, pero esto no significa que puedan otorgarse cuando no concurren las circunstancias particulares previstas por el legislador para autorizarlos.

El testamento especial sólo puede ser hecho por las personas que se encuentran en las circunstancias previstas para cada uno de ellos. Se caracterizan porque las solemnidades son más sencillas que en los ordinarios, precisamente para hacer posible hacer testamento en las particulares condiciones en las que se encuentran las personas a quién van dirigidas.

A. PRIVADO: El testamento privado se caracteriza por ser la fórmula legal de las disposiciones de última voluntad reconocida para casos verdaderamente urgentes.

Las circunstancias en que este testamento se encuentra autorizado, manifiestan, todas ellas, el apremio de utilizarlo ante el riesgo de que, de otra manera la voluntad de testar del interesado quedara frustrada, y en contra de sus deseos, la transmisión de su patrimonio quedo entregada a las reglas de la sucesión legítima y cualquier género de disposición no patrimonial que hubiera tenido el propósito de formular igualmente impedida.

Este tipo de testamento se considera muy peligroso, por prestarse a fáciles manipulaciones, susceptibles de llegar al resultado de que la voluntad en el mismo atribuida al testador no sea, en realidad, su verdadera voluntad.

Es evidente que las formalidades exigidas para el otorgamiento del testamento privado, no garantizan satisfactoriamente la regularidad del acto.

Casos en que procede el testamento privado:

- a) Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no de tiempo para que concurra el notario a hacer testamento;
- b) Cuando no haya notario en la población, o juez que actúe por receptoría;
- c) Cuando aunque haya notario o juez en la población, sea imposible o por lo menos muy difícil que concurran al otorgamiento;
- d) Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.²²

El testamento privado tiene carácter supletorio en relación con el ológrafo. Por lo tanto para que en los casos señalados por el Código civil pueda otorgarse testamento privado es necesario que al testador no le sea posible hacerlo ológrafo.

Formalidades: De acuerdo a las someras formalidades a las que está sujeto este testamento, quien se encuentre en el caso de hacerlo declarara en presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactara por escrito, si el testador no puede escribir.

No será necesaria la redacción escrita cuando ninguno de los testigos cepa escribir y en los casos de suma urgencia. En estos últimos bastarán tres testigos idóneos.²³

Al otorgarse el testamento privado se observarán, en su caso, según el artículo 1570 del Código civil, las disposiciones contenidas en los artículos 1512 y 1519 del mismo, relativas al testamento público abierto, cuando lo permite la naturaleza especial de dicho testamento privado.

²² Gutiérrez Solar Eduardo. Testamentos Especiales. Editorial EDERSA. Madrid, España 2002. p. 154

²³ De Pina Rafael. Op. cit. p.345 y 346

El testamento privado solo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en el que se hallaba al otorgarlo, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.

Declaración de ser formal el testamento privado: El testamento privado requiere para su validez la declaración de ser formal, que deberá ser pedida por los interesados, inmediatamente después que supieren la muerte del testador y la forma de la disposición.

Esta declaración se lleva a efecto por los trámites señalados por el Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal:

Artículo 884: “A instancia de parte legítima formulada ante el tribunal del lugar en que se haya otorgado, puede declararse formal el testamento privado de una persona, sea que conste por escrito o sólo de palabra en el caso del artículo 1568 del Código Civil para el Distrito Federal.”²⁴

Artículo 885: “Es parte legítima para los efectos del artículo anterior:

I. El que tuviere interés en el testamento;

II. El que hubiere recibido en él algún encargo del testador.”²⁵

Artículo 886: “Hecha la solicitud, se señalarán día y hora para el examen de los testigos que hayan concurrido al otorgamiento.

Para la información se citará al representante del Ministerio Público, quien tendrá obligación de asistir a las declaraciones de los testigos y repreguntarlos para asegurarse de su veracidad.

Los testigos declararán al tenor del interrogatorio respectivo, que se sujetará estrictamente a lo dispuesto en el artículo 1564 del Código Civil.

²⁴ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Op. cit. 155.

²⁵ Loc. cit.

Recibidas las declaraciones, el tribunal procederá conforme al artículo 1575 del Código civil.”²⁶

Artículo 887: “De la resolución que niegue la declaración solicitada pueden apelar el promoverte y cualquiera de las personas interesadas en la disposición testamentaria; de la que acuerde la declaración puede apelar el representante del Ministerio Público.”²⁷

Y puede formularse a instancia de parte legítima, sea que el testamento conste por escrito o sólo de palabra.

Artículo 1574: “Los testigos que concurran a un testamento privado deberán declarar circunstancialmente:

- I. El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento;
- II. Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;
- III. El tenor de la disposición;
- IV. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquiera coacción;
- V. El motivo por el que se otorgo el testamento privado;
- VI. Si saben en que el testador falleció o no de la enfermedad o el peligro en que se hallaba.”²⁸

²⁶ Ibidem. p. 156

²⁷ Loc. cit.

²⁸ Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 168.

Si los testigos fueron idóneos y estuvieron conformes en todas y cada una de las circunstancias que se acaban de enumerar, el juez declarara que sus dichos son el formal testamento de la persona de que se trate.

En el caso de que después de muerto el testador muriese alguno de los testigos, se hará la declaración con los restantes, con tal de que no sean menos de tres. Esto se observará también en el caso de ausencia de alguno o algunos de los testigos, siempre que en la falta de comparecencia no hubiese dolo.

B. MILITAR: El testamento militar aparece en Roma en la época imperial, como una forma de testar privilegiada, aunque este carácter se haya pretendido encubrirlo atribuyéndolo a los riesgos de la profesión. Este privilegio ha durado muchos siglos, hasta la época moderna.

En Roma (se ha escrito), el testamento militar no era sólo especial en cuanto a la forma, porque “desde los comienzos del principado se aplicó la sucesión testamentaria de los militares un régimen tal de amplia libertad, que determinó la derogación en su favor de los principios todos que regían en la sucesión testamentaria ordinaria”,²⁹ permitiéndoles testar en la forma que pudieran y quisieran.

En la actualidad el testamento militar ha perdido su carácter privilegiado, siendo sencillamente un testamento especial, fundándose, únicamente en los riesgos y peligros de la vida de campaña y en la imposibilidad en que se encuentran los sujetos de testar en las formas ordinarias.

El testamento militar es un testamento especial que se permite sólo en los casos en que el militar o el asimilado al ejército entra en campaña o resulta herido en el campo de batalla. También este testamento especial se acepta para los prisioneros de guerra.³⁰

²⁹ De Pina Rafael. Op. cit. p. 349.

³⁰ Gutiérrez Solar Eduardo. Op. cit. p. 216 y 217.

Este tipo de testamento puede otorgarse de forma verbal o escrita, ante dos testigos. Puede el testador al momento de encontrarse herido en el campo de batalla, entregar su testamento escrito y firmado de su puño y letra o bien al entrar en batalla. Si no tiene testamento escrito y por la urgencia del caso no es posible que el testador o los testigos lo escriban, es suficiente la manifestación verbal que lleve a cabo en presencia de dos testigos, que deben concurrir siempre en esta clase de testamentos. En el caso de que únicamente exista declaración verbal, los testigos informarán al jefe de la corporación, para que este de parte al Secretario de la Defensa Nacional y a su vez este denuncie el caso al juez competente. El juez citará a los testigos para que, como en el caso del testamento privado cuando se otorga oralmente, declaren de ciencia cierta sobre los siguientes hechos:

1. El lugar, día, hora, mes y año en que se otorgó el testamento verbal.
2. Haber conocido al testador, así como haberlo identificado y reconocido en el acto en que se hizo el testamento.
3. Indicarán el tenor de la disposición testamentaria. En este caso informarán al juez sobre las palabras y deseos del testador.
4. Declararán si el testador se encontraba en pleno juicio y libre de coacción.
5. Indicarán la causa por la cual no pudo hacer testamento por escrito; y
6. Si el testador murió de la enfermedad o el peligro en que se hallaba.

Después de haber recibido declaración sobre todos estos hechos, si las informaciones de los testigos coinciden, el juez considerara que existe legalmente testamento al tenor de la información producida por los testigos.³¹

³¹ Rojina Villegas Rafael. Op. cit. p. 383 y 384

Esté testamento sólo producirá efectos como en el caso anterior, si el militar muere de la enfermedad o herida, en el momento de peligro en el que se encontraba o bien dentro de un mes. La razón es la siguiente: es preferible el testamento ordinario y, por consiguiente, el especial sólo se acepta en casos justificados que impidan hacer el primero. Si el testador no muere de la enfermedad o peligro en que se encontraba y transcurre más de un mes, se supone que estuvo en condiciones de hacer testamento ordinario. Para el testamento militar se aplican las reglas del privado.

C. MARÍTIMO: “El testamento marítimo es un testamento especial que se otorga estando el testador en alta mar o a bordo de un buque nacional, bien sea de guerra o mercante, este tipo de testamento será escrito en presencia de dos testigos y del capitán del navío.”³²

Si el capitán hiciere su testamento desempeñará sus veces el que deba sucederle al mando.

El testamento marítimo se hará por duplicado, y se conservará entre los papeles más importantes de la embarcación y de él se hará mención en su diario.

Si el buque arribase a un puerto en que haya agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicano, el capitán depositará en su poder uno de los ejemplares del testamento, fechado y sellado, con una nota que debe constar en el diario de la embarcación.

Arribando ésta a territorio mexicano, se entregará el otro ejemplar o ambos, si no se dejó alguno en otra parte, a la autoridad marítima del lugar fechados y sellados con la copia de la nota que debe fijarse en el diario de la embarcación.

³² Gutiérrez Solar Eduardo. Op. cit. p. 228.

Los agentes diplomáticos, consulares o las autoridades marítimas levantarán, luego de que reciban los ejemplares referidos, un acta de entrega y la remitirán, con los citados ejemplares, a la brevedad posible a la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual hará publicar la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento.

El testamento marítimo solamente produce efectos legales falleciendo el testador en el mar o dentro de un mes contando desde su desembarco en algún lugar donde conforme a la ley mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar u otorgar su última disposición.

Si el testador desembarca en algún lugar donde no haya agente diplomático o consular y no se sabe si ha muerto, ni la fecha del fallecimiento, se procederá conforme a lo dispuesto en el título XI del libro primero del Código civil para el Distrito Federal (de los ausentes e ignorantes).

Al tratar el testamento marítimo, algunos autores hacen alusión a la conveniencia de establecer una reglamentación semejante para las disposiciones testamentarias que haya necesidad de formular durante la navegación aérea

Es indudable, dado el desarrollo que han adquirido los medios aéreos de transporte de viajeros, que la llamada "navegación aérea" presenta a este respecto problemas análogos a los de la navegación marítima, que el legislador debe resolver.

Problema relacionado con el testamento marítimo, es el del aeronáutico, pues si bien es cierto que la menor duración de los cruceros y viajes aéreos suscitará menos ocasiones que las travesías navales para el otorgamiento de testamentos, la plena asimilación a todos los efectos legales entre la navegación marítima y la aérea parece requerir la aplicación extensiva de la ley hasta comprender los supuestos de esta última, sugiriéndose como solución la de aplicar en la navegación aérea las reglas de la marítima relacionadas con el

otorgamiento de disposiciones de última voluntad. Considerándose ineficaz el testamento si el otorgante no fallece a bordo.

En realidad, la legislación civil tiene en la materia de referencia una laguna importante que merece ser cubierta urgentemente, dado que la navegación aérea va adquiriendo cada día más auge.

D. HECHO EN PAÍS EXTRANJERO: Este tipo de testamento es el último de los especiales y como su nombre lo indica, es “el que se otorga por un mexicano fuera del territorio nacional, y lo puede otorgar ante los funcionarios del Servicio Exterior mexicano del país en que se encuentre o de acuerdo con las leyes del país en que se encuentre.”³³

“El testamento hecho en país extranjero, es un testamento especial, que puede sujetarse a las formalidades de la ley extranjera cuando tenga su ejecución en la República mexicana, o bien puede otorgarse ante los agentes diplomáticos o consulares mexicanos, observando las formalidades de la ley mexicana.”³⁴

Los testamentos hechos en país extranjero, ante los funcionarios del mismo, producirán sus efectos en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron.

Los agentes diplomáticos y consulares, podrán hacer las veces de notario o receptores de testamentos de los nacionales en el extranjero en los casos en que las disposiciones testamentarias deben tener su ejecución en el Distrito Federal.

Cuando el testamento fue confiado a la guarda del los agentes diplomáticos o del cónsul hará mención de esta circunstancia y dará recibo de la entrega.

³³ Gutiérrez y González Ernesto. Op. cit. p. 182.

³⁴ Rojina Villegas Rafael. Op. cit. p.385

El papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante los agentes diplomáticos o consulares, llevará el sello de la legación o consulado respectivo.

Para los casos en que se otorgue testamento ante los funcionarios antes mencionados, se les impone la obligación de dar aviso a la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que en el caso de la muerte del testador, publique este hecho a fin de ponerlo en conocimiento de los interesados, así como que otorgó testamento en país extranjero ante determinado agente consular o diplomático, para que promuevan la apertura del testamento. La Secretaría de Relaciones Exteriores, no tiene, en este caso, que dar parte a la autoridad judicial, serán los interesados en el testamento los que ocurran ante la autoridad judicial competente para solicitar la apertura de la sucesión. Por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, se entregará el testamento público abierto o cerrado que se hubiere otorgado ante el agente diplomático o consular, pero si el testamento es ológrafo, este se remitirá por la Secretaría al encargado del Archivo General de Notarias, para que a su vez éste lo remita al juez competente.

III. TESTAMENTO INOFICIOSO.

La calificación de inoficioso recae sobre el testamento en que no se deje la pensión alimenticia que el testador debe fijar a las personas a que se refiere el Código civil para el Distrito Federal en su artículo 1368.

No basta para la transmisión hereditaria que el testamento llene todos los requisitos esenciales y de validez, que el testador tenga capacidad para transmitir sus bienes y que el heredero o legatario sean capaces para recibir por herencia, en virtud de que a pesar de observarse todos esos requisitos, puede declararse un testamento inoficioso cuando priva de alimentos a las personas que por ley tienen ese derecho.

El testamento inoficioso no pierde su valor, sino en forma parcial a efecto de que se asegure la pensión alimenticia a las personas que tengan derecho a ella y fuera de esta modificación las demás disposiciones subsisten.

Tienen derecho a recibir alimentos las siguientes personas:

1. Los descendientes menores de dieciocho años, respecto de los cuales no tenga obligación legal de proporcionar alimentos en el momento de su muerte;
2. Los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación de alimentarlos;
3. El cónyuge supérstite cuando se encuentre impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes, salvo otra disposición expresa del testador, tal derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;
- 4; Los ascendientes;
5. La persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante cinco años que precedieron a su muerte, inmediatamente, o con quien tuvo hijos siempre y cuando hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente este impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes;
6. Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado si están incapacitados o mientras que obtengan la mayoría de edad.³⁵

Se entiende naturalmente, que los colaterales perciban alimentos a falta de los parientes más próximos, y que no hay obligación de dejar alimentos si no falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado.

³⁵ Ibidem. p. 360.

El testamento para que no sea inoficioso debe asegurar una pensión alimenticia en relación a las posibilidades económicas del testador y a las necesidades del acreedor alimentista, aplicando la regla general para determinar la cuantía de los alimentos. Cuando esté tenga bienes suficientes no existe esa obligación.

Se estatuye como regla, cuando la capacidad económica del testador es suficiente, la de que por ningún motivo la pensión alimenticia podrá ser inferior a la mitad de los productos de la parte que habría de asignarse por herencia legítima y nunca podrá ser superior a dichos productos que corresponderían al acreedor alimentista si se hubiera transmitido la herencia por disposición de ley.³⁶

El efecto único que origina el carácter de inoficioso del testamento, no es revocar las disposiciones testamentarias en general, sino permitir que se asegure al acreedor alimentista la pensión a que tenga derecho una vez que se ha asegurado esta pensión, subsiste en todas sus partes el testamento.

La pensión en estos casos queda a cargo de la masa hereditaria; es decir, debe ser sufrida a prorrata por todos los herederos.

Todos estos tipos de testamentos especiales solo se otorgan en situaciones de extrema urgencia, esto quiere decir que son muy poco comunes que se otorguen pero es importante que estén regulados en el Derecho Mexicano porque es ese tipo de situaciones no se podría otorgar un testamento ante notario público.

³⁶ Criado Enrique. Herencias, Testamentos y Donaciones. Editorial Planeta. Barcelona España 2002. p. 177.

CAPÍTULO CUARTO

LOS DISCAPACITADOS Y LOS TESTAMENTOS.

La protección jurídica de los discapacitados es un tema de enorme trascendencia social. Aplicado a la materia testamentaria debe pensarse y proponerse como testar.

En la antigüedad, aún en los pueblos más primitivos se velaba por los derechos de los débiles y se les protegía por ser los miembros del cuerpo social que podían ser víctimas del poder de los otros.

Los discapacitados no tienen como hacer valer sus derechos. Por ello la sociedad se ocupa, o debiera ocuparse de proteger a los débiles que no pueden hacerlo por sí.

Al reflexionar sobre este tema debe partirse de las ideas de justicia, equidad, igualdad y sobre todo de solidaridad, sosteniendo que esta problemática es universal e intemporal, pero, conforme la sociedad alcanza mayores cuotas de desarrollo técnico económico, se hace necesario replantearla porque los avances de la técnica y el desarrollo de la economía no deben beneficiar exclusivamente a una parte de la sociedad, sino aprovechar a todos los ciudadanos, presenten o no alguna discapacidad.

Dentro de la problemática humana que plantea la protección de discapacitados, de hecho o por declaración judicial y sea o no su disfunción progresiva, física o psíquica, es motivo de singular preocupación para los padres o en general familiares responsables del discapacitado, el aseguramiento de un entorno personal y las medidas patrimoniales eficaces, en proporción al nivel de vida y posibilidades futuras económicas del sujeto protegido, que aseguren la atención del incapaz tras la desaparición de su círculo familiar más próximo.

Normalmente los padres del discapacitado se preocupan por la situación de su herencia futura a través de su testamento. Teniendo, como es lógico, un

particular interés en cuanto a la futura situación del hijo discapacitado, intenta buscar a alguien que le sustituya, nombrándole curador, que sea una persona que tenga el mismo cariño para el discapacitado, la misma dedicación que han tenido ellos, y que además sea persona conocedora del mundo de las finanzas para evitar que el patrimonio que le va a dejar al discapacitado pueda sufrir merma o desaparecer, a consecuencia de operaciones que no sean triunfantes en el mundo financiero.

I. PERSONAS DISCAPACITADAS. ¿PUEDEN OTORGAR TESTAMENTO? ¿DE QUÉ CLASE Y CÓMO?

A. SORDOS: El que es enteramente sordo puede otorgar testamento público abierto, si sabe leer, el mismo leerá el testamento, pero esto no exime al notario de dar lectura, a su vez, al instrumento para que sea leído por los testigos.

Artículo 1516: “El que fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiere hacerlo, designará a una persona para que lo haga en su nombre.”¹

Cabe mencionar que la sordera que constituye la incapacidad es la sordera total, con pérdida de todo sentido acústico; no así la sordera parcial, o la que puede atenuarse con audífonos u otros procedimientos adecuados.

B. MUDOS: Cuando el testador sea mudo, podrá otorgar testamento público abierto, pero en lugar de dictar su última voluntad al notario se la entregará por escrito, de su puño y letra.²

C. INIDENTES: Cuando el testador sea ciego, el testamento se leerá dos veces; una por el notario como en el caso ordinario y otra, en igual forma, por uno de los testigos o por otra persona que designe el testador.

¹ Código Civil para el Distrito Federal. Op. cit. p. 161

² Zannoni Eduardo A. Op. cit. p. 339.

D. ENFERMOS MENTALES: El autor, y en defecto de éste, la familia del demente, presentará al juez que corresponda una solicitud para que el demente haga testamento. El juez nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo a la presencia del juez, el cual puede hacerle cuantas preguntas estime pertinentes para cerciorarse de su capacidad de testar y el resultado del reconocimiento se hará constar en acta formal. Si éste fuere favorable, procederá a otorgar testamento ante notario con todas las solemnidades de los testamentos públicos abiertos. Al pie del testamento se pondrá razón expresa de que, durante todo el acto, el paciente-testador conservo perfecta lucidez de juicio, bajo pena de nulidad del testamento. Además del notario y de los testigos, firmarán el testamento el juez y los médicos que intervinieron en él.³

Este tipo de testamento es un poco complicado porque se le tiene que estar haciendo preguntas al testador en este caso enfermo mental, para que el doctor se cerciore de su estado de lucidez, ya que una persona con estas características puede estar lucido pero en unos minutos puede perder esa lucidez.

II. TESTAMENTO DE ANALFABETAS.

Si el testador no sabe escribir ni leer, el testamento será leído por uno de los testigos y el notario, además de los tres testigos instrumentales, intervendrá otro testigo que firme a su ruego, pero si el caso es de extrema urgencia y no pudiere llamarse a otro testigo, por el testador, firmará uno de los testigos instrumentales y esta circunstancia se hace constar en el testamento.

III. TESTAMENTO DE PERSONAS QUE NO HABLAN ESPAÑOL.

De acuerdo con la Ley del Notariado, las escrituras deben redactarse en castellano.

³ Díaz de León Ignacio. De Herencias y Testamentos. Tribunal Superior de Justicia de Zacatecas. Zacatecas, México 2002. p. 305.

Artículo 102: “El Notario redactará las escrituras en español, sin perjuicio de que pueda asentar palabras en otro idioma, que sean generalmente usadas como términos de ciencia o arte determinados.”⁴

Como en el caso aquí contemplado el testador no conoce ese idioma, la ley establece que al acto del testamento deberán concurrir, además del notario y de los testigos instrumentales, dos intérpretes nombrados por el testador, el que si puede escribir, lo hará de su puño y letra el testamento que será traducido al español por los dos intérpretes. Esta traducción se transcribirá en el protocolo como testamento y el original se agregará al apéndice del protocolo, con el objeto de que siempre pueda verificarse si es correcta la traducción hecha.⁵

Si el testador no puede o no sabe escribir, uno de los interpretes escribirá el testamento que aquél le dicte, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por ambos interpretes y se procederá conforme al párrafo anterior.

Los intérpretes deberán rendir ante el notario protesta formal de cumplir lealmente su cargo.

La legislación Mexicana otorga las facilidades necesarias para que las personas con alguna discapacidad puedan otorgar testamento, porque tienen los mismos derechos que cualquier otra persona y por esta razón tienen el derecho y la obligación de otorgar testamento.

⁴ Ley del Notariado para el Distrito Federal. Editorial ISEF. Décimo tercera edición. México 2007 p. 28

⁵ Gutiérrez Solar Eduardo. Op .cit. p. 280.

CAPÍTULO QUINTO

REGISTRO NACIONAL DE TESTAMENTOS: INSCRIBIR LOS TESTAMENTOS OTORGADOS ANTE NOTARIO.

I. ORIGEN DEL REGISTRO NACIONAL DE TESTAMENTOS.

En este capítulo abordaremos la importancia que tiene el Registro Nacional de Testamentos, así como las debilidades y ventajas que consideramos tiene en su funcionamiento.

Desde hace más de cincuenta años los notarios mexicanos consideraron la necesidad de establecer un registro público como fuente de información confiable para apoyar las actividades judiciales y notariales, cuyo contenido fuese precisamente los avisos de los actos de otorgamiento de testamentos.

Para hacer posible tal institución se han emitido y considerado diferentes ponencias en los congresos locales e internacionales, las conclusiones fueron diferentes, pero todas coinciden en la urgente institución de registros de actos de última voluntad.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo explica con toda claridad:

Se tiene constancia documental de que en el año de 1950, en el II Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notario Latino, celebrado en Madrid España, una de las múltiples resoluciones acordadas, precisamente la señalada en el resolutivo IV, dice textualmente:

“El congreso resuelve:

I. Que debe instituirse en el plazo más breve posible, en cada uno de los Estados miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, un Registro Nacional de actos de última voluntad.

II. Que sea obligatoriamente inscrita en el Registro la existencia, y no el contenido de los mencionados actos auténticos, mediante la identificación del testador y del notario autorizante y la fecha del instrumento.

III. Que cada uno de los Estados miembros examine la posibilidad de volcar al Registro Nacional, siguiendo la legislación interna que cada uno de ellos juzgue más a propósito adoptar, la existencia de cualquier otra clase de disposiciones por causa de muerte y de todos los testamentos.

IV. Que sea obligatorio en cada uno de los Estados miembros, la obtención de un certificado positivo o negativo, emanado del encargado del Registro en el momento de la apertura de cualquier sucesión.

V. Que una vez creado el Registro, se exija un certificado idéntico, emanado del encargado, de cada uno de los países en los que el difunto haya tenido domicilio o residencia o cuando existan bienes en algunos de los países miembros de la Unión del Notariado Latino

VI. Que las asociaciones o corporaciones representativas del notariado en cada uno de los Estados miembros efectúen las diligencias necesarias ante las autoridades legislativas competentes, de acuerdo con el Derecho interno, para que sea adoptada la presente resolución.

Que es deseable, para asegurar la conservación o la reconstitución de los Registros Nacionales, la ulterior creación de un registro mundial de actos de última voluntad, bajo la dirección de la Unión Internacional del Notariado Latino.”¹

Francisco Lozano Noriega publicó un interesante documento denominado: Registro Nacional de Actos de Última Voluntad, en dicho artículo Francisco Lozano Noriega fundamenta y explica en una ponencia referente a la creación de dicho registro, resumiendo en tres puntos:

¹ Pérez Fernández del Castillo Bernardo. Op. cit. p. 122

“1. Recomendar la creación de un Registro Nacional de carácter secreto hasta la muerte del testador, donde serán anotados cronológicamente todos los datos del estado civil necesarios para establecer la existencia de todas las disposiciones de última voluntad confiados oficial y oficiosamente a la custodia del Notario.

2. Recomendar que en toda sucesión abierta sea exigida la aportación de un certificado positivo o negativo expedido por dicho Registro.

3. Recomendar que en las sucesiones de extranjeros sea exigida la aportación de un certificado negativo o positivo del Registro de la Nación donde tuvo su residencia oficial.”²

Todo esto sirvió para que se diera su creación en México, y se da viendo las necesidades del país, porque para poder repudiar una herencia es necesario verificar la existencia o inexistencia de testamentos, y en caso de existir varios, comprobar cuál de ellos es el último en otorgarse, por ello, el notario o el juez, como parte de un procedimiento sucesorio, solicita a la autoridad local que le corresponde, el informe que determina si en esa oficina existe registrado algún aviso de disposición testamentaria otorgada por el de cujus, y de ser así, si está es la última existente.

Además la materia sucesoria es de orden civil, su regulación le corresponde a cada entidad federativa, lo que desafortunadamente nos lleva a no tener un control único de disposiciones de última voluntad de carácter federal, puesto que la coordinación entre las diversas entidades que constituyen nuestro país en esta materia, como en otras es completamente nula.

Toda vez que en la época actual en la que vivimos llena de avances tecnológicos en todos los campos, no se cuenta con un control de testamentos en el ámbito federal, considerando el proceso de conurbación de las grandes

² Lozano Noriega Francisco. Registro Nacional de Actos de Última Voluntad. Revista de Derecho Notarial Mexicano. Volumen II número 5 México Distrito Federal 1958.

ciudades, la búsqueda de mejores oportunidades de trabajo o estudios, la creación de filiales o sucursales de las empresas, los cambios en nuestras costumbres, la educación, las formas de vida de la población, la cultura actual de los medios de comunicación, trae aparejado que cada vez sea mas fácil y frecuente el otorgamiento de testamentos fuera de la entidad en que habitan los otorgantes.

Por ello, la Asociación Nacional del Notariado Mexicano y el Colegio de Notarios del Distrito Federal manifestaron su inquietud a las autoridades federales, nombrando una comisión a nivel nacional, para gestionar ante diversas instancias la creación de un Registro Nacional de Avisos de Testamento.

Dicha comisión, en diversas reuniones con la Secretaría de Gobernación, analizo en forma conjunta, la urgente necesidad que tiene la población de todo el país de que se les ofrezca por parte del gobierno; protección, seguridad y certeza jurídica en materia sucesoria; y de esta manera sea respetada en cualquier lugar de la República Mexicana, la última voluntad del testador, evitando a los herederos trámites de juicios.

La preocupación de las autoridades federales y de todos los notarios en el ámbito nacional, para cumplir satisfactoriamente con las demandas y necesidades de la población de una manera eficaz, sencilla, económica y sin necesidad de grandes modificaciones legislativas, concluyó con la creación de la Dirección del Registro Nacional de Avisos de testamentos, área que depende directamente de la Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional de la Secretaría de Gobernación.

Esta dependencia federal que de acuerdo con las facultades otorgadas por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y su Reglamento Interior, es la más indicada para cumplir con el objetivo planeado y celebrar el convenio de coordinación con cada una de las Entidades Federativas y así contribuir a la constitución del Registro Nacional de Avisos de Testamento, para que de esa manera se aproveche la información referente a las disposiciones

testamentarias otorgadas en todo el país y ofrecerla de manera pronta, eficaz y confiable.³

II. ¿QUE ES EL REGISTRO NACIONAL DE TESTAMENTOS?

La finalidad que se persigue con el Registro Nacional de Testamentos, es la de dar una mayor certeza jurídica a los actos realizados por los particulares con relación al otorgamiento de disposiciones testamentarias, y que como tal, sea respetada la voluntad manifestada por el autor de un testamento, logrando con ello evitar la tramitación de juicios inútiles, sino por el contrario cuando éstos se intenten, se efectúen con la plena seguridad de que efectivamente el testamento materia del juicio respectivo, es el que contiene la última voluntad del *de cuius*.

Para poder aceptar o repudiar una herencia es necesario verificar la existencia o no de testamentos, y en caso de existir varios, comprobar cuál de ellos fue el último en otorgarse, por ello, el Notario o el Juez, como parte de un procedimiento sucesorio, solicita a la autoridad local que le corresponde (Archivo General de Notarias, Registro Público de la Propiedad, Dirección del Notariado en el Estado, Archivo de Instrumentos Públicos, etcétera), el informe que determina si en esa oficina existe registrado algún aviso de disposición testamentaria otorgada por el *de cuius*, y de ser así, si esta es la última existente.

Como la materia sucesoria es de orden civil, su regulación le corresponde a cada entidad federativa, lo que desafortunadamente nos lleva a no tener un control único de disposiciones de última voluntad de carácter federal, puesto que la coordinación entre las diversas entidades que constituyen nuestro país en esta materia, como en otras, es completamente nula.

Lo anterior es aún más grave, toda vez que en la época actual en que vivimos, “la era de la informática”, llena de avances tecnológicos en todos los campos,

³ Castellanos Hernández Eduardo. El Registro Nacional de Avisos de Testamento. Secretaría de Gobernación. México Distrito Federal 2004. p. 80 y 81.

no se cuenta con un control de testamentos en el ámbito federal, considerando sobre todo el proceso de conurbación de las grandes ciudades, los cambios en nuestras costumbres, la educación, las formas de vida de la población, la cultura actual los medios de comunicación y todo aquello que trae aparejado que cada vez sea más fácil y frecuente el otorgamiento de testamentos fuera de la entidad donde habitan los otorgantes.

Por ello, la Asociación Nacional del Notariado Mexicano y el Colegio de Notarios del Distrito Federal manifestó su inquietud a las autoridades federales, nombrando una comisión a nivel nacional, para gestionar ante diversas instancias la creación de un Registro Nacional de Testamentos.

Dicha comisión, en diversas reuniones con la Secretaría de Gobernación, analizó en forma conjunta, la urgente necesidad que tiene la población de todo el país de que se les ofrezca por parte del gobierno; protección, seguridad y certeza jurídica en materia sucesoria; y de esta manera sea respetada en cualquier lugar de la República Mexicana, la última voluntad del testador, evitando a los herederos trámites de juicios inútiles que no procedan por ignorar la existencia de un testamento, otorgado por el mismo testador en otro Estado.

Por lo anterior, la preocupación de las autoridades federales y de todos los Notarios en el ámbito nacional, para cumplir satisfactoriamente con las demandas y necesidades de la población de una manera eficaz, sencilla, económica y sin necesidad de grandes modificaciones legislativas, concluyó con la creación de la "Dirección del Registro Nacional de Testamentos", área que depende directamente de la Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional de la Secretaría de Gobernación, dependencia federal que de acuerdo a las facultades otorgadas por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y su Reglamento Interior, es la más indicada para cumplir con el objetivo planteado y celebrar el Convenio de Coordinación con cada una de las Entidades Federativas, y así contribuir a la constitución del Registro Nacional de Testamentos, para que de esta manera se aproveche la

información referente a las disposiciones testamentarias otorgadas en todo el país y ofrecerla de manera pronta, eficaz y confiable.⁴

III. FUNCIÓN PRINCIPAL DEL REGISTRO NACIONAL DE TESTAMENTOS.

El Registro Nacional de Testamentos, tiene como finalidad, servir a cada uno de los habitantes de los Estados, elevando la calidad en los servicios que el gobierno federal ofrece a la población, modernizando y ofreciendo una mejor administración pública, basada en principios de actualización, eficiencia, confiabilidad y cambio de mentalidad, actitud y espíritu de servicio en cada uno de los servidores públicos que integran la administración pública, para que con ello, se logre llegar de manera satisfactoria a cada uno de los individuos que integran el país y que esperan un verdadero cambio en él.

Así, la Dirección del Registro Nacional de Testamentos ofrece de forma confiable y eficiente el registro de los testamentos que se hayan otorgado y que se otorguen a nivel nacional, recabando y coordinando la información que recibe de cada una de las Entidades Federativas y proporcionándola cuando así lo requieran.

El Registro Nacional de Testamentos llegó a un acuerdo con la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C., para que se integre la base de datos nacional con la información de las disposiciones testamentarias, otorgadas a partir del mes de enero de 1995 en adelante, y con posterioridad la totalidad de sus antecedentes registrales.

Por otra parte, recibe, concentra y procesa diariamente la información que le remitan los Estados, contando con equipo y personal especializado para un buen funcionamiento.

⁴ Ibidem. p. 84 y 85

Los Estados están comprometidos a remitir periódicamente por Internet, la información correspondiente a los testamentos que se hayan otorgado, así como ante qué instancia, y requerir a los notarios públicos los avisos de testamentos de que hayan tenido conocimiento en términos de ley, ya que una vez procesados son integrados a la base de datos del Registro Nacional de Testamentos.

Para un buen funcionamiento de la base de datos del Registro Nacional de Testamentos, los formatos de aviso de disposición testamentaria, solicitud y contestación de informes, así como acuses de recibos y disposiciones legales relativas a la normatividad y funcionamiento, se proporcionaron a cada una de las entidades federativas para su conocimiento y debido cumplimiento, alcanzando con ello el objetivo de creación.

Consecuentemente, para la creación del Registro Nacional de Testamentos, ha sido necesaria la celebración de Convenios de Coordinación entre la Secretaría de Gobernación y cada uno de los Gobiernos de los Estados libres y soberanos que integran la República Mexicana, así como con el Distrito Federal, y que a la fecha todos han otorgado su aprobación.

Por lo anterior, consideramos que la creación del Registro Nacional de Testamentos es un buen comienzo para la nueva época de transición y de cambio que todos los mexicanos hoy estamos viviendo.

En virtud de las características y responsabilidades que tiene la Dirección del Registro Nacional de Testamentos para la organización, procesamiento, búsqueda, y control de los avisos de testamentos que remitan las autoridades locales de las 31 Entidades Federativas y del Distrito Federal, se cuenta con una base de datos sistematizada automáticamente, la cual permite de manera rápida y confiable obtener la información a nivel nacional vía Internet en tiempo real.⁵

⁵ Ibidem. p. 86 - 88

Finalmente, las entidades federativas determinaron la forma en que se debe coordinar el intercambio de la información, así como las instituciones gubernamentales que tienen acceso a la misma. Aunado a lo anterior, se recomienda que las entidades lleven a cabo los compromisos contraídos, mediante las instituciones que determinen, es decir, el intercambio de información, la captura de los antecedentes históricos, la consulta y solicitud de información, pudiendo llevarse mediante las instituciones y el personal que tienen a su cargo el registro de los avisos testamentarios, como los Registros Públicos, Archivos de Notarías, Procuradurías Estatales, etcétera.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL REGISTRO NACIONAL DE TESTAMENTOS.

Es importante destacar que la creación e implementación del Registro Nacional de Testamentos por parte de las autoridades federales, a través de la Secretaría de Gobernación surge con el carácter de apoyo o coadyuvante en el cumplimiento de las disposiciones constitucionales de certeza y seguridad jurídicas a los gobernados, procurándose el cabal cumplimiento en lo dispuesto en el artículo 121 constitucional que establece:

Artículo 121: “En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros...”⁶

Así, una vez planteada la problemática que se genera por la falta de información clara y concisa en cuanto a cuál fue la última disposición testamentaria que pudo haber otorgado en cualquier lugar de la República algún ciudadano, y derivado del estudio y análisis jurídico correspondientes, se determinó que la dependencia encargada de cumplimentar los objetivos planeados para el Registro Nacional de Testamentos, es la Secretaría de Gobernación, de conformidad con las atribuciones que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal le otorga:

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México 2007. p. 145.

Artículo 27: “A la Secretaría de Gobernación le corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

XII. Conducir la política interior que completa al Ejecutivo y no se atribuya expresamente a otra dependencia;

XIII. Vigilar el cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de las autoridades del país, especialmente en lo que se refiere a las garantías individuales y dictar las medidas administrativas necesarias para tal efecto;

XIV. Conducir, siempre que no esté conferida esta facultad a otra Secretaría las relaciones del poder Ejecutivo con los demás poderes de la Unión, con los órganos constitucionales autónomos, con los gobiernos de las Entidades Federativas y de los municipios con las demás autoridades Federales y locales, así como rendir informaciones oficiales del Ejecutivo Federal...

XXX. Contribuir en lo que corresponda al Ejecutivo de la Unión, a dar sustento a la unidad nacional, a preservar la cohesión social y fortalecer las instituciones de Gobierno;

XXXI. Compilar y sistematizar las leyes, tratados internacionales, reglamentos, decretos, acuerdos y disposiciones federales, estatales y municipales, así como establecer el banco de datos correspondiente, con objeto de proporcionar información a través de los sistemas electrónicos de datos.”⁷

Cabe destacar que lo establecido en la fracción XIII antes citada, es reproducido en la fracción VIII del artículo 5° del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación como una facultad del Secretario.

⁷ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. México Distrito Federal 2007. p.6.

Ahora bien, por lo que respecta a la reglamentación específica de la Secretaría de Gobernación, el anterior Reglamento Interno de esta dependencia expedido el 31 de agosto de 1998, establecía en la fracción IV del artículo 13, como facultad de la entonces Dirección General de Asuntos Jurídicos la de:

VI. “Compilar las leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y disposiciones federales, estatales y del Distrito Federal y particularmente las normas legales relacionadas con las atribuciones de la Secretaría, estableciendo el banco de datos correspondiente; así como el relativo a la información de naturaleza jurídica que las entidades federativas envíen para su sistematización en el marco de los convenios de coordinación respectivos y en los términos de la normatividad aplicable”⁸

Cabe destacar que este último párrafo fue adicionado mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 25 de octubre de 2000.

Por su parte el nuevo Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio del año 2002, sigue previendo en su artículo 22 este supuesto, pero ahora como una facultad de la recién creada Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional al tenor siguiente:

Artículo 22: “La Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional tendrá las siguientes atribuciones:

III. Sistematizar la información de naturaleza jurídica que envíen las entidades federativas en el marco de los acuerdos de coordinación respectivos en los términos de la normatividad aplicable.”⁹

En este orden de ideas, con la finalidad de atender con la debida solidez y rigor jurídicos, la distribución de competencias dada entre los diferentes ordenes de gobierno y con fundamento en los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de

⁸ Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación. México 1998

⁹ Ibidem. México 2004

Planeación, se determinó que el instrumento jurídico idóneo para la consecución de los fines del Registro Nacional de Testamentos sería la celebración de convenios de coordinación con cada una de las entidades federativas del país.

De esta forma, a través de los convenios de coordinación la Secretaría de Gobernación por medio de la Dirección General de Testamentos ha establecido compromisos con treinta de las treinta y dos entidades federativas del país.

Así, podemos concluir que la base jurídica para que la Secretaría de Gobernación brinde apoyo a las entidades federativas a través de la creación e instalación del Registro Nacional de Testamentos, se encuentra por una parte en los artículos 121 y 122 constitucionales, 27 fracciones XII, XIII, XIV, XXX y XXXI de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 5° fracción VIII y 22 fracción III del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, y por otra en los convenios de coordinación celebrados y debidamente publicados en el Diario Oficial de la Federación.

Por lo anterior se considera que la creación del Registro Nacional de Testamentos es un buen comienzo para la nueva época de transición que todos los mexicanos estamos viviendo.

V. CONSEJO CONSULTIVO DEL REGISTRO NACIONAL DE TESTAMENTOS.

Desde sus inicios el proyecto ha contado con el apoyo de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano; se constituyó un consejo consultivo integrado por servidores públicos de la Secretaría de Gobernación y por notarios públicos de diversas entidades federativas, designados por dicha Asociación Nacional del Notariado Mexicano, así como los presidentes de los Colegios de Notarios de los Estados, entre sus objetivos principales se encuentra el de unificar criterios a nivel nacional en materia sucesoria y de avisos de testamento.

Este consejo consultivo sesiona trimestralmente en las instalaciones de la Secretaría de Gobernación y son invitados permanentes a estas reuniones los Directores de Archivos de Notarias, de Archivos de Instrumentos Públicos y Registros Públicos de la Propiedad, según sea el caso de cada entidad federativa del país.¹⁰

A la fecha se han realizado 27 sesiones, en las cuales se han obtenido los siguientes logros:

- Apoyo en la gestión para la firma de los convenios.
- Difusión del Registro Nacional de Testamentos y campañas para el fomento de la cultura del otorgamiento de testamentos en el país, a través de los Colegios de Notarios.
- Apoyo a programas sociales como “Septiembre el mes del testamento”
- Unificación de la propuesta de formato único de aviso de testamento para la implementación a nivel Nacional.
- Lineamientos para el intercambio de información entre las entidades federativas en materia sucesoria.

Como último punto me gustaría resaltar, que la Secretaría de Gobernación a través de la Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos llevo a cabo la campaña social “Septiembre mes del testamento.” Participaron en esta campaña los Archivos de Notarias, el Archivo de Instrumentos Públicos, el Registros Públicos de la Propiedad y de comercio de cada entidad federativa del país, con el propósito de sensibilizar a la sociedad sobre la importancia de contar con este instrumento jurídico.

Durante “Septiembre mes del testamento”, los miembros de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano y los consejos y colegios de notarios de todo el país, voluntariamente redujeron sus honorarios y ampliaron su horario de atención al público, con el fin de facilitar el otorgamiento del testamento por

¹⁰ Castellanos Hernández. Op. cit. p. 91 y 92.

parte de los interesados, campaña que se considera fue un éxito, ya que en el Archivo de Instrumentos Públicos cada mes de septiembre se presentan aproximadamente 6500 avisos de testamentos otorgados ante Notarios Públicos del Distrito Federal.¹¹

En general, los procedimientos de acopio de información nacional de otorgamiento de testamento, así como la promoción de su otorgamiento a los cuales me he referido, buscan promover un marco jurídico más confiable para los ciudadanos

¹¹ www.segob.gob.mx

CAPÍTULO SEXTO

PROPUESTA: HACIA UNA SOLA ESPECIE DE TESTAMENTO ORDINARIO.

I. PROPUESTA PARA CREAR UNA SOLA ESPECIE DE TESTAMENTO ORDINARIO.

El objetivo de este capítulo es reflexionar sobre las diferentes formas de testamento ordinario y convencernos de que sería más práctico y eficaz eliminar tres de las formas establecidas en el Código Civil para el Distrito Federal y dejar solo el testamento público abierto.

Después de haber expuesto en capítulos anteriores los diferentes tipos de testamento y sus formalidades, nos damos cuenta de que son muchas y complejas todas estas formas de otorgar un testamento ordinario, lo cual evita que las personas hagan testamento, en ocasiones por desconocer las formas de otorgarlo o piensan que es un procedimiento muy costoso.

Empezaremos hablando del testamento público cerrado, este tipo de testamento no da la certeza jurídica que da el testamento público abierto, ya que no es plasmado en escritura pública, sino que es entregado directamente por el testador en un sobre cerrado.

El testamento ológrafo es el menos utilizado ya que pocos lo conocen y en este testamento, el notario no tiene ninguna intervención en el proceso esto le da cierta incertidumbre jurídica al testamento.

Existe una especie de testamento ordinario denominado "Testamento Público Simplificado" para empezar considero que no se trata de un testamento, sino simplemente es un cláusula en la escritura pública donde conste la compraventa de un bien inmueble, este punto de vista lo comparten varios autores como Gutiérrez y González, Arce y Cervantes, etc.

Por esta razón considero que deben derogarse tres de las formas ordinarias de testar para darle paso a una sola especie de testamento ordinario y así facilitar la manera de otorgar testamento ante notario público.

La finalidad de este trabajo es unificar todas estas formas de testar, creando una sola especie de testamento ordinario para que así sea más fácil el otorgamiento del testamento y así cada vez haya más personas que manifiesten su última voluntad.

La propuesta de este trabajo implica derogar las cuatro formas ordinarias de testar y a su vez, crear una combinando las formalidades de las actuales formas para otorgar testamento. Esta nueva y única forma de testar ordinariamente, podría tomar como base el testamento público abierto que es el más completo, la mayoría de las personas lo conocen, es el más frecuente y tendrá menos complicaciones.

El nombre para este testamento sería el mismo "Testamento ordinario", solo que en vez de existir cuatro solo habrá un solo procedimiento para el otorgamiento de este testamento.

El testamento sería formal, se otorgaría ante notario público, en presencia de tres testigos, el testador deberá manifestar su última voluntad al notario de una forma clara y precisa, el notario redactará por escrito esa manifestación sujetándose estrictamente al tenor de ella; una vez hecha la redacción, dará lectura al testamento, y si el testador a su conformidad, será firmado por este, el notario y los testigos.

En realidad el testamento público abierto es el más utilizado en México y además genera seguridad jurídica; por ello, a nuestro juicio el único testamento ordinario que exista, sería el otorgado ante Notario; pero se propone cambiarle su denominación, porque no tendría ninguna razón de ser que se llame testamento público abierto si desaparecieran los otros tres, entre ellos el testamento público cerrado, el cual por sus formalidades se hace la distinción

de abierto o cerrado según sea el caso, por tal razón esta nueva forma de testar se llamaría como lo mencionamos anteriormente “Testamento Ordinario”

II. ¿CÓMO CREAR UNA CULTURA TESTAMENTARIA EN MÉXICO?

En México no existe una cultura testamentaria, ya que las personas no están informadas sobre cómo pueden otorgarlo y prefieren dejar su patrimonio a sus familiares más cercanos simplemente de palabra; esto es, no dejan ningún documento jurídicamente válido donde especifiquen cual será el destino de sus bienes.

Realizando una encuesta a personas entre 30 y 50 años el resultado fue que, ocho de cada diez personas encuestadas no han otorgado su testamento y las principales razones fueron las siguientes: En primer lugar, se les hacían muy complicados los diferentes procedimientos para hacerlo; en segundo lugar la falta de información, y en tercer lugar, las personas decían que otorgar testamento era muy costoso y desconocían la campaña de “Septiembre mes del testamento”. Con esto, nos podemos dar cuenta que no existe una cultura testamentaria en el país. La principal razón esgrimida fue que se les hacían muy complicadas las formas de otorgarlo, por esta razón la propuesta de este trabajo, se juzga buena iniciativa para empezar a crear esa cultura testamentaria tan necesaria, en el seno familiar y frente a la sociedad.

Otorgar un testamento tiene muchas ventajas entre ellas cuales se encuentran las siguientes:

- Disponer la distribución de sus bienes después de su muerte. Esto incluye el dinero, la casa y la tierra, si son de su propiedad, y los efectos personales de valor, como joyas y tesoros familiares, obras de arte entre otros.
- Prever la transferencia más eficaz y eficiente posible de sus bienes a sus herederos.

- Reducir los impuestos asociados a la transferencia de propiedades.
- Designar un tutor para sus hijos menores de edad en el caso de que su esposa no pueda hacerlo o de que no esté casado. El tutor será responsable de la atención física de sus hijos y de gestionar el dinero o propiedad que les haya dejado hasta que no alcancen la mayoría de edad.
- Proteger a las mujeres. En algunos países, las mujeres tienen menos derechos de sucesión legal y/o tradicional que los varones. Y también pueden tener menos derecho a decidir qué quieren hacer con sus bienes o en lo que concierne a la tutela de los hijos. Si lo consulta con las autoridades jurídicas, podrá usted establecer salvaguardas en su testamento para subsanar todas o algunas de estas desigualdades.
- Designar a alguien en quien confía, para supervisar la división apropiada de su herencia.
- Reducir la incertidumbre, la ansiedad y los conflictos familiares en el momento de su fallecimiento.
- Establecer un plan financiero para el apoyo sostenido de sus seres queridos.
- Describir los detalles de sus preferencias para los funerales, el entierro y/o incineración.

Conociendo estas ventajas es más evidente que otorgar testamento es de suma importancia para la sociedad mexicana y así evitar muchos problemas familiares y que quede incierto el futuro su patrimonio después de su muerte.

Con la creación de una sola especie de testamento ordinario se facilitara el otorgamiento de testamento ante notario público haciendo que cada vez más personas manifiesten su última voluntad y así lograr una cultura testamentaria.

Para crear una cultura testamentaria en México es necesario que las personas que conocen de este tema transmitan a las que no conocen mucho sobre el testamento, la importancia que tiene y los problemas que puede ocasionarle a sus familiares por no haber otorgado testamento.

Considero que los medios de comunicación podrían ser de mucha importancia para difundir esta nueva forma de testar mencionando las consecuencias de no otorgar testamento y así hacer conciencia en las personas para crear la cultura testamentaria que necesitamos en nuestra sociedad.

Por parte de los notarios está la obligación dar a conocer lo fácil y sencillo que es otorgar testamento ordinario y que no es tan costoso como muchas personas lo piensan, también hace falta darle más difusión a la campaña que la Secretaria de Gobernación y el Colegio de Notarios han implementado “Septiembre mes del testamento”.

III. EFECTOS DEL TESTAMENTO ENTRE LA FAMILIA.

Como ya lo expusimos anteriormente, otorgar testamento tiene muchas ventajas y una de ellas es, que al otorgar testamento se le evitan muchos problemas y largos tramites a la familia del testador, ya que al no dejarlo queda incierto el futuro de sus bienes y en ocasiones han habido conflictos entre la misma familia por la posesión de los bienes que el de cujus dejo intestados y cuando esto sucede es necesario tramitar un juicio de intestado.

En muchas ocasiones la razón de que una familia se desintegre es por la disputa de un patrimonio que quedo intestado, por esta razón es de suma importancia otorgar testamento ya que el se plasma el destino de los bienes del testador.

Muchas personas dicen que el testamento es solo para las personas con dinero, pensar eso es un grave error ya que otorgar testamento no tiene nada que ver con las clases sociales, sino es un tema que le importa a todo el mundo ya que por muy poco que sea el patrimonio de una persona es igual de importante que el de una persona con dinero, la herencia (el total de todo lo que posee) pequeña o grande, nunca es insignificante. Su herencia es la representación material del trabajo de su vida. Lo que quiere hacer con ella expresa su amor, sus preocupaciones y sus valores.

Así que, los efectos del testamento entre la familia son básicamente el reflejo del amor y la tranquilidad hacia los integrantes de la misma ya que al dejarles algo para su futuro es muy importante y más si lo hacemos como debe hacerse, plasmado en un documento jurídicamente válido como lo es el testamento.¹

¹ Güitron Fuentecilla Julián. ¿Qué puede hacer usted con sus bienes antes de morir?. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales S.C. México Distrito Federal 1993. p. 301.

CONCLUSIONES.

PRIMERA: El testamento es el documento en donde consta en forma legal la voluntad del testador, es decir, la declaración que hace una persona, el testador, de su última voluntad, disponiendo de sus bienes, deberes, derechos y demás cuestiones que no se extinguen por la muerte.

SEGUNDA: El testamento es el más importante de los actos jurídicos del Derecho privado, porque en él se dispone de todo el patrimonio o de una parte de él, por la trascendencia de los actos extrapatrimoniales que puede contener, y porque a diferencia de los demás actos jurídicos produce siempre sus efectos cuando el autor ha fallecido.

TERCERA: El testamento es una figura jurídica regulada desde Roma en la Ley de las XII tablas y desde entonces a la fecha no se ha podido crear una figura testamentaria, ya que las formas de testar que hoy en día están reguladas en nuestro Código Civil son muy complejas y complicadas para las personas que no son estudiosas del Derecho.

CUARTA: Tener alguna discapacidad, no es un impedimento para otorgar testamento, esto quiere decir, que existen reglas especiales para testar, reguladas en el Código Civil para personas con alguna discapacidad.

QUINTA: El testamento público cerrado, el ológrafo y el público simplificado (este último con las reservas de que sea considerado como testamento) son figuras jurídicas reguladas por el derecho civil que actualmente están en total desuso; por tal motivo, es necesaria una reforma y dejar sólo una forma de testamento ordinario. Esto ayudará a que sea más accesible la información sobre este tema a las personas y cada vez se otorguen más testamentos.

SEXTA: La única forma de testamento q propongo se llamará ordinario y sus características serán las siguientes: el testador se presentará ante el notario para manifestar su última voluntad en compañía de tres testigos, el notario la redactara sujetándose estrictamente a lo que el testador le indique, al termino de la redacción el notario dará lectura al testamento y si el testador esta conforme será firmado por este, el notario y los testigos. Siendo esta forma de testar la única, será más fácil su difusión y se otorgarán más testamentos.

SEPTIMA: Con la creación del Registro Nacional de Testamentos se busca dar una mayor certeza jurídica a los actos realizados por los particulares con relación al otorgamiento de disposiciones testamentarias, y que como tal, sea respetada la voluntad manifestada por el autor de un testamento, logrando con ello evitar la tramitación de juicios inútiles.

OCTAVA: Es muy importante crear una cultura testamentaria en México, pues el índice de personas que deciden otorgar testamento es muy bajo, las personas no están informadas sobre este tema y por lo tanto no otorgan testamento dejándole problemas a su familia.

NOVENA: Para generar una cultura testamentaria en nuestro país, es necesario reformar el Código Civil derogando las formas de testar obsoletas y mejor darle mayor difusión y fuerza a una sola que sea eficaz y de la certeza jurídica necesaria para este acto jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE Y CERVANTES José. De las Sucesiones. sexta edición. Editorial Porrúa. México 2001.

AZCARATE DE, Gumersindo. Minuta de un Testamento. Colección, Critica del Derecho. Editorial. Comares. Madrid, España 2002.

BAÑUELOS, SÁNCHEZ Froylan. Contratos y Testamentos. Editorial. SISTA, México 2004.

BONFANTE, Pedro. Derecho Romano. Quinta edición. Instituto Editorial REUS. México, 1980.

CÁRDENAS URIBE, Filiberto. Contratos y Testamentos. Editorial, Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 2002.

CASTELLANOS HERNÁNDEZ Eduardo. El Registro Nacional de Avisos de Testamento. Secretaria de Gobernación. México Distrito Federal 2004.

CEBALLOS LUJAMBIO Javier. Clases de testamentos. Editorial SISTA. México 1998.

CRIADO ENRIQUE. Herencias, Testamentos y Donaciones. Editorial Planeta. Barcelona España 2002.

DE PINA Rafael. Derecho Civil Mexicano. Décimo sexta edición. Volumen II. Editorial Porrúa. México 2000.

DESMARIS, Benedicto. Les Testaments. Francia, 2001.

DIAZ DE LEÓN Ignacio. De Herencias y Testamentos. Tribunal Superior de Justicia de Zacatecas. Zacatecas, México 2002.

FERNÁNDEZ HIERRO José Manuel. Testamentos y Juicios Testamentarios. Editorial. Comares. Granada, España 2000.

GALINDO GARFIAS Ignacio. Derechos Reales y Sucesiones. Segunda edición. Editorial Porrúa. México 2004.

GARCÍA ESTEVE Miguel Ángel. Todo sobre la Sucesión y el Testamento. Editorial. De Vencchi. Barcelona, España, 2000.

GUITRON FUENTEVILLA Julián. ¿Qué puede hacer usted con sus bienes antes de morir?. Editorial Promocione Jurídicas y Culturales S.C. México 1993.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto. Derecho Sucesorio. Cuarta edición. Editorial Porrúa. México 2002.

GUTIÉRREZ SOLAR Eduardo. Testamentos Especiales. Editorial EDERSA. Madrid, España 2002.

IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Séptima edición. Editorial, Ariel. Barcelona, España, 1982.

MAGALLÓN IBARRA Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo V. Editorial Porrúa. México 1990.

PÉREZ FERNÁNDEZ del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Quinta edición. Editorial Porrúa. México, 1991.

ROA BARCENAS Rafael. El Testamento. Segunda edición. Editorial Maillefert. México 1869.

SÁNCHEZ MEDAL Ramón. De los Contratos Civiles. Vigésimo segunda edición. Editorial Porrúa. México 2007.

TORRES Teodora. El Testamento Ológrafo. Editorial Comares. Madrid, España 1999.

ZANNONI Eduardo. Derecho de las sucesiones. Tomo dos. Cuarta edición. Editorial ASTREA. Buenos Aires, Argentina 1997.

LEGISLACIÓN

Código Civil para el Distrito Federal. Editorial ISEF. Décimo tercera edición. México 2007.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial ISEF. Décimo tercera edición. México 2007.

Ley del Notariado para el Distrito Federal. Editorial ISEF. Décimo tercera edición. México 2007.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México 2007.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. México Distrito Federal 2007.

Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación. México 1998

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. España 2007.

Enciclopedia Práctica Planeta. Tomo siete. Editorial Planeta. Barcelona, España 2006.

Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Tomo XI. Editorial Rarders Digest.
:México 2005.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
México 2000.

HEMEROGRAFÍA

Lozano Noriega Francisco. Registro Nacional de Actos de Última Voluntad.
Revista de Derecho Notarial Mexicano. Volumen II número 5 México Distrito
Federal 1958.