



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"



EL TESTAMENTO PUBLICO CERRADO CONFORME AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA FABIOLA MARTINEZ MEDRANO

284360

ASESOR: LIC. JESUS FLORES TAVARES



ACATLAN, ESTADO DE MEXICO

OCTUBRE 2000



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.

ESTA TESIS LLEVA PARTE DE MÍ, EN ELLA ESTÁN IMPLÍCITAS MUCHAS HISTORIAS, LAS QUE JAMAS HUBIERAN SIDO POSIBLES SIN LA PRESENCIA DE MI MAMÁ Y MI PAPÁ, ES POR ELLOS Y PARA ELLOS A QUIENES DEDICO ESTE ESFUERZO, REALIZANDOSE ASÍ LO QUE PENSE NUNCA LLEGARIA.

NO TE ANGUSTIES POR EL AYER, QUE YA NO EXISTE.
NO TEMAS EL MAÑANA QUE QUIZA NO VERAS.
MEJOR DISFRUTA EL PRESENTE QUE ESTA EN TUS MANOS.

INTRODUCCIÓN

A través de la actividad propia, o por virtud de actos ajenos, el hombre va uniendo a su persona un conjunto heterogéneo de relaciones jurídicas que lo vinculan con sus semejante, o incorporando a su patrimonio poderes varios sobre las cosas que pueden serle útiles.

En un momento determinado, la muerte inevitable, corta la actividad económica, familiar y social del hombre, y se plantea cual debe ser el destino de todas aquellas relaciones jurídicas. Que su desaparición no es posible parece evidente, no pueden romperse ni darse por extinguidas de una manera tajante y automática, tendrán que sobrevivir al sujeto, en atención a la voluntad de éste, al cumplimiento de deberes familiares y a la seguridad jurídica de las personas. Es mediante la sucesión testamentaria, que se atribuye al hombre la facultad de disponer a su voluntad, los efectos de la sucesión para después de su muerte.

El testamento es un acto de liberalidad que hace su autor para que surta efectos para después de que él muera. Como acto de liberalidad, permite al autor establecer disposiciones que cumplan con su última voluntad, asimismo, puede sujetar esas disposiciones a diversas modalidades.

Para exponer el presente, bastará hacer un análisis a cada uno de los temas contenidos en el índice, por estar vinculados directamente con el tema a desarrollar, y por supuesto, haciendo los comentarios pertinentes a cada tema desarrollado.

Siendo el testamento público cerrado una opción más para disponer de lo bienes, derechos y obligaciones, la presente investigación se enfoca al estudio de esta figura que hasta ahora resulta poco atractiva, para aquellas personas que desean otorgar testamento.

Teniendo como propósito la presente investigación, conocer, establecer y desarrollar los requisitos necesarios para el otorgamiento del testamento público cerrado, así como las ventajas al otorgar el mismo.

Para lograr el objetivo y desarrollar adecuadamente cada tema, se dividirá en 6 capítulos, partiendo de lo general a lo particular.

El capítulo I (Antecedentes) hace un recuento del origen del testamento; asimismo se analizará la evolución de éste en México a través de las diferentes etapas históricas; en el capítulo II (Generalidades del testamento), se enumeran cada uno de los elementos característicos que debe contener todo testamento; estableciéndose, también los elementos de existencia y requisitos de validez, necesarios para la constitución del mismo, sin dejar de mencionar los sujetos que intervienen en los diferentes momentos del otorgamiento del testamento; en el capítulo III (Diversos tipos de testamentos), se hace mención de todos y cada uno de los testamentos que el Código Civil regula, señalando las características más importantes de ellos; posteriormente, en el capítulo IV (Ineficacias del testamento), se señalan aquellos casos en los que el testamento es nulo por no haber cumplido con los requisitos mencionados en el capítulo II; también conoceremos la principal característica del testamento: su revocabilidad; los casos en que caducan las disposiciones testamentarias; cuando se dice que un testamento es inoficioso, y las diversas modalidades que el testador puede disponer en su testamento; mas adelante en el capítulo V (El Testamento Público Cerrado), objeto de estudio de la presente investigación, estudiaremos el concepto de testamento público cerrado y la fe pública necesaria para la certificación ante notario del mismo; los requisitos conforme a los cuales debe confeccionarse el testamento público cerrado, y en caso de no cumplirse con aquellos, deben seguirse reglas especiales en su facción. ; por último en el capítulo VI (Seguridad jurídica que se adquiere al otorgar testamento), se señalan los motivos por los cuales es importante el otorgamiento de un testamento, así como las consecuencias que pueden generarse por no haberlo hecho.

* Nota: Los artículos que se citan pertenecen al Código Civil para el Distrito Federal; cuando no sea el caso se citará el documento legal del que provienen los artículos.

INDICE

	PAG.
INTRODUCCIÓN	
I. ANTECEDENTES DEL TESTAMENTO	1
DERECHO ROMANO	2
DIVERSAS CLASES DE TESTAMENTOS EN ROMA	3
Testamento en el derecho antiguo	3
Testamento en el derecho honorario	4
Testamento en el derecho imperial	4
Testamento en el derecho justiniano	4
Testamento tripertitum	4
Testamento nuncupativo	5
Testamento público	5
Testamentos especiales	5
CAPACIDAD PARA TESTAR Y PARA SER INSTITUIDO EN	5
TESTAMENTO EN ROMA	
CONCEPTO DE TESTAMENTO EN ROMA	7
DERECHO MEXICANO	7
Derecho prehispánico	7
Derecho colonial	8
México independiente y actual	9
Conclusiones	11
II. GENERALIDADES DEL TESTAMENTO	12
CONCEPTO DE TESTAMENTO	14
ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS	15
El testamento es un acto jurídico autónomo	15
El testamento es un acto personalísimo	16
El testamento es un acto revocable	17
El testamento es un acto libre	17
El testamento es un acto de última voluntad	18
El testamento es un acto solemne	18
El testamento es un acto unilateral	19
El testamento es un acto realizado por persona capaz	19
ELEMENTOS PERSONALES	20
El testador o autor de la sucesión	20

El heredero	21
Capacidad para suceder	22
Incapacidad por falta de personalidad	23
Incapacidad por presunción de influjo contrario a libertad del testador	24
Incapacidad por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento	25
Incapacidad por falta de reciprocidad internacional	25
Incapacidad por utilidad pública	25
Incapacidad sobrevenida	26
Incapacidad por delito (indignidades)	26
Rehabilitación del indigno	28
Efectos de las incapacidades e indignidades	28
El legatario	29
El albacea	30
El interventor	31
El notario	32
Los testigos	33
El juez	34
El Ministerio público	35
FORMALIDADES TESTAMENTARIAS	35
Elementos de existencia	35
La voluntad	35
El objeto	36
La solemnidad	38
Requisitos de validez	38
La capacidad	38
Ausencia de vicios de la voluntad	39
Error	41
Dolo y mala fe	41
Violencia	42
Licitud en el objeto y en el motivo o fin	42
La forma	43
TEORÍAS ACERCA DEL TESTAMENTO	44
Teoría objetiva	44
Teoría subjetiva	44
Teoría materialista	44

Teoría que niega la sucesión testamentaria	44
Conclusiones	45
III. DIVERSOS TIPOS DE TESTAMENTOS	49
TESTAMENTO OLÓGRAFO	50
TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO	53
TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO	54
TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO	54
TESTAMENTO PRIVADO	56
TESTAMENTO MILITAR	57
TESTAMENTO MARÍTIMO	58
TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO	59
Conclusiones	60
IV. INEFICACIAS DEL TESTAMENTO	64
NULIDAD DEL TESTAMENTO	65
Nulidad por incapacidad	66
Nulidad por vicios de la voluntad	66
Nulidad por error	67
Nulidad por dolo y mala fe	67
Nulidad por violencia	67
Nulidad por falta de forma	68
REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO	69
CADUCIDAD DEL TESTAMENTO	71
INOFICIOCIDAD DE LOS TESTAMENTOS	72
MODALIDADES DE LOS TESTAMENTOS	74
El plazo en el testamento	74
La condición en el testamento	75
Las condiciones imposible	76
Las condiciones negativas	76
La condición de testar	77
La condición de suspender la ejecución del testamento	77
Cumplimiento de las condiciones potestativas	77
Plazo para el cumplimiento de las condiciones	78
Cumplimiento de las condiciones causales o mixtas	78
La condición de no impugnar testamento	79
La condición de tomar o dejar de tomar estado	79
Legado de prestación periódica sujeta a condición	79

Efectos de las condiciones	80
Institución sujeta a carga	80
Institución sujeta a modo	81
Conclusiones	82
V. EL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO	86
CONCEPTO DE TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO	87
FE PÚBLICA	88
Concepto	88
Definición de fe pública	89
Requisitos de la fe pública	91
Evidencia	91
Objetivación	92
Coetaneidad o simultaneidad	92
Notas o accidentes de la fe pública	93
Tipos de fe pública	94
FORMALIDADES DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO	95
MODALIDADES DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO	96
Conclusiones	99
VI. SEGURIDAD JURÍDICA QUE SE ADQUIERE AL OTORGAR TESTAMENTO	105
SEGURIDAD JURÍDICA	106
RESPONSABILIDAD DE TESTAR	107
CONVENIENCIA DE OTORGAR TESTAMENTO	108
Conclusiones	110
Conclusión general	111
Bibliografía	112

I. ANTECEDENTES DEL TESTAMENTO

DERECHO ROMANO

DIVERSAS CLASES DE TESTAMENTOS EN ROMA

Testamento en el derecho antiguo

Testamento en el derecho honorario

Testamento en el derecho imperial

Testamento en el derecho justiniano

 Testamento tripertitum

 Testamento nuncupativo

 Testamento público

 Testamentos especiales

CAPACIDAD PARA TESTAR Y PARA SER INSTITUIDO EN
TESTAMENTO EN ROMA

CONCEPTO DE TESTAMENTO EN ROMA

DERECHO MEXICANO

Derecho prehispánico

Derecho colonial

México independiente y actual

Conclusiones

I. ANTECEDENTES DEL TESTAMENTO

DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano no se conoce algún texto anterior a las XII Tablas que afirme o niegue la figura del testamento es por esa razón que existe una controversia entre diferentes autores sobre si originalmente la sucesión "*mortis causa*" por determinación de la ley, es decir, legítima, fue una costumbre más antigua que la sucesión testamentaria. Sin embargo en el Derecho Hindú, que es más antiguo ya se conocía la institución del testamento, por la necesidad de designar una persona para continuar las obligaciones religiosas y el culto de la familia. Asimismo en Egipto se encontró un testamento que data del año 1800 a.C., fecha aproximada.

Al respecto Petit dice: "Hay quién cree que los romanos sólo conocieron al principio la sucesión *ab intestato*, lo mismo que los germanos y los griegos, y que la sucesión testamentaria fue introducida por la ley de las XII Tablas." Sin embargo él manifiesta que, la sucesión testamentaria y la sucesión *ab intestato* han coexistido desde el origen de Roma, y la ley de las XII Tablas no ha hecho sino sancionar costumbres que desde largo tiempo estaban en vigor.

Así que la ley de las XII Tablas consagra la libre testamentación, no se abría la sucesión *ab intestato* sino a falta de *heres sui* y de testamento. En esta forma el testamento se convierte en la forma de sucesión más común prevaleciendo la sucesión testamentaria sobre la *ab intestato* o legítima. Aunque la sucesión legítima, tuvo gran importancia fundamental antes que la testamentaria, ya que al principio no hubo propiedad individual: la familia era la única propietaria de los bienes: lo que pasaba en realidad era que los parientes sucedían al difunto en virtud del antiquísimo derecho de copropiedad familiar, conforme al cual, sin mayores trámites, la viuda, desde la edad de piedra, hizo suyos los objetos de su esposo. Sin embargo comienza a emerger la propiedad individual y aparece el testamento. De esta manera se llega a admitir la posibilidad de que por testamento se transmitan los bienes por causa de muerte, así la sucesión legítima pierde su supremacía y pasa ésta a la testamentaria, queda la legítima sólo como subsidiaria para los casos en que no haya testamento o este resulte nulo.

Posteriormente a las XII Tablas se crea la costumbre de celebrar testamento, teniendo en gran consideración el derecho de testar, considerando una desgracia y un acto indigno el no otorgar testamento, era deshonoroso no dejar heredero alguno, porque significaba el inicio de una mala sucesión y de infamia.

ANTECEDENTES DEL TESTAMENTO

Adquiriendo supremacía a partir de entonces la sucesión testamentaria sobre la legítima y dentro de la organización de la familia romana se llegó a admitir entonces, como consecuencia de la potestad ilimitada del *pater familias* un derecho absoluto para disponer de los bienes no sólo durante su vida sino después de la muerte, eligiendo libremente a miembros de su familia o extraños. Consagrándose así la libre testamentación.

DIVERSAS CLASES DE TESTAMENTOS EN ROMA

En Roma el testamento revistió diversas formas, que fueron variando según las distintas fases de evolución del derecho, siendo admitidas diferentes maneras de testar.

Testamentos en el derecho antiguo

El derecho antiguo reconoció tres formas testamentarias. En un principio se pudo testar de dos formas, estando en uso un testamento en tiempo de paz y descanso, llamado *calatis comitiis*, y otro en el momento de marchar al combate, conocido como *in procinctu*. Posteriormente se añadió una tercera especie, el testamento *per aes et libram* dejando también de usarse aunque se practico por más tiempo.

El testamento *calatis comitiis* se hacía delante de los comicios curiados, convocados dos veces al año, a este efecto, por el gran pontífice. El *paterfamilias* declaraba delante de los comicios reunidos a quién elegía por heredero, dando los comicios su aprobación a esta elección, lo cual hacía del testamento una verdadera ley, ya que la opinión general de los comicios hacía el papel de legisladores.

El testamento *in procinctu* se hacía delante del ejército equipado y bajo las armas. El *paterfamilias* soldado que quería testar antes de marchar al combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas, que representaban la asamblea del pueblo.

Los momentos en que se podía testar eran raros, para ello también hacía falta el ingreso en los comicios curiados o el *ius militae*, además no encontrarse en estado de enajenación mental, ni físicamente incapaz, en cuyos casos la sucesión *Ab intestato* entraba en juego.

ANTECEDENTES DEL TESTAMENTO

Como ninguno de los dos testamentos anteriores podía otorgarse en cualquier momento, fue necesario buscar una nueva forma testamentaria; apareciendo entonces el testamento *per aes et libram* o testamento mancipatorio, que consistía en una venta ficticia, efectuada por medio de la *mancipatio*¹, frente al portabalanza y a cinco testigos.

El testador mancipaba sus bienes a un tercero, llamado *familiae emptor*, o sea comprador del patrimonio, al tiempo que designaba a su o sus herederos, y daba instrucciones al *familiae emptor* sobre la forma en que debía repartir su herencia.

El *familiae emptor*, figura semejante al albacea, recibía los bienes en calidad de custodio, para disponer después de ellos conforme a la voluntad del testador.

Testamento en el derecho honorario

El pretor redujo las formalidades exigidas por el derecho civil, y así apareció el *testamento pretorio*, que debía constar en un documento que contuviera la designación del heredero y los sellos de siete testigos, sin exigirse ya el rito de la *mancipatio*.

Testamento en el derecho imperial

En el derecho imperial apareció un testamento redactado por escrito, que debería llevar la firma del testador y la de siete testigos, junto con sus sellos, que además debía realizarse el mismo día y en un sólo acto.

Testamentos en el derecho justiniano

Testamento tripertitum

Justiniano reconoció esta forma testamentaria y le llamo *tripertitum*, por su triple origen, ya que tomo del derecho antiguo la necesidad de los testigos y su presencia en un solo acto; del derecho honorario, los sellos y el número de testigos; y del testamento imperial, el requisito de la firmas del testador y de los testigos.

¹La *mancipatio* era una venta ficticia, ya que el precio era simbólico, a veces sólo una moneda.

Testamento nuncupativo

Este era un testamento oral que se otorgaba frente a siete testigos, que debían oír la voluntad del testador.

Testamento público

El derecho postclásico también conoció el testamento público bajo dos formas distintas: el testamento *apud acta conditium*, realizado de forma oral frente a la autoridad, que luego levantaba el acta correspondiente, y el testamento *principi oblatum*, que se hacía por escrito y era depositado en los archivos imperiales.

Testamentos especiales

En esa época aparecieron también los testamentos especiales o extraordinarios, que atendiendo a determinadas circunstancias aumentaron en algunos casos, o disminuyeron en otros, las formalidades requeridas para este acto.

Entre los que aumentaron las formalidades, figuran los testamentos otorgados por el analfabeto y por el ciego. En el primer caso, además de las siete testigos debía firmar una octava persona, cuya firma suplía a la del testador; mientras que el ciego, acompañado de los siete testigos, debía dictar su testamento a un oficial público llamado tabularis.

Entre los testamentos que disminuyeron los requisitos formales, está el realizado en tiempo de peste, para el que no se exigía la presencia simultánea de los testigos, con el propósito de evitar el contagio, y el confeccionado en el campo, para el que sólo se requería de cinco testigos.

También estaba el testamento del padre en favor de sus hijos, que podía hacerse de forma oral ante dos testigos o constar en documento ológrafo del testador.

Finalmente se encuentra el testamento militar, regido también por normas de excepción; no exigiendo forma alguna; era suficiente que la voluntad del testador se manifestara de manera clara. Respecto a su contenido, el testamento militar fue una excepción al principio de "nadie puede morir en parte testado y en parte intestado", puesto que si el soldado sólo disponía de una parte de sus bienes, se podía abrir para el resto la sucesión legítima o ab intestato.

CAPACIDAD PARA TESTAR Y PARA SER INSTITUIDO EN TESTAMENTO EN ROMA

La capacidad para testar y para ser instituido en un testamento se llama *testamenti factio*. Ésta formaba parte del *ius commercii*² y sólo la tenían los ciudadanos romanos.

La *testamenti factio activa* sólo la poseían los ciudadanos romanos *sui iuris*³ que gozaran de plena capacidad jurídica, es decir, de capacidad para otorgar testamento con arreglo a la ley romana, no así los impúberes, ni los pródigos, los locos sólo la tenían en momentos de lucidez.

La mujer *sui iuris* necesitaba de la autorización de su tutor para hacer testamento. Los *alieni iuris*⁴ no podían hacer testamento ya que estaban sometidos a potestad y no tenían patrimonio propio, pero se les permitió hacer testamento en relación con sus peculios castrense y cuasicastrense, en el primer caso comprende todos aquellos bienes adquiridos como consecuencia de su profesión como militar; esto es, su sueldo y su botín de guerra; mientras que en el segundo esta integrado por los bienes que adquiere en virtud de sus servicios públicos o eclesiásticos.

La *testamenti factio activa* debía existir desde el momento en que se otorgaba el testamento hasta aquel en que ocurría la muerte.

La *testamenti factio passiva* la tenían todos los ciudadanos romanos. Sin embargo la *Lex Voconia* de 169 a.C., limitó la capacidad de las mujeres, al prohibir que fueran instituidas como herederas por los ciudadanos de primera clase del censo, que eran los más ricos; ésta ley cayó en desuso.

No se permitió la institución de personas inciertas; es decir, de aquellas de las que el testador no se hubiera hecho una idea precisa. En el derecho antiguo tampoco se permitió la institución de personas morales, salvo el Estado romano. Se podía instituir como herederos a los esclavos, a los propios y a los ajenos.

La *testamenti factio passiva* debía existir en tres momentos distintos: al otorgarse el testamento, cuando ocurría la muerte y al aceptarse la herencia.

²El *commercium* concedía al ciudadano el derecho de transmitir su patrimonio por sucesión testamentaria.

³Es el individuo que no se encuentra sujeto a ninguna autoridad

⁴Es la persona que se encuentra sujeta a la autoridad de otra persona

CONCEPTO DE TESTAMENTO EN ROMA

En las fuentes se encuentra la definición de Ulpiano, *testamentum es mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat.*⁵ Una afirmación justa de nuestra mente hecha en forma solemne para que valga después de la muerte.

Hay que notar que esta definición tiene el defecto de descuidar el carácter esencial del testamento romano, que es contener la institución de uno o varios herederos; sin la cual el testamento era ineficaz y, en consecuencia no producía efecto alguno.

Su discípulo Modestino definió al testamento en la siguiente forma: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.*⁶ Testamento es la justa declaración de nuestra voluntad, hecha solemnemente respecto de lo que cada cual quiere que se haga tras su muerte.

Como ninguna de las definiciones anteriores precisan el verdadero sentido del testamento, es necesario decir que: el testamento es un acto solemne y de última voluntad, por el que se nombra heredero, pudiendo hacer otras disposiciones como nombramiento de tutores, legados, etc. Aunque es evidente que ambas definiciones tienen deficiencias, por faltarles elementos característicos de la figura del testamento pues el genio de los juristas romanos no se revela precisamente en sus definiciones.

DERECHO MEXICANO

Derecho prehispánico

Sabido es que el territorio que actualmente constituye nuestro país estuvo habitado por varios pueblos de diversas culturas y diferentes costumbres: los mayas, los toltecas, los aztecas, etc., quienes indudablemente crearon sus propios sistemas de derecho; pero en especial el pueblo azteca, por ser el pueblo que alcanzó la hegemonía en mayor parte del territorio y por ser éste del que se tienen referencias históricas más completas.

⁵Ibarrola, Antonio. *Cosas y sucesiones*. Ed. Porrúa. México. 1972. pág. 549

⁶Ibidem.

ANTECEDENTES DEL TESTAMENTO

La familia azteca era de carácter patriarcal, estaba sujeta a la autoridad absoluta del padre, quien tenía derecho de vida y muerte sobre sus hijos y resolvía todo lo concerniente al núcleo familiar.

En la sociedad azteca se permitía disponer en vida, de los bienes y derechos para después de la muerte, a través del testamento. Los mayorazgos, señoríos y la dignidad que a ellas correspondía, se transmitían por herencia, existiendo así la libertad de testar, ya que el señor podía elegir en vida a su sucesor. En el caso de no haber dicha disposición testamentaria, heredaba el hijo mayor del padre, procreado con la esposa principal; si el primogénito había muerto heredaba el nieto, y a falta de este el nieto segundo y a falta de éste el hermano, siendo excluida la línea femenina y sólo era tomada en cuenta la masculina.

También entre los mayas solo la línea masculina era tomada en cuenta, y las hijas solamente podían heredar por "vía de piedad o voluntad, y entonces los hermanos daban del montón algo, lo demás lo partían hermanos igualmente".⁷

Época colonial

Ya consumada la Conquista, fue sustituido el sistema de derecho indígena por las leyes españolas, que fueron de tres clases:

- Las que regían ya a la nación española.
- Las que fueron creadas para las colonias de España en América (Leyes de Indias).
- Las que se elaboraron especialmente para la Nueva España.

A lado de las leyes enumeradas permanecieron, con carácter supletorio, las leyes indígenas aplicables en los casos no previstos por las normas jurídicas españolas y siempre que no contravinieran la religión cristiana ni las leyes de Indias.

La figura del testamento fue regulada fundamentalmente por las Leyes de las Partidas, así como por las Leyes del Toro de 1505, la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805.

El principio de la porción forzosa instituida por Justiniano, se traslado a España, el Fuero Juzgo faculta al testador a disponer de la quinta parte de lo que poseía para otorgarlo a la iglesia o a otros lugares, pero si se quería mejorar a un heredero entonces el testador podía disponer de la tercera parte de sus bienes. Por lo que sólo en una porción muy pequeña el testador podía disponer de sus bienes.

⁷De Landa, Diego. Citado por Mendieta y Nuñez. *El Derecho Precolonial*. Ed. Porrúa. México. 1981. pág. 103.

"El Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real, las Leyes de Estilo, las Leyes del Toro y aun las Siete Partidas, continuaron con la imposición de que los cuatro quintos de los bienes de los padres, se tuvieran por herencia forzosa de los descendientes, sin que se pudiera despojar de ese derecho salvo en los casos precisos en que la ley señalara como motivos de desheredación".⁸ Las causas de desheredación siempre partían de un acto inmoral, un delito o un acto de ingratitud del pariente o heredero en contra del testador o de su familia. También entre las causas de desheredación se comprendía la mala conducta o bien contraer matrimonio contra la voluntad de los que ejercían la patria potestad.

Todos estos remotos textos tuvieron vigencia en México durante la época colonial junto con el derecho Indiano, el cual fue expedido para los territorios que se regían por mandato de la Corona Española, este cuerpo legislativo se complementaba con las normas indígenas que no contravenían las disposiciones de la Corona o de la Religión Cristiana.

México independiente y actual

En sus primeros años de vida independiente, la nación mexicana siguió rigiéndose por las leyes implantadas por la Corona española, hasta que fueron gradualmente sustituidas por las leyes y los códigos nacionales.

Las obras doctrinarias de José María Álvarez y Juan Sala y Febrero fueron de gran importancia pues estaban basadas en la multiplicidad de textos legislativos existentes en España, como son: las Partidas, el Fuero Juzgo Real, Leyes del Toro, de Estilo, la Recopilación y Nueva Recopilación.

En 1857 fue cuando se legislo por primera vez en México en materia de sucesiones con la ley del 10 de agosto del mismo año, prevaleciendo la sucesión legítima forzosa y, careciendo de una adecuada ordenación.

Los preceptos en materia de sucesión recogidos por Álvarez fueron aplicados en la primera mitad del siglo XIX ya que correspondían perfectamente al contexto social de la época, de esta forma la sucesión forzosa no desapareció de la legislación sino hasta 1884, ya que el Código de 1870 no llegó a admitir el derecho de disponer libremente de los bienes sino, por el contrario, suprime el régimen de libre testamentación, limitando la libertad de testar, instituyendo un régimen en el cual el testador sólo podía disponer de una parte pequeña de sus bienes, dejando el resto a

⁸Brena Sesma, Ingrid. *La Libertad Testamentaria*. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil. UNAM. 1ª ed. México. 1985. pág. 112.

sus herederos consanguíneos en línea recta ascendente o descendiente, quienes eran herederos forzosos; llamando a esta institución *legítima*.

Por lo que los padres y los abuelos no podían disponer en favor de extraños más que de la quinta parte de sus bienes, por lo tanto, la legítima de los descendientes eran las cuatro quintas partes del caudal hereditario. Pero tratándose de los ascendientes sólo pueden considerarse herederos forzosos a falta de descendientes del causante, de ser así la legítima de los ascendientes era de dos tercios de la herencia. Podía suceder que a base de legados, el testador hubiera disminuido la porción legítima; en tal caso, éstos se reducirán hasta que se respetara el testamento.⁹

En 1882 el entonces presidente de la República Mexicana Manuel González, encargo a una comisión revisora la modificación del Código Civil del Distrito Federal. Dentro de las reformas hechas en lo relativo a sucesiones se adopto el principio de la libre testamentación por iniciativa del Ministro de justicia Joaquín Baranda quien defendió los principios de decir: "El individuo que con su trabajo y su industria adquiere una fortuna debe tener derecho a disponer de ella, la restricción a esta libertad puede inhibir su actividad productora en perjuicio de la riqueza pública. La libertad de testar es el ensanche de la libertad individual y complemento al derecho de propiedad".¹⁰

Tanto el Código en vigor como el de 1884, han consagrado el régimen de libre testamentación, es decir, el testador puede disponer libremente de sus bienes en favor de sus parientes o extraños, la única limitación que se reconoce desde el Código de 1884 es la de dejar una pensión de alimentos a ciertos parientes consanguíneos en línea recta o colateral, y al cónyuge supérstite, de lo contrario resulta *inoficioso*. Este Código excluía la figura de la concubina, quien tiene derecho a heredar, siendo ésta reconocida hasta el código vigente.

⁹Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo IV Sucesiones. Ed. Porrúa. 6ª ed. 1985. págs. 349 y 350.

¹⁰Ibidem. pág. 116.

CONCLUSIONES

capítulo I

La sucesión testamentaria, es una consecuencia del sistema económico jurídico que reconoce y protege la propiedad privada conforme al cual el dominio que los particulares ejercen sobre los bienes que les pertenecen, se proyecta más allá de su existencia y se manifiesta en el poder reconocido al propietario de disponer de su patrimonio para después de su muerte, dictando las disposiciones testamentarias que estime convenientes.

La sucesión legítima se difiere, sólo a falta de disposiciones testamentarias. En este sentido puede que la sucesión legítima sea un régimen supletorio de la voluntad del de cujus o autor de la sucesión, y se funda en que la ley presume cual sería la voluntad del fallecido, transmitiendo sus bienes en favor de su cónyuge e hijos, del concubino o concubina y los hijos de ambos, de los parientes más próximos en la rama descendente o ascendente o en la línea colateral dentro de cuarto grado.

En la actualidad y tomando en cuenta que la sucesión legítima es un régimen supletorio de la sucesión testamentaria, es explicable que si el testador no dispone para después de su muerte de la totalidad de sus bienes, aquella porción de su patrimonio sobre la que nada se ha manifestado, debe regirse por las disposiciones aplicables a la sucesión legítima o intestada. En este sentido, en el derecho romano, si el testador no disponía de todos sus bienes, el testamento estaba viciado de nulidad. Entonces ocurría que la sucesión legítima prevalecía sobre la testamentaria; asimismo quien pretendía hacer testamento, requería de la autorización de los comicios.

Por medio de las disposiciones legales, la propiedad de los bienes que pertenecían al de cujus no se extingue, antes bien, continua en la persona de los herederos, en este sentido, la propiedad es perpetua, porque al morir el propietario, no desaparece el dominio de los bienes del autor de la herencia, sino que se transmite a sus sucesores (herederos y legatarios).

II. GENERALIDADES DEL TESTAMENTO

CONCEPTO DE TESTAMENTO

ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS

- El testamento es un acto jurídico autónomo
- El testamento es un acto personalísimo
- El testamento es un acto revocable
- El testamento es un acto libre
- El testamento es un acto de última voluntad
- El testamento es un acto solemne
- El testamento es un acto unilateral
- El testamento es un acto realizado por persona capaz

ELEMENTOS PERSONALES

El testador o autor de la sucesión

El heredero

 Capacidad para suceder

 Incapacidad por falta de personalidad

 Incapacidad por presunción de influjo contrario a libertad del testador

 Incapacidad por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento

 Incapacidad por falta de reciprocidad internacional

 Incapacidad por utilidad pública

 Incapacidad sobrevenida

 Incapacidad por delito (indignidades)

 Rehabilitación del indigno

 Efectos de las incapacidades e indignidades

El legatario

El albacea

El interventor

El notario

Los testigos

El juez

El Ministerio público

FORMALIDADES TESTAMENTARIAS

Elementos de existencia

La voluntad

El objeto

La solemnidad

Requisitos de validez

La capacidad

Ausencia de vicios de la voluntad

Error

Dolo y mala fe

Violencia

Licitud en el objeto y en el motivo o fin

La forma

TEORÍAS ACERCA DEL TESTAMENTO

Teoría objetiva

Teoría subjetiva

Teoría materialista

Teoría que niega la sucesión testamentaria

Conclusiones

II. GENERALIDADES DEL TESTAMENTO

CONCEPTO DE TESTAMENTO

Desde la época antigua ha habido en el transcurso de la historia diversos autores y estudiosos del derecho que han dado una definición de lo que es un testamento; ante la imposibilidad de poder aportar elementos nuevos a las definiciones ya establecidas, sólo haré una recopilación de algunas de ellas y posteriormente analizar las características del testamento.

Etimológicamente testamento proviene de dos palabras latinas "*testatio et mens*" que significa testimonio de la voluntad.

Para *Ulpiano* el testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para ser válida después de nuestra muerte.

Rodolfo Sohm lo define como un negocio jurídico unilateral de última voluntad, cuyo fin consiste en la institución de un heredero.¹¹ Es unilateral, ya que descansa exclusivamente en la voluntad del testador, sin que sea necesario ni signifique nada para el concepto de testamento, que el heredero instituido declare aceptarlo. Y es de última voluntad, puesto que el autor puede revocarlo mientras viva.

Schultz afirma que el testamento es el acto jurídico por el que una persona designa un heredero; pudiendo contener otras disposiciones además de la institución de heredero.¹²

Ruggiero dice que el testamento es un acto solemne, unilateral, espontáneo, revocable, por el cual una persona determina el destino de su patrimonio para después de su muerte y reglamenta sus relaciones jurídicas para el tiempo en que no viva.¹³

Valverde define al testamento como un negocio jurídico unilateral, personal y autónomo, en el que la voluntad expresada no produce efectos sino hasta después de la muerte del que lo hace.¹⁴

Rojina Villegas lo define como un acto unilateral, personalísimo revocable y libre, por el cual una persona capaz trasmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma.¹⁵

¹¹ Sohm, Rodolfo. *Instituciones de Derecho Romano*. Ed. Nacional.. México. 1975. pág. 328.

¹² Schultz, Fitz. *Derecho Romano Clásico*. Ed. Bosch. Barcelona, España. 1960. pág. 228.

¹³ De Pina Vara, Rafael. *Elementos de derecho Civil*. Tomo II. Ed. Porrúa. 9ª. ed. México. pág. 259.

¹⁴ Ibarrola, Antonio. *Ob. cit.* pág. 552.

¹⁵ Rojina Villegas, Rafael. *Ob. cit.* pág. 289.

Para *Bocannese* el testamento es: un acto jurídico *solemne* cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor, su voluntad para la época que seguirá a su fallecimiento, tanto del punto de vista pecuniario como extrapequinario; es esencialmente *revocable*: en él el testador a nada se obliga; no es necesario que englobe todos los bienes del difunto. Lo anterior es indiscutible, pero agregaríamos: que es un acto unilateral, en él no hay acuerdo de voluntades: el testador nombra a quien quiere y el heredero acepta o no.

El artículo 1295 del Código define al testamento como: un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara y cumple deberes después de su muerte.

El Código de 1870 define en su artículo 3374 al testamento como: el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos. El Código de 1884 en el artículo 3237 contiene una definición semejante a la anterior. Ambas definiciones son extraordinariamente estrechas pues no tomaron en cuenta que muchas veces el testamento hace revelaciones de paternidad, reconoce deudas, se expresan datos de toda especie que hacen del testamento un documento con valor importante e insustituible.

Concluyo diciendo que, el testamento es un acto especialmente revocable, un proyecto durante la vida toda del testador: es la expresión de su última voluntad, la que ha sido redactada ciertamente de antemano por temor de ser sorprendido por la muerte, pero que se reputa emitida en el momento mismo de perder la vida.

ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS

Son muy variadas las definiciones del testamento, cada una de ellas nos aporta elementos característicos generales que rigen y deben cumplirse en todo testamento, sea cual fuere el testamento que se otorgue; por ello es importante analizar cada uno de esos elementos.

El testamento es un acto jurídico autónomo

El acto jurídico es el que se genera por la manifestación de voluntad hecha con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho, sin la cual no se producirían consecuencias de derecho; dicho de otra manera, las consecuencias de derecho se producen precisamente por la manifestación de la voluntad, ésta es la causa de aquellas; mientras que en los hechos jurídicos las consecuencias se producen con independencia de la voluntad del autor.

El testamento es un acto jurídico, ya que se requiere de la manifestación de la voluntad del testador para que lleguen a producirse las consecuencias de derecho, lo cual nos hace pensar en la distinción entre acto jurídico y hecho jurídico basada en la intención de producir las consecuencias de derecho.¹⁶

El testamento es un acto jurídico que tiene su propia validez y su propia trascendencia, independientemente de las situaciones que contenga, de la validez de ellas, de su aceptación y de la capacidad de heredar del heredero o del legatario instituidos. El artículo 1378 expresa que 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; en cualquiera de estos tres casos y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1379 se cumplirán las demás disposiciones testamentarias que estuvieren hechas conforme a las leyes.

Por lo anterior, el testamento es indiscutiblemente un acto jurídico; que requiere la voluntad del testador para que se generen las consecuencias de derecho, y al manifestar su voluntad lo hace con el fin de producir los efectos jurídicos deseados, para que sean cumplidos para después de su muerte.

El testamento es un acto personalísimo

Se dice que el testamento es un acto personalísimo en un doble aspecto.

Por una parte significa que el testamento debe ser otorgado personalmente por el testador, sin que pueda admitirse ninguna clase de representación (art. 2548) o suplencia de la voluntad (art. 537/V).

Por otra parte, que el testamento sea un acto personalísimo indica que el mismo debe contener la voluntad de una sola persona, lo cual es lógico si pensamos que cada testamento es un acto jurídico y, por tanto, aunque dos o más personas otorgasen testamento en un mismo lugar estarían otorgando testamentos como personas fueran.

Del principio de que el testamento es un acto personalísimo se desprenden dos principios que establecen: uno, que no puede haber testamentos conjuntos, y el segundo de que no pueden ser recíprocos o en favor de un tercero, tal como lo establece el artículo 1296 del Código.

¹⁶ Un acto es un hecho jurídico; pero el razonamiento contrario no es cierto en todo caso, porque hay hechos que no constituyen actos jurídicos no obstante que haya habido manifestación de voluntad. El elemento que puede servirnos de criterio es la *intención*: el hecho jurídico será, un acto jurídico, si la manifestación de voluntad se ha realizado con la intención de quien se obliga.

Estas prohibiciones tienden más a proteger la libertad de testar que el carácter de personalísimo del testamento. El carácter de personalísimo del testamento estriba en que sólo el autor del mismo puede manifestar su voluntad al otorgarlo.

El testamento es un acto revocable

La voluntad del testador es mutable hasta el último soplo de vida, por tanto el testamento es esencialmente revocable. La revocación es la facultad que tiene el testador de evitar que produzca efectos el mismo, lo cual puede realizarse en cualquier momento antes de la muerte del testador, y sin tener que fundarse en alguna causa específica, siendo la única causa para revocarlo su voluntad.

La facultad de revocar el testamento es irrenunciable, la facción de un nuevo testamento perfecto, cualquiera que sea su forma, revoca a los anteriores, salvo disposición expresa en contrario, y digamos que la forma de revocar un testamento, es otorgando uno nuevo. Aunque la ley dice que el testador debe de manifestar de manera explícita si el anterior testamento subsiste en alguna de sus partes.

El testamento es la manifestación de la última voluntad de una persona, y la última voluntad es susceptible de modificaciones, en virtud de una serie de circunstancias, por lo tanto el autor del testamento es libre de modificarlo cuantas veces sea necesario.

El testamento es un acto libre

Para que el testamento sea eficaz requiere el otorgamiento libre por el testador. Esa libertad debe ser analizada desde dos vertientes, la primera consiste en la ausencia de fuerzas exteriores, físicas y morales, que presionen la voluntad del testador, por otra parte, se discute que la voluntad del testador debe ser una voluntad consciente, informada, que sepa las consecuencias y efectos del acto que esta realizando.

El testamento en el que no se manifieste autónomamente la voluntad será nulo, siendo también nulo el que se realice bajo violencia, dolo o error; así también nadie puede obligar a otra persona a producir su voluntad bajo ciertas condiciones ni tampoco evitar que una persona otorgue su testamento, entendiéndose que el testador no puede obligarse por contrato o por convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o bien a transmitir por testamento sólo parte de los 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 la imposibilidad jurídica, en virtud de que hay una norma en el derecho positivo, que impide que el acto de renuncia o de restricción a la facultad de testar se lleve a cabo.

El testamento es un acto de última voluntad

Esto significa que el testamento es un acto jurídico cuyos efectos se realizarán en un tiempo posterior al del otorgamiento y la producción de dichos efectos está condicionada por el momento de la muerte del autor, ya que el simple otorgamiento del testamento no produce ningún efecto jurídico, por tratarse de un acto mortis causa, mientras el testador no haya muerto no se crea ningún derecho en favor de los herederos o legatarios, esto es, que la muerte del testador servirá de punto de partida para que las disposiciones testamentarias empiecen a surtir sus efectos.

El testamento es un acto solemne

La importancia social o económica de ciertos actos impone la necesidad de que su exteriorización se realice con determinados ritos que son condición de su existencia.

Adviértase que la manera de realizar el acto es un elemento constitutivo del mismo; si esa forma ritual de celebración falta, el acto no llega a existir; es inexistente. Es así, una verdadera solemnidad que complementa al acto; es un elemento necesario para su creación.

Para Escriche la solemnidad es el conjunto de formalidades prescritas por la ley para que un acto o instrumento sea válido o auténtico, entendiéndose entonces que la voluntad debe revestirse de esas formalidades indispensables para la constitución válida del testamento.

Gutiérrez y González, en su libro el patrimonio, considera que el testamento no es un acto solemne sino sólo formal, entre otras razones porque el artículo 1491 dispone que el testamento que se otorgue en contravención a las formas prescritas por la ley será nulo. Si se tratará de formas solemnes " la ley tendría que decir que es inexistente" y porque el artículo 1303 dispone que puede exigirse el cumplimiento del testamento que se extravía si los interesados demuestran plenamente el hecho de la pérdida o de la ocultación y logran comprobar el contenido de las cláusulas testamentarias y que en su otorgamiento se llenaron todas las formalidades legales. "Si el testamento fuera solemne y no formal no se podría suplir"

GENERALIDADES DEL TESTAMENTO

En este sentido Valverde afirma que el testamento es un acto "solemne, y mejor, como dice Sánchez Roman eminentemente formal o de estricto derecho, en cuanto que es indispensable el cumplimiento de las formas, so pena de nulidad del acto".

Una ejecutoria de la sala auxiliar, séptima época, vol. 17, séptima parte, establece: Entre las causas de nulidad de los testamentos figura la que deriva de la falta de solemnidad en su otorgamiento, sea porque el notario no haya dado fe de la capacidad legal del testador, o bien porque sabiendo éste firmar, lo haya hecho otra persona a su nombre, pues la ley permite que una persona firme por otra cuando ésta no sabe firmar.

Al referirse a falta de solemnidades y a la omisión de formalidades, se concluye que la sanción a esto es, en el primer caso la inexistencia y en el segundo la nulidad.

El testamento es un acto unilateral

Es un acto jurídico unilateral, en virtud de que es la voluntad del testador la que se plasma en el testamento, nombrando a quién quiera y el heredero acepta o no; no existe un acuerdo de voluntades con nadie, el testador realizará sus disposiciones testamentarias según lo considere y con el fin de transmitir sus bienes, derechos y obligaciones a determinada persona o personas, dado que no se requiere de su autorización para llevarlo a cabo; el acto es existente desde el momento en que se realiza el testamento y se cumplan las formalidades que la ley exige.

El testamento es un acto realizado por persona capaz

La regla en materia civil, en relación con la capacidad de las personas consiste en que todas las personas son capaces de otorgar testamento, excepto las que expresamente la ley prohíbe el ejercicio de ese derecho.

- Los menores de dieciséis años; y
- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio, excepto que se trate de una persona en un intervalo de lucidez, caso en el cual podrá hacer testamento, debiendo observarse las reglas especiales para tal caso.

En relación con la capacidad del testador es importante determinar el momento en que debe ser capaz; debiendo atenderse únicamente el estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

GENERALIDADES DEL TESTAMENTO

El testamento como todo acto jurídico requiere ser realizado por una persona capaz, pero esta capacidad general no significa que cualquiera que la tenga puede hacer testamento mediante cualquiera de las formas establecidas por la ley. Así por ejemplo, los que no saben leer, no pueden otorgar testamento público cerrado; el demente en un momento de lucidez puede otorgar testamento pero sólo el testamento público abierto; el menor de edad no puede hacer testamento ológrafo. La incapacidad no puede ser suprimida por sentencia civil ni penal.

ELEMENTOS PERSONALES

Los elementos personales del testamento son todos aquellos individuos que intervienen en el momento del otorgamiento del testamento, así como las que lo hacen posteriormente, esto es, después de la muerte del testador.

Testador o autor de la sucesión

El testador o autor de la herencia, es aquella persona que poseyendo una previsión responsable y un deseo de transmitir, para después de su muerte, el patrimonio que tiene a una o varias personas determinadas, decide manifestar de forma explícita su última voluntad, asegurándose de esta manera que las personas que lo sucederán en su patrimonio serán precisamente las que el designe y en la forma y proporción que el decida. Aunque no es necesario que al hacer testamento se haga mención de disposiciones patrimoniales pues habrá ocasiones en que el testador desee, nombrar tutor, reconocer hijos, etc., sin que estos tengan una naturaleza patrimonial; pero será igualmente válido el testamento.

En la elaboración del testamento opera el principio de autonomía en su más grande expresión, la libertad para testar es tan amplia como la imaginación del hombre, sólo se ve limitada por la función negativa del orden jurídico, es decir, la facultad de hacer testamento no concede el derecho de insertar en él disposiciones que contravengan a las del orden público o a las buenas costumbres, así mismo, existen ciertas formas y lineamientos a seguir para su elaboración; ya que la eficiencia del mismo se va a producir, siempre y cuando se sigan estas formas predeterminadas.

El heredero

El heredero es el adquirente, a título universal de todos los bienes del *de cuius*, o de parte alicuota, que sean transmisible por causa de muerte.

Actualmente no existe ya la finalidad religiosa y moral, el heredero no es un continuador de la potestad y del culto del hogar, en Roma se tenía la concepción de que el heredero sustituía al testador, que éste era el continuar con la personalidad del difunto con sus ideales, odios, simpatías, y de su religión doméstica.¹⁷ Pero podemos observar que era más importante la continuación de la personalidad que el aspecto patrimonial, diferencia con el carácter de heredero que adquiere en épocas recientes en donde la institución de heredero se refiere a la de continuador del patrimonio del *de cuius*.

El heredero es un verdadero continuador del patrimonio del *de cuius* y representa todas sus relaciones activas y pasivas de carácter pecuniario, pero con el límite que establece el beneficio de inventario. Solo responde de las cargas de la herencia hasta donde lo permita el activo. Entendiéndose por cargas hereditarias las deudas u obligaciones personales del difunto.

La institución de heredero no es esencial para la validez del testamento, de tal manera que este puede existir aun cuando aquélla no exista, o bien, cuando el heredero instituido no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. Sustentándose esto porque, el testamento no es necesariamente un acto que tenga un objeto patrimonial a través de la institución de herederos o legatarios, sino que puede realizar fines jurídicos no patrimoniales tales como la declaración o cumplimiento de deberes para después de la muerte del testador, como: reconocimiento de hijos, designación de tutor, confesión de deudas, etc.

Rojina Villegas con gran énfasis menciona que, hay una ficción al decir que el heredero continúa la personalidad jurídica del difunto, y una inexactitud al decir que continúan todos sus derechos. También hay una ficción al declarar que el heredero es un representante del difunto. Ya que la personalidad jurídica termina con la muerte y, la representación jurídica supone necesariamente la existencia del representante y el representado y en la sucesión, por la muerte, el representado ha dejado de existir.

El nombramiento de heredero, así como la cantidad que le corresponda, debe ser hecha personalmente por el testador. Aunque la ley permite una excepción: que el testador encomiende a un tercero que determine a quienes concretamente beneficiará, con las cantidades que el propio testador haya especificado, siempre y cuando se trate de actos de beneficencia.

¹⁷ Floris Margadant, Guillermo. *Derecho Privado Romano*. Ed. Esfinge. 10ª ed. México. 1983. pág. 463.

La institución de heredero para su eficacia requiere ser hecha nominalmente, esto es, que se designe al heredero por su nombre y apellidos. En caso de que hubiere varias personas con el mismo nombre, deberá el testador señalar algún dato adicional para poder determinar a quien se refirió.

La ley acepta como válida la designación hecha en favor de algún heredero, aunque no sea designado nominalmente o si al designarlo se cometieran errores en el nombre o apellidos, si se sabe a ciencia cierta a quién se refirió el testador. Pero llegado el caso de que no se pudiera saber a ciencia cierta a quién se refirió el testador, la institución de heredero no surtirá efectos, ya que no vale la designación hecha en favor de personas inciertas.

Los herederos pueden ser designados sin sujetar su institución a modalidad alguna. En este caso, la institución se denomina pura y simple. Pueden ser instituidos sujetándolos a condiciones suspensivas o resolutorias, entendiéndose que se tendrá por no puesta la designación del día en que deba comenzar o cesar su institución. Está última regla no es aplicable al legado respecto del cual sí está permitido el señalamiento del día en que debe comenzar, si fuere seguro, sea que se sepa o no cuando ha de llegar el día en que debe concluir, del que es seguro ha de llegar.

Capacidad para suceder

La capacidad para suceder no es más que la aptitud para la vida jurídica en materia sucesoria, y esta aptitud se compone de tres elementos:

- **Existencia**, puesto que quien no existe no es persona, no puede ser sujeto de derechos y obligaciones; por ejemplo, el que muere antes del autor de la herencia no puede heredar porque no existe al momento de darse la apertura de la sucesión.
- **Capacidad**, no basta con existir para poder heredar, además se requiere no caer en las incapacidades que marca la ley; por ejemplo, el notario ante el que se otorgo un testamento, sí existe pero es incapaz de heredar por influjo contrario a la verdad e integridad del testamento.
- **Dignidad**, presupone que el sujeto que desea heredar existe y es capaz, pero que por razones de orden ético, al legislador le parece que ese sujeto no debe heredar, excepto que el propio autor de la herencia haya considerado lo contrario.

El heredero y el legatario para ser apto de heredar debe existir, ser capaz y ser digno, debiendo tener estas características al momento de la muerte del autor de la herencia.

La regla en materia sucesoria en cuanto a la capacidad para suceder, es que todas las personas son aptas para heredar, todas las personas son capaces excepto los que la ley diga, pero es necesario aclarar que la propia ley dice que ninguna persona puede ser privada del derecho de heredar de una manera absoluta, sino que únicamente puede ser privado de dicha capacidad en relación con determinadas personas, o en relación con ciertos bienes, por tanto, podemos afirmar que la capacidad es una regla y las incapacidades las excepciones.

Incapacidad por falta de personalidad

Son incapaces de heredar por falta de personalidad, las personas que al momento del fallecimiento del autor de la herencia no existen, bien sea porque todavía no existen o porque ya dejaron de existir. Es importante mencionar que la falta de personalidad jurídica más que ser una incapacidad, es una falta de requisito para heredar, ya que sólo pueden ser capaces los que existen, los que no existen no pueden ser privados de su aptitud de ser titulares de derechos y obligaciones, sencillamente porque no existen.

Son incapaces de heredar por falta de personalidad los que no estén concebidos al momento del fallecimiento del autor de la herencia, o cuando estando no nazcan vivos y viables.

Los concebidos son capaces de heredar desde el momento mismo de la muerte del autor de la herencia, pero dicha capacidad esta sujeta a la condición resolutoria legal de que nazcan vivos, o de que nazcan vivos pero no viables, caso en el cual se destruyen retroactivamente los efectos, razón por la cual se comprende que el presunto heredero nunca fue heredero.

Tampoco son aptos para heredar, por falta de personalidad, las personas que hubiesen fallecido con anterioridad al autor de la herencia. Como en el caso de conmorencia, si no se puede determinar quién de los dos murió primero, se les tendrá por muertos simultáneamente y, en consecuencia ninguno de los dos es apto para entrar en la sucesión del otro.

Respecto de las fundaciones se cuestiona si son aptas para suceder si se constituyen como consecuencia de las disposiciones testamentarias; en relación a esto el artículo 20 de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada dispone: cuando una persona afecte sus bienes por testamento, para crear una fundación de asistencia privada, no podrá hacer valer la falta de capacidad derivada de los artículos 1313 fracción I, 1314 del Código.

Al respecto Asprón Pelayo opina que la fundación que se genera como consecuencia del testamento del autor de la herencia no le hace falta personalidad jurídica alguna, puesto que ésta nace desde el momento mismo en que fallece el de cujus, es simultáneo al fallecimiento de uno con la creación del otro, esto es, la propiedad de los bienes hereditarios sí se transmite a la fundación al momento mismo del fallecimiento, que es el momento mismo en que nace la fundación.

Respecto a los extranjeros, la regla general consiste en que son aptos para suceder, pero en relación con los bienes que se encuentran ubicados en las zonas prohibidas (50 kilómetros de las playas y 100 en las fronteras) son incapaces en los términos del artículo 27 de la Constitución, en el cual claramente señala que por ningún motivo podrán adquirir el dominio directo de dichos bienes.

En relación con las asociaciones religiosas, antes llamadas Iglesias y negadas por el artículo 130 Constitucional, y que ahora ya tienen personalidad jurídica, por lo tanto, son aptas para heredar conforme a los artículos 6,17 y 18 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, en los que se dispone que dichas asociaciones tienen personalidad jurídica a partir de que hayan obtenido su registro constitutivo ante la Secretaría de Gobernación, la cual deberá emitir una declaratoria de procedencia respecto de los bienes inmuebles que vaya a adquirir la asociación, y por último dispone que el fedatario ante el cual se formalice la aportación deberá dar aviso al Registro Público de la Propiedad que corresponda, de que el inmueble de que se trata habrá de ser destinado para los fines de la asociación. Asimismo, los ministros de los cultos tiene una causa especial de incapacidad, por falta de personalidad, señalando el artículo 1325 del Código en su primera parte que, los ministros de los cultos no pueden ser herederos de los ministros del mismo culto ni de un particular, si, en ambos casos, no tienen parentesco dentro del cuarto grado.

Incapacidad por presunción de influjo contrario a la libertad del testador

Por presunción (*jure et de jure*, puesto que no admite prueba en contrario) de influjo contrario a la libertad del testador, la ley considera que no son aptas para heredar las siguientes personas y en los casos que se indican:

- El médico, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes y hermanos son incapaces de heredar por testamento si dicho médico asistió al testador en su última enfermedad y en ese entonces otorgo el testamento, a no ser, de que dichas personas sean simultáneamente los herederos legítimos.

GENERALIDADES DEL TESTAMENTO

- Los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos de los ministros de los cultos, así como la asociación religiosa a la que pertenezca, son incapaces de heredar, por testamento, de aquellas personas a quienes dichos ministros hayan prestado cualquier clase de auxilios espirituales durante la enfermedad de que hubieren fallecido o de quienes hayan sido directores espirituales. Recordemos que los ministros de culto son incapaces de heredar por falta de personalidad.
- Los tutores y curadores también son incapaces de heredar por testamento, por presunción de influjo contrario a la libertad del testador, excepto que hubiesen sido instituidos antes del nombramiento o después de que haya desaparecido la causa de incapacidad y les hayan sido aprobadas las cuentas de su gestión. Esta incapacidad no es aplicable a los ascendientes ni a los hermanos del incapaz, tampoco se extiende a los familiares del tutor y del curador.

Incapacidad por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento

Por esta causa son incapaces para heredar el notario y los testigos que han intervenido en su realización, así como el cónyuge, los ascendientes, los descendientes y hermanos de dichas personas.

El notario que autorice un testamento sabiendo que se está designando como heredero al médico, a los ministros de los cultos, al propio notario, a los testigos o a los familiares de cualesquiera de ellos, se le impone la sanción de privación del oficio.

Incapacidad por falta de reciprocidad internacional

Son incapaces de heredar, tanto en la sucesión testada, como en la intestada, los extranjeros que según las leyes de sus respectivos países prohíban dejar por ley o por testamento sus bienes a mexicanos.

Incapacidad por utilidad pública

Esta incapacidad opera exclusivamente en las sucesiones testamentarias, señalando la ley que la herencia o legado que se deje a un establecimiento público, bajo condición o imponiéndole algún gravamen, sólo serán válidos si el gobierno los aprueba.

Toda herencia o legado dejado al gobierno debe ser aceptado *ipso facto*, automáticamente, excepto que se le dejen bienes bajo condición o imponiéndoles algún gravamen, caso en el cual más que una incapacidad, nos encontramos frente a una reserva de aceptación de herencia, a partir de la cual el gobierno decidirá si procede a aceptar o repudiar la herencia. Aspron Pelayo opina que este caso debe colocarse en el capítulo relativo a la aceptación y repudiación de herencia.

Incapacidad sobrevenida

Son incapaces de heredar por sucesión testamentaria aquellas personas, que habiendo sido nombradas en el testamento tutores o albaceas, renuncien (sin causa, si fuera con causa sería excusa) al cargo o hayan sido separados judicialmente de su ejercicio por mala conducta. Para que un heredero pueda suceder, basta que sea capaz al tiempo de la muerte del autor de la herencia, razón por la cual esta incapacidad se llama sobrevenida, ya que la incapacidad se da por una causa posterior al fallecimiento del de cuius. Esta incapacidad es una condición resolutoria legal, si renuncia al cargo o es removido, entonces se cumple la condición, por lo cual el que parecía heredero nunca lo fue.

En cuanto al albacea la ley dispone que la renuncia sin causa es suficiente para que el presunto heredero-albacea sea incapaz, por incapacidad sobrevenida, y que aun siendo la renuncia con causa que la justifique, si lo que el autor de la herencia le dejó al heredero-albacea era con el exclusivo objeto de remunerarlo por el desempeño del cargo, el que renunció perderá lo que se hubiese dejado, también por incapacidad sobrevenida.

Incapacidades por causa de delito (indignidades)

Hay que recordar que para ser apto para heredar las personas deben existir, ser capaces y ser dignos, así se hace notar que las indignidades no son incapacidades, pero sí inhabilitan a alguien a heredar. La indignidad trae consigo una pena, el ser excluido de la sucesión de aquel al cual fue indigno, de aquel del cual la ley considera que se han cometido actos, siempre de carácter tal, que afecten la situación personal o moral del afectado.

Es importante mencionar que las incapacidades, así como la indignidades, son establecidas por la ley, no son generadas por la voluntad del hombre, pero, por otra parte, las incapacidades *nunca* podrán ser suprimidas por la voluntad del hombre, mientras que las indignidades *sí* pueden ser suprimidas por voluntad del autor de la herencia, el indigno puede ser rehabilitado para heredar mediante el perdón que haya otorgado el autor de la herencia.

El artículo 1316 del Código regula los siguientes casos de indignidades:

- *Padres e hijos.* El padre y la madre son indignos de heredar respecto del hijo expuesto (expósito = recién nacido abandonado por sus padres y queda al cuidado de una institución de beneficencia) y los padres que abandonaren (abandonar = dejar en situación indefensa para subsistir por sí mismos) a sus hijos, prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor.
- *Acusadores-de cujus.* Los descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos del de cujus son indignos para heredar de él, en caso de que lo hubieran acusado a él, a sus ascendientes, a sus descendientes, cónyuge o hermanos de delitos que merezcan pena de prisión, aun cuando dicha acusación hubiese sido fundada. Esta misma indignidad se aplica a cualquier otra persona que hubiere presentado acusación, si ésta es declarada calumniosa.

Esta causa de indignidad no es aplicable cuando al acusador le fuere preciso presentarla para salvar su vida o su honra, o la de sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos.

- *Cónyuge-cónyuge.* Esta indignidad no es aplicable, ni podría aplicarse a los concubinos. Es indigno de heredar en la sucesión del cónyuge, el que haya sido declarado adúltero; el coautor del adulterio también es indigno para heredar de la sucesión del cónyuge inocente. La fracción IV del artículo 1316 dispone que el coautor del adulterio tampoco podrá heredar en la sucesión del cónyuge culpable.
- *Parientes (alimentos) de cujus.* Los parientes son indignos de heredar, cuando teniendo obligación de darle alimentos al ahora autor de la herencia, no la hubieren cumplido. Los demás parientes del autor de la sucesión que no teniendo obligación de darle alimentos, y hallándose el de cujus imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se encarguen de él, ni de hacerlo recoger en algún establecimiento.
- *Cometer delito contra el de cujus.* Es indigno de heredar el que haya cometido delito contra el de cujus, sus hijos, cónyuge, hermanos y descendientes, por el cual haya sido condenado, o merezca pena de prisión. Si el autor de los hechos ilícitos falleciere durante el procedimiento o prescribiere la acción penal, no sería indigno y, por tanto, sería apto para heredar.
- *Infante.* Es indigno de heredar el que conforme al Código Penal fuere declarado culpable de supresión, sustitución o suposición de infante, siendo en este caso indigno tanto en la herencia que debería corresponderle a dicho infante, como de las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con esos actos.
- *Matar o intentarlo.* El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte al autor de la herencia o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de él.

GENERALIDADES DEL TESTAMENTO

- *Libertad de testar*. Son indignos, por atacar la libertad para hacerlo, los que por medio de la violencia, el dolo o el fraude, provoquen que el autor de la herencia haga, deje de hacer o provoquen su testamento.
- *Tutor que se rehusa*. No puede heredar el que se rehusa sin causa a desempeñar la tutela legítima, respecto del incapaz del que no fue tutor.
- *Reconocimiento convenenciero*. No puede heredar ni el que haga el reconocimiento, ni sus descendientes, si el reconocimiento fue motivado por la buena fortuna del reconocido.

Rehabilitación del indigno

Anteriormente comentamos que, el autor de la herencia puede rehabilitar a un indigno mediante el perdón, el cual siempre debe constar de manera fehaciente.

Tratándose de la sucesión testada, el perdón operará sólo si después de conocido el agravio el autor de la herencia instituye como heredero al ofensor mediante un testamento, o mediante uno nuevo en caso de ya existir uno previo.

El perdón o rehabilitación del indigno, una vez otorgado, es irrevocable, pero esto no quiere decir que el perdonado forzosamente tenga que ser heredero, pues esto dependerá de la voluntad del testador, en la sucesión testada.

Efectos de las incapacidades e indignidades

- Las incapacidades no operan de pleno derecho, es decir, no producen efectos por sí mismas, no privan al incapaz de lo que hubiere de percibir, sino que producen su efecto hasta que son declaradas en juicio, a petición de algún interesado, no pudiendo promoverla de oficio el juez.
- Prescripción o caducidad de la acción. La acción que se origina por una incapacidad establecida en vista del interés público es imprescriptible (por ejemplo la incapacidad de los extranjeros para heredar bienes inmuebles ubicados en zona prohibida), mientras que la acción generada por una incapacidad que no está establecida en vista del interés público prescribe o caduca en tres años, contados a partir de la fecha en que el incapaz esté en posesión de los bienes. La posesión de los bienes hereditarios se transmite la posesión originaria al heredero al momento mismo de la muerte del de cujus.

- La incapacidad, una vez que ha sido declarada, tiene efectos retroactivos, pero se establece la debida reserva en favor de terceros de buena fe, por razones de seguridad jurídica en el tráfico de los bienes, pero quedando el heredero declarado incapaz obligado a resarcir al verdadero heredero de los daños y perjuicios que le resultasen.
- El heredero declarado incapaz, además de perder el derecho a heredar, no transmite ningún derecho a sus herederos, puesto que no adquirió nada.
- Los indignos, además de perder el derecho a heredar, pierden el derecho a recibir alimentos sucesorios, excepto, inexplicablemente, en los casos de las fracciones X y XI del artículo 1316.
- Los deudores hereditarios, que sean demandados requiriéndoseles el cumplimiento de su obligación, y no siendo al mismo tiempo herederos, no podrán negarse al cumplimiento, oponiendo como excepción de la incapacidad de los herederos designados, esto en razón de que el pago se realiza al albacea, quien posteriormente deberá rendirles cuentas a los que efectivamente sean herederos.

El legatario

El legatario es la persona a la cual el testador trasmite a título particular el derecho a una prestación de dar o de hacer, sin más modalidades que las expresamente impuestas por el propio testador.

El legatario no continua las relaciones patrimoniales del autor de la herencia, para el legatario existe simplemente una transmisión a título particular sobre un bien determinado. Esto origina que el legatario no responda de las relaciones patrimoniales activas o pasivas, quedando obligado sólo a pagar la deuda o carga con que expresamente el autor de la herencia grave el legado. Cuando los bienes dejados al heredero son insuficientes para cubrir las deudas de la herencia entonces los legatarios responden, y esa responsabilidad se llama subsidiaria. Si los bienes que corresponden al heredero son suficientes para cubrir las deudas, entonces el legatario recibirá íntegro su legado, pero si esos bienes son insuficientes los legatarios responderán subsidiariamente; primero se aplican los bienes dejados al heredero y la parte que falte para cubrir el pasivo habrá de distribuirse proporcionalmente entre los legatarios.

Finalmente es necesario establecer que los legados sólo los hay testamentarios.

El albacea

El albacea es el administrador de un patrimonio en liquidación, además, es un auxiliar en la administración de justicia, ya que debe velar el exacto cumplimiento de la ley antes que fungir como el ejecutor de las disposiciones del testador.¹⁸ El albacea puede ser designado por el testador, por los herederos, por los legatarios, e incluso por el juez.

La figura del albacea es un elemento esencial y obligatorio en cualquier tipo de sucesión que se de conforme a nuestro derecho. Las funciones del albacea son complejas, pero esencialmente son de administración y protección del caudal hereditario en beneficio de los herederos, legatarios y acreedores del autor de la herencia; así como la de proceder a la liquidación de la herencia.

Son capaces de ser albaceas los que tengan la libre disposición de sus bienes, por lo cual sólo son capaces de serlo los mayores de edad que no estén incapacitados. Pueden ser albaceas tanto las personas físicas como las personas morales, teniendo las últimas como requisito que en su objeto social se contemple el poder ser administrador de bienes ajenos.

Existen varias clases de albaceas; *universal* cuando es el ejecutor de la voluntad expresa del de cujus; el albacea *especial* es nombrado por el testador para la ejecución de uno o varios actos específicos, por lo cual solamente puede presentarse en las sucesiones testadas.

El albaceazgo puede ser desempeñado por una o varias personas, caso en el cual los albaceas pueden ser *mancomunados* cuando el testador nombra a varios albaceas para que actúen en forma conjunta de común acuerdo. Los albaceas son *sucesivos* cuando el albaceazgo deba ser ejercido por cada uno de ellos en el orden en que se hubiesen designado.

El albacea definitivo es nombrado por el testador, los herederos, o por el juez (de entre los propuestos por los herederos, en caso de que al realizar aquéllos su votación no hubiere mayoría); su misión es finiquitar la liquidación de la sucesión. Y, el albacea provisional es nombrado por el juez en el caso de que no haya herederos ni legatarios, o es el nombrado por los legatarios sin que entre ellos se distribuya toda la herencia; su misión es cubrir interinamente la falta de albacea definitivo, terminando su cargo con el nombramiento de éste último.

El cargo de albacea es de libre aceptación, el designado decidirá si acepta o no dicho cargo; también es indelegable, pero puede apoyarse en apoderados que lo representen a él como albacea y en empleados que considere convenientes.

¹⁸ Asprón Pelayo, Juan M. *Sucesiones*. Ed. Mc graw-hill. México. 1996. pág. 118.

El plazo que la ley concede al albacea para concluir su encargo es de un año, contado a partir de su aceptación o de que pueda ejecutar el testamento; aunque puede ser prorrogado solamente una vez, prorroga que durara cuando mas un año, pero si los herederos no la hacen valer aquél seguirá en funciones hasta que éstos así lo determinen. Por su parte el albacea provisional también es de duración temporal, es indeterminada, durará en su cargo hasta en tanto se haga la designación del albacea definitivo.

El cargo de albacea es por naturaleza oneroso. El albacea tiene derecho a recibir una retribución, pudiendo elegir entre la que la ley señale o la que el testador le establezca. Si son varios los albaceas se repartirán la retribución en proporción a un doble criterio: el tiempo que cada uno haya administrado y el trabajo que hubieren desempeñado.

El interventor

Es necesario distinguir que existen dos tipos de interventores:

Interventor definitivo

Éste puede ser voluntario (nombrado por los herederos) o judicial (nombrado por el juez). El interventor definitivo puede ser nombrado por él o los herederos que no hayan estado conforme con el nombramiento del albacea hecho por la mayoría de los herederos; pero si el albacea fue designado por el testador o por acuerdo unánime de los herederos, no procederá que se nombre un interventor definitivo. Si hubiere varios herederos inconformes con el nombramiento de albacea, y desean nombrar a un interventor definitivo, deberán hacerlo por mayoría de votos (interventor definitivo voluntario), y si no hubiere acuerdo lo designará el juez de entre los propuestos (interventor definitivo judicial).

Su función consiste exclusivamente en vigilar el correcto cumplimiento del cargo del albacea; éste no será en ningún modo administrador de los bienes del caudal hereditario, ni siquiera puede llegar a ser poseedor de ellos, ni aún de manera provisional.

Es necesario que se nombre interventor definitivo cuando: el heredero esté ausente o no sea conocido; cuando la cuantía de los legados iguale o exceda la porción de heredero-albacea; y cuando se dejen legados para la beneficencia pública.

La duración del interventor definitivo es permanente e indefinida, durará en su cargo hasta que la minoría que lo nombro se lo revoque, o hasta que se nombre un nuevo albacea, ya que en éste caso desaparecerá la causa de su existencia.

El pago al interventor definitivo será a cargo de los herederos que propiciaron su nombramiento, a cargo de todos los inconformes que hayan decidido sobre su necesidad.

Interventor provisional

Es el nombrado para evitar la dilapidación o pérdida de los bienes que conforman el caudal hereditario, éste será nombrado por el juez cuando pasados diez días de la muerte del testador no se presente el testamento, o si en él no se nombró el albacea, ni tampoco se denunció el intestado.

La función del interventor provisional es la de ser un depositario, incluyéndose la conservación tanto material como jurídica de los bienes. El interventor deberá rendir cuentas de su gestión y sólo podrá exigir judicialmente el pago de los gastos efectuados en mejoras, manutención o reparación, cuando hayan sido hechos previa autorización.

El interventor provisional tiene derecho a cobrar un porcentaje respecto del monto del caudal hereditario. Tendrá el 2% del importe de los bienes, si no exceden de veinte mil pesos si excede de esta suma, pero no de cien mil, tendrá el 1% sobre el exceso, y si excede de cien mil pesos, tendrá además el medio por ciento sobre la cantidad excedente.

La duración del interventor provisional es transitoria e indefinida, puesto que terminará su función en el momento en que se nombre al albacea.

El notario

La Ley del Notariado define esta figura en los siguientes términos: notario es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos. El notario fungirá como asesor de los comparecientes y expedirá los testimonios, copias, certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.

Solamente una persona con un amplio conocimiento del derecho posee las cualidades necesarias para desempeñar las funciones relativas a un notario, ya que para poder ilustrar a los particulares en materia jurídica, explicarles el valor y las consecuencias legales de los actos que vayan a otorgar, necesariamente deben tener un profundo criterio jurídico y ser un profesional del derecho.

Es por eso que la ley ordena "que el notario debe ser un profesional del derecho, y su función consiste en: escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento notarial".¹⁹

La figura del notario es de gran importancia en cuanto a testamentos se refiere, ya que es él quién redacta la voluntad del testador cuando se trata de testamento público abierto, público simplificado, y en un testamento público cerrado dará fe del otorgamiento del mismo. Así también el trámite sucesorio ante notario está autorizado en tres casos, el primero autoriza que se realice toda la tramitación ante él, el segundo permite que el notario continúe después que el juez y, por último, el trámite del testamento público simplificado.

Es posible concluir que el notario es un delegado del estado en la función fedante, la cual originalmente le pertenece. Ésta se le encomienda por un acto de autoridad considerándole un particular que no forma parte de su aparato burocrático, pero que se le vigila e impone deberes.

Los testigos

La palabra testigo tiene en derecho 2 acepciones íntimamente relacionadas, una, que refiere a las personas que necesitan concurrir a la celebración de determinados actos jurídicos, y la otra, que alude a las personas que declaran en juicio. En la primera de estas acepciones los testigos constituyen una solemnidad; en la segunda, un medio de prueba.

Los testigos del testamento no son simples figuras decorativas, son integrantes de solemnidad ya que la exigencia de estos, es con el fin de crear garantía de la autenticidad y verdad del acto, aduciendo personas que puedan dar testimonio del proceso de otorgamiento y el contenido de lo declarado durante él. Es por ello que la ley ordena la intervención de testigos que presencien el otorgamiento del testamento, la omisión ira en contravención de lo dispuesto respecto de la formalidad del testamento y tendría como consecuencia la nulidad del mismo.

La regla consiste en que todas las personas pueden ser testigos, excepto a quienes la ley se los prohíba. No pueden ser testigos:

- Los amanuenses del notario que autorice el testamento.
- Los menores de dieciséis años.
- Los que no estén en su sano juicio.
- Los ciegos, sordos y los mudos.

¹⁹ Pérez del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Ed. Porrúa. México. 1983. pág. 153.

GENERALIDADES DEL TESTAMENTO

- Los que no entiendan el idioma del testador.
- Los que hayan sido condenados por delito de falsedad.
- Los herederos ni los legatarios, ni sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos.

Asprón Pelayo considera que en este caso la ley se equivocó, ya que la concurrencia de alguna de las personas mencionadas no afecta la validez del testamento, sino que incapacita al beneficiario para recibir lo que se le hubiere dejado, es una incapacidad por influjo contrario a la verdad e integridad del testamento.

El número de testigos instrumentales que requiere cada tipo de testamento:

- Público abierto: regla, ninguno; excepción, dos.
- Público cerrado: regla, tres; excepción, sordomudo, cinco.
- Ológrafo: ninguno.
- Público simplificado: ninguno.
- Privado: regla, cinco; excepción, urgencia, tres.
- Militar: dos.
- Marítimo: dos.

Los testigos son requeridos por la ley, al parecer para que se cercioran de la identidad del testador y testifiquen acerca de su cabal juicio y de que se encuentran libre de cualquier coacción. Pero si ésta fuera realmente su misión, la ley debería haberlos pedido en todos los testamentos.

El juez

Es quién se encarga de iniciar el procedimiento de una sucesión, para ello se requiere que sea denunciada por alguien que tenga interés jurídico, y ante un juez de lo familiar. Una vez denunciada la sucesión el juez la tendrá por radicada, esto significa que es procedente el procedimiento sucesorio y que es competente para su conocimiento. A lo largo del procedimiento sucesorio el juez realizará todos los actos necesarios propios de su función para lograr el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, y que en ningún caso se incumpla la ley.

El Ministerio Público

Representa a los herederos cuyo paradero se ignore, y a los que habiendo sido citados no se presentan y mientras se presentan. En todo caso, y sin representar a los incapaces, tiene la obligación de velar por las personas y sus intereses.

FORMALIDADES TESTAMENTARIAS

El testamento es un acto jurídico solemne, ya que la voluntad del testador debe ser otorgada con las formalidades ordenadas por el Código Civil. Esta rigidez en el cumplimiento de los requisitos de forma para el otorgamiento de los testamentos, es con el objeto de dotar de indúbita constancia y certidumbre a la declaración de la voluntad, para que, lo que se presenta como testamento sea efectivamente la voluntad del testador.²⁰

Elementos de existencia

Los elementos esenciales, llamados también de existencia son indispensables para la formación del testamento, ya que basta con que falte uno de ellos para que el testamento sea jurídicamente inexistente.

Los elementos esenciales son: la *voluntad*; un *objeto posible* hacia el cual se dirige esa voluntad; y, una *manera solemne* para exteriorizar la voluntad.

La voluntad

Si no hay manifestación de la voluntad, no hay testamento. Esto puede entenderse en dos sentidos: falta absoluta de disposición testamentaria en cuanto que una persona manifieste haber hecho testamento, y no se contenga en él ninguna disposición de las que la ley reconoce para este acto jurídico, de tal manera que sólo tenga de testamento el nombre o bien, puede no existir la voluntad desde el punto de vista jurídico por tratarse de un enajenado mental privado totalmente de voluntad, de un sujeto en estado de ebriedad o bien, de un niño.

²⁰ Sánchez Cordero, Jorge A. Introducción al Derecho Mexicano. UNAM. 1981. pág. 55.

Cualquier acto jurídico en el que no esté presente la decisión voluntaria de celebrarlo, no se podrá formar, nunca podrá existir; es por esto, que el autor de la sucesión debe manifestar su voluntad en forma clara y expresa, es decir, no se acepta una manifestación de voluntad tácita que se pretenda deducir de hechos ni aquella que se infiera de ciertos actos o bien de señas o respuestas a preguntas que se hagan al testador cuando se encuentre imposibilitado para declarar claramente su voluntad.

El objeto

Son todas las disposiciones que el testador puede ordenar, tanto en relación con sus derechos como con sus deberes: es el objeto del testamento.

El objeto como elemento esencial consiste en la producción de consecuencias dentro del campo del derecho, consecuencias que no son otras que la creación, la transmisión, la modificación o la extinción de derechos y obligaciones, siendo este el *objeto directo o inmediato*; asimismo todo negocio persigue, tiene como *objeto indirecto o mediato* producir uno o más de estos efectos o consecuencias; y ese objeto puede consistir en *dar* algo (prestaciones de cosa), *hacer* algo (prestaciones de hecho) o *no hacerlo* (abstenciones).

Para el testamento el objeto puede consistir en la institución de herederos y legatarios o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos. Es evidente que el testamento tiene un objeto variado, diverso; pero no es necesario que se reúnan estos distintos aspectos del objeto en el testamento para que haya testamento pues como ya es sabido no es menester que se incluya la figura del heredero o legatario para que el testamento exista, ya que el testador puede ejecutar otros actos jurídicos, como reconocimiento de hijos, designación de tutor o bien, puede existir el testamento para el reconocimiento de ciertos deberes a efecto de que se ejecuten después de su muerte.

El objeto del testamento es de naturaleza compleja, aunque normalmente se supone que todo testamento tiene disposición de bienes y, por consiguiente institución y herederos, regulando la ley ambas figuras como objeto principal.

El *objeto debe ser posible*, si es imposible, el acto jurídico es inexistente; la *imposibilidad puede ser física o jurídica*, de manera que el objeto debe ser posible tanto desde el punto de vista físico como jurídico.

El objeto es imposible

- *Físicamente* (no existe ni puede llegar a existir por impedir su existencia una ley natural que constituye un obstáculo insuperable para su realización.)
- *Jurídicamente* (no es realizable, por oponerse a ello una norma jurídica que debe regirla necesariamente.)

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

Además, debe haber una posibilidad jurídica: no basta que los bienes existan en la naturaleza. Es necesario que los bienes objeto de la transmisión estén en el comercio, ya que cuando están fuera del comercio o no son susceptibles de determinación, hay una imposibilidad jurídica para que sean materia del acto jurídico y éste será inexistente.

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

Aquellos bienes que están fuera del comercio se encuentran, fuera del patrimonio del testador; pero esto no implica una imposibilidad para la transmisión testamentaria, ya que el testador puede imponer al heredero o al albacea, la obligación de adquirir bienes ajenos para dejarlos en legado, de tal manera que pueden transmitirse bienes que no pertenecen al testador; pero no pueden transmitirse por legado bienes que estén fuera del comercio.

Así también, los bienes que no estén determinados, ni sean susceptibles de determinación, no pueden ser tampoco objeto de una disposición testamentaria. Este problema sólo se presenta tratándose de legados, pues por lo que toca a los herederos, como se les transmite un patrimonio o parte alícuota del mismo, no hay una determinación individual de la cosa; pero por lo que se refiere a los legados, es necesario hacer una determinación, si no individual, por lo menos genérica. Si el testador no fija ningún criterio para llegar a la determinación individual o específica, mediante el género, cantidad y calidad, no podrá cumplirse el legado por una imposibilidad jurídica.

Puede haber imposibilidad jurídica cuando los derechos y obligaciones que pretendan transmitirse por herencia, se extingan con la muerte. Como lo indica la ley, que sólo pueden transmitirse por herencia aquellos bienes, derechos y obligaciones que no sean vitalicios.

La solemnidad

No todos los actos jurídicos requieren de la solemnidad para su existencia, pero este no es el caso del testamento, ya que el legislador ha querido que el acto se revista de mayor importancia, para hacer más difícil la supresión o suposición del mismo. Sin este elemento se tiene como consecuencia que el acto sea inexistente cuando se exteriorice no cumpliendo con las solemnidad ordenada por la ley.

Tomando en cuenta lo que anteriormente se ha dicho respecto de si es solemne o formal el testamento, se dice que conforme a la ley es un acto formal, por las causas antes descritas. Pero atendiendo a la practica, el testamento que no se otorgue ante notario cuando así se establezca, provocará que no haya solemnidad, por lo tanto provoca la inexistencia del mismo. El acto jurídico no se forma, no nace, y consecuentemente no produce los efectos esperados.

Requisitos de validez

Que no siendo, como los esenciales, necesarios para la existencia del acto jurídico, cualquiera de ellos que falte origina la nulidad, más no la inexistencia del acto. Es decir, la falta del elemento no impide que el acto exista, pero eso si, que exista herido de nulidad, herido de invalidez.

El acto jurídico, una vez constituido con todos sus elementos de existencia, deberá reunir, además, los requisitos de validez necesarios para ser perfectos y producir efectos jurídicos plenos. Tales requisitos son los siguientes.

La capacidad

Para que el acto jurídico se perfeccione y valga es necesario que el autor de la sucesión sea capaz. La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos.

GENERALIDADES DEL TESTAMENTO

En principio, todo sujeto tiene capacidad y sólo determinados grupos de personas, a título excepcional son incapaces. Hay dos clases de *capacidad*: a) la *de goce* (aptitud para ser titular de derechos y obligaciones) y b) la *de ejercicio* (aptitud para ejercitar o hacer valer por sí sus derechos).

La llamada *capacidad de goce* es una verdadera vocación para tener derechos, para ser titular de ellos. Es un atributo de la personalidad y la poseen todos los hombres, sin excepción, en los países civilizados. Asimismo, hay incapacidad de goce cuando un derecho, concedido a la generalidad de las personas, le es negado a cierta categoría de ellas o a determinada persona.

Se exige que el acto jurídico sea realizado por una persona con capacidad de ejercicio, con el propósito de proteger a ciertos grupos de personas que, por varias causas (locura, adicción a las drogas o a las bebidas embriagantes), podrían ser víctimas de abusos: se les veda realizar cualquier acto jurídico para salvaguardar sus propios intereses. En principio, cualquiera puede hacer valer por sí mismo sus derechos, salvo los incapaces de ejercicio que la ley señala:

- Los menores de edad, y;
- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, por lo cual no puedan gobernarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

No es que los incapaces no tengan voluntad, pero, la capacidad que ellos tienen es notoriamente insuficiente para servir de soporte a un acto jurídico, de ahí que los actos efectuados por ellos sean ineficaces para el Derecho. Se trata de una tutela que el ordenamiento jurídico concede a sujetos carentes de entendimiento, reflexión o poder de comunicación, y les proporciona el arma de la nulidad para combatir el acto lesivo a sus intereses privados.

Antonio de Ibarrola²¹ nos dice que en la capacidad para testar debe existir una voluntad inteligente y libre, dueña de sí.

Ausencia de vicios de la voluntad

La voluntad del autor de la sucesión debe estar exenta de defectos o vicios. La voluntad es elemento esencial del testamento, por lo que esta debe ser expresada en forma libre y clara: debe ser resultado de una determinación real y decidida.

²¹ Ibarrola, Antonio. Ob. cit. pág. 350.

Error

Existe error cuando la decisión proviene de una creencia equivocada, no conforme con la verdad, de tal manera que de haberse conocido no se hubiese celebrado el acto jurídico. El error puede afectar en el testamento, tanto a la persona, como el objeto de la sucesión.

El error-nulidad existe en el testamento, cuando versa sobre la causa exclusiva y única que determina la voluntad. Si no nos encontramos en ese caso, entonces el error no vicia la voluntad. El *error-nulidad* puede ser *de hecho o de derecho*.

- Error de hecho = La equivocación se refiere a circunstancias fácticas, de hecho.
- Error de derecho = La equivocación versa sobre la existencia, alcance o interpretación de las normas jurídicas.

El error debe aparecer del texto y debe ser el único que determine la voluntad del testador, por ejemplo: instituyo a mi sobrino X como mi único y universal heredero, porque mi hijo ha muerto, y después averigua que no ha muerto (error de hecho). Pero si el testador no declara la causa entonces el testamento no será nulo, aunque se funde en diversas pruebas el error.

Un testamento puede anularse si en el dice: "Instituyo como mi heredero único a mi sobrino X porque la ley mexicana prohíbe heredar a los hijos." Es un error de derecho que motiva la nulidad del acto. Anteriormente la ley no reconocía el error de derecho en los actos jurídicos pues consideraba que la observancia de la ley supone un conocimiento de la misma para todos, de tal manera que la ignorancia de la misma a nadie aprovecha.

El error que vicia el testamento es sólo el que reúne los dos requisitos siguientes:

- 1.- Que recaiga el error sobre el motivo determinante de la voluntad del testador.
- 2.- Que ese motivo haya trascendido exteriormente; esto es, que haya sido objetivada y comprobable.

El *motivo determinante*, todo acto de voluntad ha sido decidido por la consideración de un cúmulo de motivos o razones que explican su elección. Son determinantes aquellos motivos sin los cuales el acto no se habría concertado. Este es el motor principal, la causa decisiva.

El error que recaiga sobre aquello que fue el motivo que determino a testar, sobre el móvil decisivo, es el que anula el testamento.

La *exteriorización del motivo determinante*. Es indispensable, además, que se exteriorice el motivo, que exista una firme evidencia objetiva indicando cual fue ese móvil principal para obrar.

Dolo y Mala fe

Se entiende por dolo cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él a la persona. El dolo implica palabras o maquinaciones insidiosas para inducir a una persona para que otorgue un testamento en diferente sentido, distinto del que hubiera otorgado de no haberse producido la interferencia. El dolo es causa de nulidad porque induce a error.

En el testamento, siendo único el autor, el dolo no puede provenir más que de un tercero. Los artificios que puedan emplearse, para sorprender las disposiciones son infinitas; siempre que el juez se cerciore previamente de las intrigas que han inducido al testador a disponer de diversa manera de como lo habría hecho de no ser sorprendido y engañado, entonces debe anularse la disposición.

La sugestión y la captación no son medios propios y particulares para anular las disposiciones testamentarias, sino una forma y una consecuencia del dolo que debe servirles de fundamento. Entendiendo por captación los medios, más o menos indecorosos con los que se atrae el cariño o la benevolencia de alguien con el fin de inducirlo a realizar determinadas liberalidades.

El dolo puede consistir en inspirar odio en contra de los herederos, hacer nacer un provecho en favor del culpable basado en causas ficticias, así también cuando hay calumnias contra la familia, injerencia incesante y malévola en asuntos del testador, alojamiento provocado de viejos amigos, etc.

La mala fe es la disimulación del error una vez conocido para evitar que el testador descubra dicho error. El dolo y la mala fe, que en el fondo son la misma cosa, salvo que el dolo supone una conducta activa y la mala fe una omisión. Por lo que, Francesco Santoro Pasarelli; llama "dolo comisivo" al dolo propiamente dicho y "dolo omisivo" a la mala fe.

Violencia

La fuerza física o amenazas sobre una persona, para debilitar su ánimo y arrancarle una declaración de voluntad que no desea, es la violencia, que puede ser física o moral. Ambas producen el temor, elemento psicológico que realmente vicia la voluntad al suprimir la libertad de decisión, la cual debe prescindir en todo acto volitivo. Aunque no es la violencia en sí lo dañino para la voluntad, sino el efecto de aquélla: el temor.

La violencia es el acto ilícito donde la voluntad es presionada, expresada sin libertad. Ésta puede ejercerse directamente sobre el testador o indirectamente, cuando se ejerce sobre un cónyuge, parientes, etc. Para que la voluntad este viciada con violencia ésta debe ser determinante, es decir, que haya sido la causa que indujo a otorgar el testamento, e injusta.

Licitud en el objeto y en el motivo o fin

El Código dispone que "es ilícito el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".²²

El derecho concede a los particulares la facultad de crear actos jurídicos y regular con ellos su propia conducta, así como el poder de modificar su esfera jurídico-económica gozando de cierta libertad de acción por ejercicio de su voluntad autónoma. Esta autonomía tiene por límite la Ley, el orden jurídico, pues el objeto de los actos jurídicos, el fin que induce a su celebración y las condiciones que en ellos se impongan, no deben contradecir o contrariar a las normas contenidas en la ley.

Cuando un sujeto crea cualquier acto jurídico que se oponga a lo prescrito por la norma general obligatoria, dicho acto no surtirá efecto alguno porque nunca podrá prevalecer sobre el mandato de la ley. En el choque producido entre el acto jurídico y la ley de interés público, siempre saldrá triunfante ésta, pues la oposición se resuelve en el sentido de negar efectos al acto jurídico, al cual entonces se califica de ilícito.

Todo acto de voluntad se dirige hacia el logro de fines determinados cuya consideración induce a realizarlo. Estos fines pueden ser nobles y útiles o nocivos, su naturaleza y cualidad son decisivas en la valoración del acto. No basta que el objeto sea lícito, sino también es esencial garantizar la legalidad de los fines esperados por el testador.

La realidad es que el acto de voluntad no obedece sólo a un motivo determinado. Proviene, más bien, en una conjunción de móviles de diversa jerarquía, todos los cuales explican la decisión de obrar. Sin embargo, entre toda esa variedad de motivos existe alguno como principal móvil propulsor, la razón fundamental impulsora de la celebración del acto, y ese constituye precisamente el motivo o fin. Así tenemos que, *el motivo o fin es la razón decisiva determinante de la celebración del acto, la cual es diferente en cada caso.*

²² Entendiendo por buenas costumbres, la moralidad prevaleciente en una comunidad, en un tiempo y un espacio determinado, aquello que los habitantes juzguen moral.

La forma

La forma es la manera como se externa dicha voluntad; es el conjunto de elementos sensibles que envuelven la expresión de la voluntad.

El testamento es un acto jurídico formal en virtud de que para su validez se requiere que la voluntad del testador conste por escrito, y excepcionalmente puede manifestarse en forma verbal. Para los testamentos, el conjunto de formalidades o molde formal son necesarios para su existencia.

La forma legal del testamento es la escrita, ya que es un papel en donde se imprime la voluntad del testador. La forma tiende a preservar un medio de prueba de la realidad del acto.

En todo testamento la manifestación de voluntad debe ser expresa, y nunca tácita. Así, el testamento en que no se ha observado la forma es jurídicamente inexistente, así lo afirma Rojina Villegas: no es válido el testamento si el testador manifiesta su voluntad contestando por medio de monosílabos a preguntas que se hagan o bien respondiendo por señas. No se trata entonces de que la falta de forma produzca la nulidad, sino la inexistencia del acto, porque la voluntad no se ha manifestado de la forma jurídica requerida para el testamento.

Existen actos jurídicos en donde se acepta la manifestación de voluntad tácita que se desprende de hechos que necesariamente hacen presumirla. Por ejemplo, aquellos contratos que se ejecutan sin hablar, como las ventas pequeñas en las que se toma la cosa y se paga. Pero, para el testamento existe disposición especial que requiere para su validez que el autor de la herencia exprese su voluntad. Esta voluntad debe expresarla en forma escrita, y excepcionalmente en casos y circunstancias muy especiales será en forma verbal.

Así entonces, el testamento que carezca de alguna de las formalidades que establece la ley quedara sin efecto, lo cual quiere decir que se trata de formalidades necesarias para la validez del acto jurídico de que se trata y que la nulidad que las sanciona es absoluta, pues una vez muerto el autor de la sucesión ya no sería posible corregir las deficiencias que hubiere incurrido.

TEORÍAS ACERCA DEL TESTAMENTO

Teoría objetiva

Establece que el heredero representa por mandato la personalidad del "de cujus". Esta teoría ha sido muy criticada, ya que no hay fundamento para considerar que el autor de la sucesión, que ya ha muerto sobreviva para los efectos derivados de dicho mandato.

Teoría subjetiva

Esta teoría relaciona la idea de sucesión con la personalidad del autor de la sucesión y establece que el heredero debe ser el continuador de la voluntad subjetiva del "de cujus"; sosteniendo por otra parte que el heredero tiene su razón de ser, en la necesidad de continuar con la personalidad del difunto.

Teoría materialista

Esta teoría sostiene que la herencia es únicamente una transmisión material de los bienes y obligaciones del autor de la sucesión, sin tener en cuenta que también se pueden transmitir obligaciones.

Teoría que niega la sucesión testamentaria

Sostiene que la voluntad del individuo no puede surtir efectos después de su muerte, puesto que este hecho termina con su personalidad y su capacidad jurídica; se afirma que la sucesión testamentaria no debe existir, ya que al morir el autor, se termina con toda relación jurídica, concluyendo, que no existe título que pueda justificar la transmisión de esos bienes a otras personas ni reconocer al que tiene un derecho legítimo de suplir su voluntad.

CONCLUSIONES

capitulo II

El testamento es un acto de disposición de bienes, mortis causa. No es un acto de enajenación de dominio, puesto que lo ordenado por el testador se perfecciona hasta su muerte; de ahí que el heredero o legatario designado por el testador no adquieran antes del fallecimiento del autor, ningún derecho sobre los bienes del testador.

Es además un acto no necesariamente patrimonial. Aunque el testamento no contenga disposición de bienes de ninguna especie, puede tener como contenido la declaración que el testador haga de sus deberes que han de ser cumplidos por sus sucesores después de la muerte de aquel.

En el acto jurídico de última voluntad se dispone no sólo de derechos patrimoniales sino de actos de naturaleza no patrimonial. Toullier muy atinadamente decía que, es una facultad preciosísima de su autor, por el cual a menudo el hombre se eterniza... una facultad que por otra parte responde al sentimiento natural del alma, siendo el más dulce consuelo del moribundo.

Es un acto personalísimo, porque no puede hacerse por intermedio de otra persona, que actuara como representante.

Es un acto esencialmente revocable de pleno derecho, al punto de que el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, salvo disposición en contrario por el testador, y porque la renuncia de la facultad de revocar el testamento, es nula.

Es también un acto libre, en el sentido de que el testador, debe manifestar su voluntad de manera libre y consciente (exenta de vicios), y también en el sentido de que no se coarta de ninguna manera la libertad del testador por el hecho de que haya otorgado otro anterior y por ello se entiende que ha renunciado a revocar al anterior testamento y a otorgar otro nuevo.

La ley prohíbe los testamentos llamados mancomunados o conjuntos, en los que dos o más personas están en provecho recíproco o de un tercero. El testamento es un acto jurídico que además de ser personalísimo es individual. En un acto sólo puede hacerse constar la declaración de voluntad de un solo testador y no de varios disponentes.

A la muerte del autor de la herencia, los herederos y legatarios adquieren en común, un derecho de participación en la titularidad del patrimonio, por consiguiente adquieren individualmente la propiedad de los bienes hasta la adjudicación de cada uno de los bienes determinados que les hayan correspondido en la herencia.

En consecuencia ninguno de los herederos puede enajenar o gravar en todo o en parte, los bienes que forman el acervo hereditario, por imposibilidad jurídica, ya que para ello se requieren las facultades de dominio de las que carece el heredero.

El heredero adquiere a beneficio de inventario, consistente en la protección que la ley le otorga, para que las obligaciones y cargas de la herencia se cubran con cargo a los bienes del autor de la sucesión, de manera que el heredero no responde con su propio patrimonio, del pago de esas cargas y obligaciones.

El heredero entra a la sucesión a título universal, es decir, adquiere los bienes del autor de la herencia y con ellos, asume la obligación de cubrir las deudas cuyo pago garantiza, pero sólo dispone hasta donde alcance el valor activo de la sucesión.

El legatario adquiere a título particular, lo que quiere decir que no asume, al aceptar el legado, otras obligaciones que las que expresamente le imponga el testador a título de modalidad establecida en el testamento a quien instituye legatario. Por ello se dice que la transmisión por vía de legado se entiende siempre a título particular, pues se refiere a bienes o derechos concretamente determinados por el testador, por lo que, el legado sólo puede surgir de la voluntad del testador y en ningún caso se concibe que se origine de la ley.

En general, todos tienen capacidad para heredar, sin embargo, ciertas personas pueden perderla, por diversas causas ya mencionadas, y de acuerdo a la ley.

El albacea es la persona a quién el testador o la ley, encargan la administración de la herencia y su liquidación conforme a la voluntad del autor de la misma y según lo dispuesto por la propia ley, teniendo como prohibición para ser albacea los que no tienen la libre disposición de sus bienes y la mujer casada, siempre que sea mayor de edad, no necesita autorización del marido para desempeñar el albaceazgo.

Nadie está obligado a aceptar el cargo de albacea, por ello se dice que es un cargo de aceptación voluntaria. La aceptación del cargo es la manifestación de voluntad y el deseo de quedar obligado, en la medida en que el cargo impone a quien lo ha aceptado, a diversos deberes y responsabilidades. La aceptación impone al albacea la responsabilidad, en caso de incumplimiento de las obligaciones de él derivadas, de reparar los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se cause a los herederos o legatarios.

En nuestro derecho positivo el albacea es un auxiliar de la administración de justicia.

El interventor actuará como órgano de control y vigilancia del albacea. En consecuencia, cuidará que el albacea, en el ejercicio de sus funciones, observe una conducta siempre orientada al exacto cumplimiento de los deberes que le impone el cargo.

El notario es el fedatario que más amplia gama de facultades tiene, pues su intervención es requerida por casi la totalidad de las materias jurídicas, por lo que su participación en el otorgamiento del testamento es de gran importancia.

La ley tiene especial cuidado al decir que los testigos que intervengan en el testamento sean personas que ofrezcan garantías de confiabilidad en su dicho porque conozcan al autor del acto, puedan identificarlo, entender el sentido de las cláusulas, no tengan interés directo o indirecto, como beneficiarios de las disposiciones testamentarias y porque no hayan cometido delito de falsedad.

Cualquier persona puede otorgar testamento, es suficiente que esa sea su voluntad para hacerlo, teniendo plena libertad para testar en el momento en que lo desee, así como para revocar cuando lo estime conveniente, haciendo uso de esa facultad.

El objeto del testamento son todas aquellas disposiciones que el testador puede ordenar, tanto en relación con sus derechos como sus deberes. Así que, la validez del testamento no depende de que haya institución de heredero o legatario, ni de la validez de la institución, ni de la aceptación del beneficiario, ni de la capacidad para heredar. La validez del testamento depende de que se haya otorgado legalmente, es decir, que se haya expresado la voluntad del testador conforme a la ley.

La capacidad general para celebrar actos jurídicos se adquiere a los dieciocho años, sin embargo, los menores de dieciséis años son considerados capaces para testar. Aún cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad o tutela, pueden otorgar testamento sin la intervención ni el consentimiento de la persona que los represente jurídicamente.

Los que no disfruten de su cabal juicio no pueden otorgar este tipo de testamento, a lo que la SCJN en una tesis emitida en amparo directo, define el termino cabal juicio como: sinónimo de lo completo, justo, acabado y exacto y en tal sentido no parece posible predicarse de la salud mental que, como la física, es raramente perfecta.

El cabal juicio puede perderse de una manera permanente, como en la demencia, o de una manera accidental, como en la sugestión hipnótica, el estado de ebriedad o por intoxicación de estupefacientes.

La incapacidad por enajenación mental en materia sucesoria es relativa, lo que importa no es el estado general del autor de la herencia sino el que tiene al momento de confeccionar el testamento. La incapacidad para testar deja de existir durante el intervalo de lucidez.

La voluntad del autor de la herencia debe estar exenta de vicios. Así que cuando ésta es objeto de error, dolo, mala fe o violencia, el testamento será nulo.

GENERALIDADES DEL TESTAMENTO

El testamento es nulo si es captado por dolo, teniendo en la palabra captado, un elemento suficiente para considerar que la voluntad ha sido falseada, es decir, que haya sido víctima de un error y que ese error es causa determinante, pues de lo contrario no se habría captado.

El autor de la sucesión puede hacer en su testamento cualquier disposición, siempre que éstas no sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres, de lo contrario aquellas serán nulas.

El testamento para que sea válido es necesario que se otorgue con las formas prescritas, es eminentemente formal, en cuanto que, es indispensable el cumplimiento de las formas, so pena de nulidad del acto.

III. DIVERSOS TIPOS DE TESTAMENTOS

TESTAMENTO OLÓGRAFO
TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO
TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO
TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO
TESTAMENTO PRIVADO
TESTAMENTO MILITAR
TESTAMENTO MARÍTIMO
TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO

Conclusiones

III. DIVERSOS TIPOS DE TESTAMENTOS

Los testamentos en cuanto a su forma, aunque sería mejor decir en cuanto al supuesto que autoriza su otorgamiento, pueden ser ordinarios o extraordinarios, a estos últimos la ley los llama especiales.

Los testamentos ordinarios pueden ser de cuatro tipos: ológrafo, público abierto, público cerrado y público simplificado. Todo testamento ordinario en nuestro derecho se hace por escrito, no reconociéndose para éstos casos el verbal.

Los testamentos extraordinarios también pueden ser de cuatro tipos: privado, militar, marítimo y el hecho en país extranjero. La sola enumeración de estas denominaciones demuestra que el testamento especial obedece a circunstancias determinadas relativas a la persona del testador o lugar en que se encuentre.

Cualquier disposición o declaración hecha para después de la muerte, si no se hace bajo alguna de las formas que la ley establece para los testamentos, no es testamento y, en consecuencia, no producirá efectos jurídicos, excepto que una ley especial diga lo contrario.

En la actualidad es nula la institución de heredero o legatario hecha en comunicados secretos o memorias testamentarias. Conforme al Código de 1884 era válida la institución de legatario hecha por dichos medios. La distinción entre codicilos y memorias testamentarias, es que, los primeros son disposiciones menos solemnes de última voluntad y que las Leyes de la Siete Partidas definían como "una manera de escritos pequeños que hacen los hombres después de que han hecho sus testamentos para aumentar, quitar o modificar algunas de sus disposiciones que habían hecho en ellos". Por su parte, las memorias testamentarias servían para modificar o aclarar un testamento; la memoria tenía que estar escrita por el testador y citarse en el propio testamento; por ejemplo, en ella podía declararse el nombre del heredero instituido, o la condiciones o gravámenes impuestos a los herederos.

TESTAMENTO OLÓGRAFO

Este testamento es de origen romano. Aunque la palabra ológrafo viene del griego, y significa escribir por entero.

Este testamento es una novedad en el Código vigente, ya que en los códigos anteriores no estaba previsto.

El testamento ológrafo es el escrito de puño y letra por el propio testador, pero desgraciadamente al legislador le dio miedo su facilidad de suplantación, y exigió como requisito adicional que se depositara en el Archivo General de Notarías, con lo cual se viene a someter la eficacia del testamento a una operación ulterior y accesorio, que desnaturaliza el testamento ológrafo.

Juan Asprón Pelayo objeta el testamento ológrafo, argumentando que puede representar riesgos para los beneficiarios, o para el cumplimiento de la voluntad real del testador, o para los acreedores hereditarios.

Salleilles dice en cambio que es "la salvaguarda de la justicia, la salvaguarda suprema de la libertad testamentaria". Realmente, su sencillez y su secreto ofrecen innegables ventajas. En los pueblos acostumbrados a las fórmulas rápidas y sencillas, el testamento ológrafo suplanta a los demás; por su sencillez y baratura.

La forma ológrafa no deja de ofrecer inconvenientes: con ella es más fácil la sugestión, la captación y destrucción del mismo testamento; propicia falsificaciones que los peritos están muy lejos de descubrir de modo terminante. Sin embargo, ofrece gran comodidad, especialmente para personas que no siempre tienen a su disposición tiempo o medios para procurarse un notario y para las personas indecisas o tímidas, que gustan de leer y volver a leer sus disposiciones antes de considerarlas definitivas.

Requisitos del testamento ológrafo

- Que la persona que otorgue el testamento ológrafo sea mayor de edad; esto es, que sea mayor de 18 años cumplidos, siendo la única excepción en relación a la edad para testar, que como regla general es de 16 años cumplidos.
- Que el testamento esté totalmente escrito por el testador, de su puño y letra, esto es, que lo escriba el testador y sólo él de su puño y letra, por lo cual no es válido otorgarlo escrito por medios mecánicos.
- Que el testamento este firmado por el testador, quién además deberá imprimir su huella digital.

Según Antonio de Ibarrola, es válido el testamento ológrafo otorgado con el apodo literario o seudónimo, siempre y cuando el mismo haya adquirido el correspondiente renombre y no haya ni pueda haber lugar a confusiones.

- Que se señale la fecha del otorgamiento: día mes y año. De este requisito es necesario resaltar que la fecha del otorgamiento es distinta de la fecha de redacción del documento, ya que la redacción se puede realizar un día y su otorgamiento se dará el día en que sea depositado en el Archivo General de Notarías. Es importante que se fije la fecha porque a partir de ella se determinará la capacidad del testador.

Binder establece que si la fecha expresada en el testamento es falsa, no habrá testamento, ya que sólo con ella se considera otorgado el testamento. La expresión inexacta, sea por error o intencionalmente, ocasiona, la nulidad del testamento.

- Que el testamento ológrafo se otorgue por duplicado, pero inexplicablemente nunca da opción, a nadie, para que se pueda verificar que realmente los dos tantos son de contenido igual, ni al momento del deposito, ni al momento de declararlo formal testamento.
- Como ya se menciona, el testamento ológrafo debe depositarse en el Archivo General de Notarías, realizándose de la siguiente manera. Debe presentarse personalmente el testador, en caso de no ser conocido por el encargado del archivo, deberá ir acompañado por dos testigos de identidad, en caso de que el testador este imposibilitado para hacer personalmente la entrega, el encargado del archivo deberá concurrir al lugar donde se encuentre el testador para recibir el tanto que quedará depositado. El testador presentará en sobre cerrado los dos tantos del testamento, a los que podrá ponerles señas, firmas o marcas que considere convenientes, a fin de evitar violaciones. El original, al que deberá ponerle el testador, "dentro de este sobre se contiene mi testamento", se expresará la fecha y lugar en que se hace el depósito y será firmada la nota por el testador, los dos testigos de identidad, en su caso, y por el encargado del archivo. Al duplicado le pondrá la leyenda correspondiente el encargado del archivo, se pondrá la constancia de fecha, lugar y será firmada, hecho lo cual, el duplicado será devuelto al testador. Para el retiro del testamento podrá realizarlo el testador en cualquier momento, bien sea que lo haga personalmente o mediante apoderado, con poder especial para el retiro, otorgado ante notario público.
- En caso de que contenga palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, el testador deberá salvarlas bajo su firma.
- No importa el lugar en que se redacte el testamento ológrafo.
- Como el testamento ológrafo no es un testamento perfecto, para que surta todos sus efectos debe ser declarado formal testamento.

Los jueces y notarios, ante los cuales se esté tramitando un procedimiento sucesorio, deberán recabar informes acerca de la existencia o no de testamentos ológrafos.

TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO

El testamento público abierto es el único que permite hacer un testamento con toda la asesoría que se requiera y, además, es perfecto desde el momento de su otorgamiento, en virtud de no requerir ser declarado formal testamento, lo cual la ley consideró innecesario en virtud de que ésta redactado por un perito de derecho investido de fe pública, el notario, y de que la voluntad del testador es conocida, no es secreta.

Este tipo de testamento es público porque consta en un instrumento público, la escritura ante notario, y es abierto porque la voluntad del testador es conocida por el notario y, en su caso, por los testigos que hayan intervenido, y además, porque cualquiera puede enterarse de su contenido sin que ello afecte su validez.

Se dice que este testamento es nuncupativo, es decir que la expresión de la voluntad del testador debe ser oral, excepto en el caso del testador que desconozca el idioma español; Juan M. Asprón opina que este testamento no es nuncupativo, ya que el testador puede expresar en cualquier caso su voluntad por escrito, piénsese en un mudo o en una persona temporalmente privada del habla, ya que la ley lo único que establece es que la voluntad deberá expresarse de forma clara y terminante, mas no dice que debe expresarse oralmente.²³

El testamento público abierto es el que se otorga ante notario, expresando el testador de una manera clara y terminante su voluntad, debiendo ser el notario quién redacte por escrito el testamento, deberá además leérselo en voz alta para que el testador manifieste si esta de acuerdo con el testamento, y de ser así deberá ser firmado por el testador y el notario, quién deberá asentar el lugar, día, mes, año y hora en que se haya otorgado.

El testamento público abierto se otorgara en un solo acto, el cual comenzará con la lectura del testamento y terminará con la lectura del mismo, por lo cual las entrevistas previas y la redacción del testamento no deben necesariamente realizarse en el mismo acto. Además, la ley exige al notario que dé fe de que se cumplieron con las formalidades que la ley exige.

En caso de otorgarse un testamento en el que no se cumplan todas las formalidades o solemnidades que la ley exige, el testamento no producirá efectos, no habrá testamento, y al notario se le fijará responsabilidad civil y administrativa que corresponda, incluso la pena de pérdida del oficio.

Las reglas especiales que pueden presentarse en este tipo de testamento son las siguientes:

²³ Juan M. Asprón Pelayo: Sucesiones: De. Mc Graw Hill. 1996. pág. 42

DIVERSOS TIPOS DE TESTAMENTOS

- Este testamento no requiere de testigos, excepto cuando el testador no sepa o no pueda firmar, sea sordo, sea ciego o no sepa o no pueda leer, o cuando el testador o notario lo soliciten, casos en los cuales se requiere la presencia de dos testigos instrumentales, llamados así porque sin su concurrencia no hay instrumento, no hay testamento.
- Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, deberá firmar a su ruego y súplica uno de los testigos instrumentales, y el testador imprimirá su huella digital.
- Cuando el testador sea sordo, si sabe leer, dará lectura por sí mismo al testamento, pero si no supiere o no pudiere leer, designará a una persona para que lo lea y le entere del contenido.
- Cuando el testador no pueda ver o no sepa leer, se le dará lectura dos veces al testamento, una por el notario, y otra por uno de los testigos o por cualquier otra persona designada por el testador.
- Cuando el testador ignore el idioma español, deberá concurrir acompañado de un intérprete, el testador escribirá su testamento que será traducido por su intérprete. La traducción se transcribirá como testamento en el protocolo, excepción a la regla de quien redacta es el notario, y el original, firmado por el testador, el intérprete y el notario, se anexará al apéndice de la escritura.
Si el testador no sabe o no puede escribir, o no puede o no sabe leer, será el intérprete quién lo escriba, procediendo en lo demás conforme a lo establecido en el párrafo anterior. En estos casos se requerirán los dos testigos.

TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

Los elementos y requisitos del testamento público cerrado serán analizados en el siguiente capítulo, por ser el objeto de estudio.

TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO

Este tipo de testamento es una innovación del legislador, se publicó el 6 de enero de 1994 en el Diario Oficial, entrando en vigor al día siguiente. El testamento público simplificado se otorga ante notario público, sin la necesidad de testigos, pero su objeto es limitado, pues sólo se puede referir a ciertos bienes.

El testamento público simplificado se otorga ante notario público respecto de bienes inmuebles, uno o varios, destinados o que vayan a destinarse a vivienda, que ya sean propiedad del testador, siempre y cuando dichos bienes se adquieran por regularización, o siempre y cuando el valor de los mismos al momento de la adquisición no exceda de 25 veces el salario mínimo, del Distrito Federal, elevado al año. Por desgracia la ley no fijó plazo para destinar el inmueble a vivienda, por lo cual bastará que el testador diga que lo destinará a tal fin.

El testador exclusivamente puede designar beneficiarios, legatarios, respecto del bien objeto del testamento, diciendo la ley que podrá designar uno o varios legatarios, quienes tendrán, entre sí, el derecho de acrecer, excepto que el testador hubiere designado sustitutos; esto significa que si el testador designó tres legatarios, sin destinar sustitutos, automáticamente al faltar uno de ellos, los otros dos serán los legatarios, pues la porción que le hubiere correspondido al que faltó, acrece la porción de los demás legatarios. Este es el único caso de sustitución recíproca, regulado por la ley, en materias de sucesiones. Encontramos una regla de sustitución recíproca legal; la ley dispone que "el testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, salvo designación de sustitutos". En este caso la denominación "derecho de acrecer" está mal empleada, lo que quiso decir el legislador es que el legado se repartirá entre los legatarios que lo acepten teniendo capacidad para adquirirlo, y que si el testador no instituye legatarios sustitutos de cada uno de los designados, todos serán sustitutos recíprocos entre sí, se podría afirmar que el legislador estableció en el testamento público simplificado, que se presumirá que el testador instituye a sus legatarios como sustitutos recíprocos, salvo que expresamente disponga otra cosa.²⁴

La ley también faculta al testador para el caso en que los legatarios sean incapaces al momento de otorgarse la escritura de adjudicación, les nombre un representante especial, el cual entrará en funciones si los incapaces no están sujetos a patria potestad, ni bajo tutela, pero el legislador no indicó la forma de acreditar que un incapaz no esté sujeto a tutela, ni patria potestad, pues no bastaría con las actas de defunción de los padres y abuelos para acreditar que no está sujeto a patria potestad, puesto que podría haber sido adoptado.

Sólo las dos disposiciones anteriores puede contener un testamento público simplificado, es decir, la designación de legatarios, y la designación del representante especial. Por lo cual, más que ser un testamento público simplificado es un testamento de efectos restringidos.

El testamento público simplificado es un testamento perfecto, ya que no requiere ser declarado formal testamento.

Dentro de las reglas especiales del testamento público simplificado encontramos las siguientes:

²⁴ *Ibidem.* pág. 86

- Si son varios los copropietarios del inmueble, todos podrán otorgar este testamento en el mismo instrumento. Incluso si alguno de ellos esta casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge también podrá otorgarlo en el mismo instrumento.
- Los testadores que hagan su testamento en un solo instrumento podrán designarse como legatarios recíprocos, o podrán nombrar a un mismo legatario.
Los dos puntos anteriores derogan lo dispuesto en la regla general, contenida en el artículo 1296, que dispone que dos o más personas no pueden testar en un mismo acto en provecho recíproco, ni en beneficio de un mismo tercero.
- Este testamento impone una regla especial en materia de alimentos sucesorios, la ley les impone a los beneficiarios la obligación de cumplir a los acreedores alimentarios, si los hubiera, en la proporción que represente el bien, en relación con el caudal hereditario.
- Este testamento *nunca* requiere de testigos instrumentales; sin embargo, en caso de que el testador no sepa o no pueda firmar, se estará frente a la regla general, establecida en el artículo 1834, donde se establece que quien no sepa firmar estampará su huella digital y otra persona firmara a su ruego, pero no se trata de un testigo instrumental, en todo caso habrá responsabilidad del funcionario que autorizó el testamento.

Este testamento es una novedad, recomendable en aquellos casos en que el bien inmueble represente el patrimonio del testador, pero si el testador tiene más bienes, este testamento no satisfará sus requisitos; este testamento es una medida adecuada para propiciar que la gente de escasos recursos pueda designar un beneficiario para su inmueble, es una medida social que puede beneficiar a los titulares de vivienda popular o de interés social.

TESTAMENTO PRIVADO

Es con éste testamento que iniciamos el análisis de los testamentos extraordinarios, regulados por el Código, que sólo podrán otorgarse bajo circunstancias extraordinarias.

Este tipo de testamento está permitido cuando al testador le es imposible o muy difícil el otorgar un testamento ordinario. "El testamento privado, como cualquier otro testamento extraordinario, es un premio a la gente que no previene, a la gente que deja para mañana el arreglo de las cuestiones inaplazables."²⁵

²⁵ Ibidem. pág.48

El testamento privado se debe otorgar ante cinco testigos idóneos, el testador debe declarar su voluntad, no puede ser cerrado o secreto, debe constar por escrito, debiéndolo escribir el propio testador, excepto en el caso de que no sepa o no pueda hacerlo, caso en el cual lo escribirá uno de los testigos, y sólo en el caso de que ninguno sepa escribir, el testamento privado será verbal. En caso de suma urgencia bastarán tres testigos idóneos y podrá ser verbal. Aquí es necesario mencionar, ¿que debemos entender por suma urgencia?, y ¿a juicio de quién de ser la suma urgencia?; la ley es omisa en éste aspecto.

Los efectos del testamento están sujetos a una condición resolutoria legal: que el testador fallezca por una enfermedad, o por el peligro en que se encontraba o, en ambos casos, dentro del mes siguiente a desaparecida la causa que facultó su otorgamiento, por lo cual, si el testador no fallece dentro de los supuestos indicados, el testamento no surtirá ningún efecto, es como si no lo hubiese otorgado, por tanto si tenía algún testamento anterior, no quedará revocado, porque el testamento privado, aunque existió, no fue perfecto.

El testamento privado requiere ser declarado formal testamento, tomando en cuenta las declaraciones de los testigos que firmaron u oyeron, en su caso, la voluntad del testador, y sólo si estos fueron idóneos y estuvieron conformes con todas las declaraciones que circunstanciadamente hagan con relación al testamento. Para que sea declarado formal testamento debe ser a solicitud de parte interesada, no puede hacerlo el juez de oficio.

TESTAMENTO MILITAR

Para poder otorgar este tipo de testamento extraordinario, no basta ser militar, necesita hacerse "en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla".

Debiendo entender por militar a los miembros del ejército, fuerza aérea y armada de México. Ibarrola considera que, aún no figurando en la lista anterior, bastará con sólo ser asimilado a dichos cuerpos, como sucede en el caso de los rehenes, los corresponsales de prensa, fotógrafos de noticieros, etc., para gozar de el privilegio de otorgar testamento militar.

El testamento militar puede ser escrito o verbal. Se otorga ante dos testigos. Si es escrito debe otorgarse en pliego cerrado y firmado de puño y letra del testador, aunque no esté escrito por él. Una vez otorgado el testamento, si fue escrito y, después de la muerte del testador, deberá entregarlo quién lo tenga en su poder al jefe de la corporación, y éste lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional.

DIVERSOS TIPOS DE TESTAMENTOS

En caso de que el testamento haya sido verbal, los testigos informaran de su contenido al jefe de la corporación; para que éste dé parte a la Secretaría de la Defensa Nacional y a su vez éste denuncie el caso al juez competente. El juez citará a los testigos para que, como en el caso del testamento privado cuando se otorga verbalmente, declaren a ciencia cierta sobre los hechos circunstanciados con relación al testamento:

- El lugar, día, hora, mes y año en que se otorgo el testamento verbal.
- Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador.
- El tenor de la disposición. En este caso informarán al juez sobre las palabras y deseos del testador.
- Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción.
- Indicarán la causa por la cual no pudo hacer testamento por escrito.
- Si el testador murió de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba.

Este testamento extraordinario también está sujeto a condición resolutoria legal, de que el testador fallezca de la causa que faculto el otorgamiento del mismo o dentro del mes siguiente de desaparecida dicha causa. Requiere ser declarado formal testamento, esto después de haber recibido la declaración sobre todos los hechos, y si la información de los testigos coinciden, entonces el juez considerará que existe legalmente testamento al tenor de la información dada por los testigos.

TESTAMENTO MARÍTIMO

Para que pueda otorgarse este testamento extraordinario se requiere que el testador se encuentre a bordo de un navío de la Marina Nacional, sea de guerra o mercante; no basta, haber entrado en la nave, ésta debe encontrarse en alta mar.

Este testamento sólo admite la forma abierta, es decir, otorgarse por escrito, en presencia de dos testigos y el capitán del navío, siendo leído y firmado por los presentes. Al igual que el privado no puede ser cerrado o secreto, pero al igual que el ológrafo, éste debe otorgarse por duplicado.

Este testamento, como todos los extraordinarios, tiene una vigencia efímera y está sujeto a una condición resolutoria legal, tal como lo establece la ley: "el testamento marítimo solamente producirá efectos legales falleciendo el testador en el mar o dentro de un mes, contado desde su desembarque". También es necesario que sea declarado formal testamento.

TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO

Respecto del testamento hecho en país extranjero, el Código regula dos situaciones:

- Hecho en el extranjero, pero conforme a las leyes mexicanas, caso en el cual las reglas especiales son exclusivamente para su remisión hacia México.
- Hecho en país extranjero, pero conforme a las leyes extranjeras; en este caso el artículo 1593 dice que producirán efectos en nuestro territorio si se formulo de conformidad con las leyes del país en el que se otorgaron. Siendo aplicables los artículos 12 al 15. Este testamento puede sujetarse a las leyes del país en que se otorgue y tiene plena validez en México, en virtud del principio de que el lugar rige al acto (*locus regit actum*).

En los testamentos a que se refiere la primera situación surtirán sus efectos dependiendo del tipo de testamento que se otorgo, conforme a las leyes mexicanas, por su parte los testamento a que se refiere la segunda situación, producirán efectos siempre y cuando no se den los extremos del artículo 15 del mismo ordenamiento, el cual menciona los casos en los que no se aplicará el derecho extranjero.

CONCLUSIONES

Capítulo III

Los testamentos se clasifican en ordinarios y extraordinarios. Son testamentos ordinarios aquellos que se otorgan en situaciones normales, se denominan especiales los testamentos que pueden otorgarse cuando el testador se encuentra en circunstancias excepcionales o extraordinarias y no puede o le es muy difícil otorgar un testamento ordinario.

Los testamentos ordinarios son redactados en circunstancias normales, y para el otorgamiento de los especiales es más riguroso en cuanto a los requisitos de forma.

El testamento ordinario tiene validez indefinida, mientras no sea revocado por el testador, en tanto que el testamento especial, pierde su eficacia si el testador sobrevive a las circunstancias extraordinarias que dieron lugar al otorgamiento del acto.

El testamento ológrafo sólo puede ser otorgado por personas que han cumplido dieciocho años, lo cual es un elemento distintivo del testamento público abierto o cerrado, que puede ser otorgado por quién haya cumplido dieciséis años de edad. No requiere la presencia de fedatario público, ni se otorga ante testigos. Es la expresión por excelencia de una declaración de última voluntad, completamente privada, que debe permanecer en secreto y su contenido es sólo conocido por el testador y por las personas a quién él quiera comunicarlo.

El testamento ológrafo es el manuscrito íntegramente, que firmado por el autor de la herencia, consta en un documento privado que el testador deposita en el archivo general de notarias en sobre cerrado y firmado.

Por la sencillez y facilidad de su otorgamiento, ofrece el testamento ológrafo una forma práctica y expedita para testar.

El testamento público abierto así como el testamento público cerrado requieren de la intervención del notario, no así el testamento ológrafo. El testamento público abierto, es público porque se otorga ante notario y ante tres testigos, también porque la declaración de voluntad emitida por el testador consta a la letra en el protocolo del notario, donde puede ser conocido por cualquier persona.

El testamento público abierto, pese a que es un acto solemne constituido por un conjunto de formalidades que deben cumplirse escrupulosamente, bajo pena de nulidad, es el que se usa generalmente para realizar esta clase de actos, porque el autor cuenta en el momento de otorgarlo con la asesoría del notario que recibe la declaración y porque además por medio de la constancia del propio notario y de las declaraciones de los testigos, queda preconstituida una prueba fehaciente, aunque no indubitable de manera absoluta, de la identidad del testador, de su capacidad para

DIVERSOS TIPOS DE TESTAMENTOS

testar por razón de edad y de encontrarse el otorgante en su cabal juicio, en el momento que emite su declaración. Todas estas circunstancias deben hacerse constar en el testamento.

El testador de viva voz expresará su voluntad al notario clara y terminante, así el notario redactara por escrito y transcribirá a la letra en el protocolo las cláusulas del testamento, mismo que deberá ser leído en voz alta y si el testador manifiesta su conformidad, éste deberá firmar el instrumento notarial, firmando con los tres testigos que intervengan y en su caso por el interprete que auxilie a aquel que no sabe el castellano, así como por el propio notario quién dará fe de todo lo anterior.

Siendo requisito esencial de este testamento que se asiente el lugar, el año, el mes, el día y la hora en que se otorga.

Por otra parte, el testamento público simplificado es de efectos restringidos pues sólo podrá hacerse designación de legatarios respecto de bienes inmuebles, así como la designación del representante especial para el caso de que el legatario sea incapaz.

Este testamento es recomendable en aquellos casos en que el bien inmueble represente el patrimonio del testador, pero si no es así, este testamento no satisfará sus necesidades: este testamento es una medida adecuada para propiciar que la gente de escasos recursos pueda designar un beneficiario para su inmueble, es una medida social que puede beneficiar a los titulares de viviendas populares o de interés social; sin embargo, hubiera sido mejor que la ley los hubiera facultado a otorgar, en la misma escritura en la que adquiere el inmueble, un testamento público abierto, con todas sus posibilidades, y no hacer un testamento tan restringido.

Teniendo en cuenta la forma, existen dos clases de testamentos: los realizados en circunstancias normales que son los ordinarios y los otorgados en situaciones excepcionales: que son los testamentos privilegiados.

Siendo el testamento privado una opción para cuando exista la imposibilidad de acudir a las formas ordinarias, ya sea por una enfermedad grave, porque no exista notario o juez en la población, o bien de que éstas aún existiendo no pueden concurrir al otorgamiento.

El testamento privado puede ser oral o escrito y en los dos casos será válido, pero para que se acepte la forma verbal es necesario que el testador no pueda escribir y que ninguno de los testigos pueda hacerlo. No puede tener validez ninguna forma tácita de manifestación de la voluntad del testador. La forma debe ser asimismo, indubitable: no es válido el testamento de quien conteste por medio de monosílabos a preguntas que se le hagan, o que conteste por señas.

Este testamento se otorga ante la presencia de cinco testigos, pero en casos de suma urgencia bastaran tres.

Una de las diferencias entre los testamentos ordinarios y el testamento privado consiste en que éste último queda sin efecto al mes, contado a partir de que desaparezca la causa que lo motivó. Pasado un mes, si el autor del testamento no muere, el testamento deja de surtir efectos; de persistir en su voluntad, el testador podrá hacer un nuevo testamento.

El testamento privado es un acto jurídico complejo, compuesto por la declaración de voluntad del testador en presencia de testigos y por la declaración efectuada por el órgano jurisdiccional, en el sentido de que los dichos de los testigos constituyen el formal testamento del causante.

Por su parte, el testamento militar puede otorgarse por escrito o verbalmente. Si se otorga por escrito, el pliego deberá presentarse cerrado y firmado de su puño y letra. Si el verbal, la voluntad del testador se declarará ante dos testigos; en ambos casos.

Es evidente que existe una duplicidad de disposiciones en la ley al referirse al testamento militar, ya que el artículo 1565 establece quienes pueden otorgar testamento privado, diciendo la fracción cuarta: cuando los militares o asimilados del ejército entren en campañas o se encuentren prisioneros de guerra, asimismo le dedica un capítulo especial el testamento militar por las mismas causas que contiene esta fracción, y testamento militar tiene más facilidades que el otorgamiento privado.

El testamento marítimo es uno de los especiales, en razón del lugar en que se encuentra el testador: en alta mar a bordo de navíos de la marina nacional. Este testamento sólo puede ser otorgado en forma escrita, mientras que otros testamentos especiales (el privado y el militar) pueden revestir la forma escrita o la oral. En este caso el capitán hace las veces del notario. El diario de bitácora de la nave contendrá los asientos, tanto del otorgamiento del testamento, como de su trayectoria administrativa posterior. Por ser el testamento un acto formal, la ausencia de las debidas constancias provocará la nulidad del testamento.

Es característico de los testamentos especiales, que sólo producen efectos si el testador fallece sin haber salido de la emergencia en que se hallaba, o dentro de un breve lapso a partir de la finalización de dicha emergencia.

Aunque el testamento hecho en país extranjero está incluido entre los testamentos especiales, en realidad no lo es, por una doble razón: no se trata de un testamento otorgado en caso de urgencia (inminencia de muerte, catástrofe, peste, etc.), y no queda sin efecto, como los otros testamentos especiales, en un plazo corto que se cuenta a partir del momento en que cesó el estado especial que lo justificaba.

DIVERSOS TIPOS DE TESTAMENTOS

En este tipo de testamento, el testador puede concurrir ante notario o cualquier funcionario que pueda validamente autorizar el acto jurídico, o ante los secretarios de legación, cónsules o vicecónsules mexicanos, quienes autorizaran un testamento ordinario, a elección del testador. El funcionario diplomático o consular que da fe del otorgamiento de cualquier testamento, debe sellar cada hoja de papel que lo contiene, si es abierto o la cubierta del sobre que lo encierra si es cerrado, con el fin de asegurar la autenticidad del testamento.

IV. INEFICACIAS DEL TESTAMENTO

NULIDAD DEL TESTAMENTO

Nulidad por incapacidad

Nulidad por vicios de la voluntad

Nulidad por error

Nulidad por dolo y mala fe

Nulidad por violencia

Nulidad por falta de forma

REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO

CADUCIDAD DEL TESTAMENTO

INOFICIOSIDAD DE LOS TESTAMENTOS

MODALIDADES DE LOS TESTAMENTOS

El plazo en el testamento

La condición en el testamento

Las condiciones imposibles

Las condiciones negativas

La condición de testar

La condición de suspender la ejecución del testamento

Cumplimiento de las condiciones potestativas

Plazo para el cumplimiento de las condiciones

Cumplimiento de las condiciones causales o mixtas

La condición de no impugnar testamento

La condición de tomar o dejar de tomar estado

Legado de prestación periódica sujeta a condición

Efectos de las condiciones

Institución sujeta a carga

Institución sujeta a modo

Conclusiones

IV. INEFICACIAS DEL TESTAMENTO

NULIDAD DEL TESTAMENTO

Las nulidades se han clasificado de distintas maneras y varían de un autor a otro. Como nada definitivo hay en esta materia, haré mención a las más importantes. Gelsi Bidart, sostiene que los conceptos de inexistencia, nulidad relativa, anulabilidad e irregularidad esencial, se refieren a fenómenos de la misma clase, y, por ende, pueden subsumirse bajo un concepto que a todos comprenda, que es la nulidad.

Couture formula una clasificación tripartita: inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, lo mismo que hace nuestro Código.

Orgaz en su diccionario elemental de derecho, sostiene que existe nulidad absoluta, relativa, manifiesta (la que esta declarada expresamente por la ley), no manifiesta, total (que hace ineficaz todo el acto) y parciales.

En materia de testamentos es interesante desentrañar si pueden estar afectados de nulidad absoluta, de nulidad relativa e incluso de inexistencia.

Sabemos que los elementos de existencia del testamento: voluntad, objeto y solemnidad, así como los requisitos de validez: capacidad del otorgante, ausencia de vicios de la voluntad, que el objeto motivo o fin sean lícitos y que la voluntad se haya manifestado en la forma en que la ley establezca, son necesarios para la existencia válida del acto jurídico; por lo que si alguno de los primeros falta, el acto jurídico es inexistente, es decir, el acto jurídico nunca llega a producirse; y, en caso de que falte alguno de los requisitos el acto jurídico será anulable, ya de manera absoluta, ya de manera relativa.

En materia de sucesiones, los principios vertidos acerca de los demás actos jurídicos son aplicables por remisión expresa de la ley, artículo 1859: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos. En relación a esto Asprón Pelayo opina que no es aplicable ya que en los testamentos no se puede hablar de testamentos que produzcan efectos provisionalmente, ni de testamentos que puedan ser objeto de prescripción, considera que en materia de testamentos solamente se puede decidir si el testamento produce efectos o no.

Para clarificar mejor lo anterior analizaremos los supuestos en que los testamentos no producen efectos y saber si la teoría general de las ineficacias en materia de contratos se aplica o no a los testamentos.

Nulidad por incapacidad

La capacidad es un elemento que sólo se requiere para la validez de los actos jurídicos, es decir, es un elemento que se requiere para que no se nulifiquen. Por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad del acto jurídico, pero ¿de que tipo de nulidad está afectado el testamento? ¿cómo determinarla?, éstas y muchas más interrogantes salen a colación para saber si se trata de una nulidad absoluta o relativa del testamento.

La capacidad del testador no es un elemento de existencia del testamento, por cuanto que el celebrado por un incapaz existe jurídicamente pero el testamento carece de valor desde el día en que fue hecho, y sea cual fuere la fecha de la muerte del testador, no producirá efecto alguno. Esto lo afirmo, porque si recordamos que el momento que debe ser tomado en cuenta para determinar la capacidad del testador, es únicamente el estado en el que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

Por lo tanto, ese testamento está afectado de nulidad, y a mi criterio ésta será absoluta, ya que el testamento hecho en estado de incapacidad, no llega a convalidarse por el tiempo, cualquiera que sea el lapso que transcurra entre la facción del testamento y la muerte del testador; no se purga la incapacidad ya que la ley atiende al momento en que se hace el testamento para juzgar la capacidad.

En materia de testamentos, no es posible la ratificación del acto, y este argumento nos servirá para todos los casos de nulidad, por cuanto que la ratificación desde el punto de vista jurídico requiere como elemento esencial la convalidación retroactiva del mismo; si no hay convalidación retroactiva no hay ratificación en términos jurídicos; podrá hablarse de una ratificación gramatical, lo que equivale en derecho a un nuevo otorgamiento del acto. Pero ratificar un acto no quiere decir volverlo a celebrar para que surta sus efectos a partir de ese nuevo momento, sino observar las formalidades omitidas o confirmarlo en el caso de vicios de la voluntad, para que el acto surta sus efectos desde que se otorgó y no desde que se cumple el requisito omitido.

Nulidad por vicios de la voluntad

Además de la capacidad, es elemento de validez en el acto jurídico la manifestación de voluntad cierta y libre, es decir, exenta de vicios. Si el testador manifiesta su voluntad sin libertad, es víctima de violencia; si no la manifiesta en forma cierta, es víctima de dolo o del error.

Nulidad por error

El error-nulidad, que como ya sabemos, es el que vicia la voluntad, si lo encontramos en el testamento. El error-nulidad, en el testamento es el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, de tal manera que de haberse conocido no se hubiese celebrado el acto jurídico. Éste error recae sobre la causa impulsiva y única que determino la voluntad. Por lo tanto, debe investigarse si es la causa impulsiva y única, porque si existen otras causas, de manera que en todo caso y a pesar del error, el acto jurídico se hubiese realizado, entonces el error es indiferente y no vicia la voluntad.

En materia de testamentos, la ley, al hablar de nulidad en el capítulo respectivo se olvida de incluir al error. Sin embargo, el artículo 1301 establece que, las transmisiones hechas a título universal o particular por causa errónea, que se exprese en el testamento y que sea la causa impulsiva y única que determino la voluntad del testador, quedaran sin efecto jurídico alguno, es decir, serán nulas.

Nulidad por dolo y mala fe

En testamentos, se alude al dolo como vicio separado del error, y tal parece que el dolo por si mismo es motivo de nulidad. Sin embargo, éste será vicio de la voluntad en tanto induzca a error y que éste sea el motivo determinante de la voluntad. Un testamento será nulo cuando es captado por dolo o por violencia, entendiendo que la palabra "captado" es elemento suficiente para considerar que la voluntad ha sido falseada, es decir, que ha sido víctima de un error y que este es una causa determinante. Así mismo, sabemos que la mala fe consiste en la disimulación del error una vez conocido; y tanto el dolo como la mala fe provienen de un tercero.

La ley dispone que el testamento otorgado por dolo o mala fe es nulo, sin especificar que tipo de nulidad, ni tampoco establece que se pueda revalidar el testamento, aunque ya sabemos que no es posible ratificar un testamento, ya que en materia de sucesiones debe concluirse que hay o no hay testamento pero nunca podemos decir que hay un testamento afectado de nulidad relativa.

Lo dicho a propósito de la nulidad por incapacidad, se aplica a la nulidad por error o por dolo, esto es, que la acción de nulidad es imprescriptible así mismo en ningún caso puede haber ratificación del testamento.

Nulidad por violencia

El testamento hecho bajo violencia es nulo, dice la ley, pero también dispone que cuando cese la violencia podrá el testador revalidar su testamento. Lo que el legislador quiso dar a entender esta mal enfocado, ya que el testamento no puede ser revalidado, lo correcto sería decir que el testador puede revocar su testamento en cualquier momento a partir del instante en que cese la violencia y hacer un nuevo testamento sin que exista de por medio la violencia.

Considero que no hay termino para ejercitar la nulidad en los casos de testamento hecho bajo el imperio de la violencia: Por otra parte, no es susceptible de ratificación, porque no puede haber efectos retroactivos, según ya explicamos; por lo tanto estamos frente a una nulidad absoluta.

Nulidad por falta de forma

En cuanto a los testamentos, el principio general es este: Los testamentos son actos jurídicos solemnes en cuanto a la categoría que caracteriza para cada tipo la ley, al determinar las especies de testamento, como lo son el público abierto, el público cerrado, el ológrafo, etc.; pero dentro de cada una de estas categorías o formas substanciales, deben observarse determinadas formalidades, cuya violación originaría la nulidad del testamento de que se trate, se requiere siempre que la manifestación de voluntad del testador conste por escrito; pero excepcionalmente se admite que el testamento sea consensual, por cuanto que la manifestación de voluntad del testador puede hacerse en forma verbal.

Los testamentos se clasifican en ordinarios y especiales. Todos los testamentos ordinarios son solemnes. Tenemos cuatro categorías: el público abierto y el público simplificado, en que la solemnidad consiste en manifestar la voluntad ante notario, para que conste en escritura pública; el público cerrado, en que el testador manifiesta su voluntad en un documento privado redactado por él y autorizado con su firma, con la particularidad de que se entrega en un sobre ante notario, para que éste haga constar en el sobre, ante testigos que el mismo contiene el testamento. Por último el testamento ológrafo, hecho de puño y letra del testador, también se contiene en un sobre cerrado que se deposita el Archivo General de Notarías, el encargado debe hacer constar en el sobre la circunstancia de que en él contiene el testamento.

Ibarrola considera que en todos estos casos, el testamento es un acto jurídico solemne en virtud de que la ley exige un verdadero *molde formal*, es decir, un conjunto de formalidades reunidas dan la categoría o tipo formal correspondiente al testamento de que se trate, de manera que si no se observan no llega a constituirse ese molde formal.²⁶

Los testamentos especiales son: el privado, el militar, el marítimo, y el hecho en país extranjero. Por regla general son formales. Se requiere que la voluntad del testador conste en un documento; pero para el testamento privado y el militar, en casos de suma urgencia, en que no haya tiempo de hacer la redacción por escrito o en que el testador no sepa escribir, es válida la manifestación verbal hecha ante los

²⁶ Ibarrola, Antonio. Ob. cit. pág.339.

testigos, que después serán examinadas, y si sus dichos concuerdan se considerará como testamento la manifestación que a través de los testigos hizo el testador.

El testamento según lo entiende la doctrina, es un acto formal o solemne, está claro que la voluntad expresada de otra manera no tiene valor ante la ley, puesto que la forma es esencial, en este caso al acto jurídico al haberla impuesto el legislador, recordemos que la forma en los testamentos, en doctrina, se considera un elemento de existencia, por lo que su falta será sancionada con la inexistencia. Y como además es regla de que siendo nulo el testamento por defecto formal del documento no puede ser confirmado ni ratificado, sino por otro documento posterior; es indudable que no puede admitirse la distinción de testamentos inexistentes y nulos, sino que faltando la forma en ellos, el testamento es nulo con nulidad absoluta.

La forma en los testamentos no puede ser confirmada ni ratificada, por lo que faltando ésta en los testamentos, puede decirse que no existe la voluntad. Por algo se dijo siempre que el testamento es un acto solemne o cuando menos formal. Está fuera de duda que el testador no puede confirmar su testamento, ya que aquél era jurídicamente inexistente.

Así que cuando no se observa la formalidad exigida por la ley para los testamentos ordinarios o para los especiales, el testamento es nulo, debiendo ser la nulidad, de conformidad con nuestra legislación, la absoluta.

Es conveniente advertir que el testamento no es el papel o documento que lo contenga, ya que la ley permite que se cumpla con un testamento, aunque no se encuentre el documento, siempre y cuando se demuestre su contenido, esto lo afirma el artículo 1303, al decir: si un testamento se pierde por un evento ignorado por el testador, o por haber sido ocultado por otra persona, podrán los interesados exigir su cumplimiento si demuestran plenamente el hecho de la pérdida o de la ocultación, logran igualmente comprobar el contenido en el mismo testamento, y que en su otorgamiento se llenaron todas las formalidades legales.

Es importante decir que la acción para demandar que se declare la nulidad de un testamento es imprescriptible, sin embargo su ejercicio puede carecer de objeto puesto que la acción de petición de herencia prescribe en diez años, señalándolo así el artículo 1652.

REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO

La revocación del testamento es la facultad que tiene el testador de evitar que produzca efectos el mismo, es decir, la facultad que tiene el testador para que, por su propia y exclusiva voluntad, el testamento válidamente otorgado no produzca efectos.

El testamento es un acto revocable, esto es, la voluntad del testador es mutable hasta el último soplo de vida. El testamento no es más que un proyecto durante toda la vida del testador: es la expresión de su última voluntad, la que ha sido redactada de antemano por temor a ser sorprendido por la muerte, pero que se reputa emitida en el momento mismo de perder la vida. Así que, un testamento permanece sin efectos mientras vive el testador, y éste tiene la facultad de revocarlo en el momento que desee.

Además la renuncia de la facultad de revocar el testamento es irrenunciable, por lo que el testador no puede celebrar pacto o convenio por el cual renuncie a la facultad que tiene de revocar su testamento si así lo desea, tal pacto carecería de validez por una imposibilidad jurídica, es decir, el acto no puede llevarse a cabo, porque una norma de derecho constituye un obstáculo insuperable para su realización. La norma dice que el testador puede, en cualquier momento revocar su testamento y no puede renunciar a esta facultad ni tampoco restringirla, ello en razón de que el testamento es un acto libre, y la revocación es necesariamente una forma de disponer de los bienes, ya que se deja sin efectos la manera anterior en que se había dispuesto de ellos. Todo pacto en este sentido es nulo, según el Código.

La revocación del testamento puede realizarla el testador en cualquier momento y sin tener que fundarse en alguna causa específica, siendo la única causa para revocarlo su voluntad. Se dice que son varios los tipos de revocación de un testamento:

La revocación *real* de un testamento se da cuando el testador destruye su testamento; por ejemplo, en el caso de un testamento público cerrado, cuando el testador destruye o altera la cubierta del testamento, éste dejará de tener efectos por su propia voluntad. Asprón Pelayo considera²⁷ que no se trata de un caso de revocación, si bien es cierto que el testamento quedara sin efectos, ello no es porque ésa sea o no la voluntad del testador, sino porque la ley indica que en caso de estar alterada la cubierta o abierta, el testamento no producirá efecto, es decir, la causa por la que el testamento público cerrado no surtió efectos fue la sanción establecida en la ley, y no la voluntad del testador, en consecuencia, se puede afirmar que la revocación de un testamento es un acto jurídico, mientras que la destrucción o alteración del testamento es un hecho jurídico. Si se de dijera que la revocación del testamento pudiera ser mediante la destrucción del mismo, se tendría que aceptar que el testamento pudiese ser revocado por la persona que lo tuviese en su poder, es decir, que un tercero podría revocar el testamento, lo cual es un absurdo jurídico, sin embargo, se acepta que el testamento, en el caso que comentamos, no produzca sus efectos en razón de seguridad jurídica y de respeto a la real voluntad del testador.

²⁷ Asprón Pelayo, Juan. Ob. cit. pág 94.

La revocación del testamento, puede ser *expresa o tácita*, es expresa cuando el testador declara de plano que revoca el testamento, y tácita cuando es otorgado un nuevo testamento, sin embargo Asprón Pelayo considera que ello no es exacto, opinando que la revocación debe ser siempre expresa, aunque puede ser de manera explícita o implícita, dependiendo de que el testador al revocar el testamento anterior lo diga explícitamente o no, pero nunca podemos presumir que quiso revocar el testamento, sino que necesariamente deberá revocarlo expresamente. La anterior afirmación va ligada a la pregunta *¿cómo se revoca un testamento?* y aunque algunos opinan que un testamento debe revocarse de la misma forma en que se otorgo, lo cual no es cierto, ya que de ser así, para revocar un testamento público abierto, habría que hacer otro de ese mismo tipo. Otros consideran que se puede revocar manifestando su voluntad, el testador, en dicho sentido, a lo cual Asprón opina que tampoco es correcto, ya que al revocarse un testamento necesariamente se está disponiendo de los bienes que dejará el testador a su muerte, razón por lo cual la única forma en que se puede revocar un testamento es haciendo uno posterior.

La ley dice que el testamento posterior perfecto revoca al anterior, a no ser que el testador expresamente diga que el anterior conserva su valor en todo o en parte; ésta disposición confirma que para revocar un testamento es necesario que se otorgue otro. En caso de que el testamento posterior sea perfecto, pero sus disposiciones caduquen, la revocación del anterior subsistirá, pero en caso de que el testamento posterior sea nulo o no sea perfecto, el testamento anterior nunca habrá sido revocado, nunca se perdió su eficacia.

Un testamento sólo dejará de tener efectos por revocación, cuando el posterior surta sus efectos (aunque sus disposiciones hayan caducado), y siempre y cuando en el último no se haya dicho que el anterior surta efectos, es decir, el testamento anterior "recobrará" su fuerza si el testador al hacer algún testamento posterior así lo declara.

Es importante decir que, la revocación de un testamento no implica la revocación del reconocimiento de un hijo, ya que éste es irrevocable.

CADUCIDAD DEL TESTAMENTO

Las disposiciones testamentarias caducan cuando siendo perfectas, no pueden surtir efectos, sea por la causa que fuere. La ley establece algunos casos de caducidad de las disposiciones testamentarias y en relación con los herederos y legatarios:

INEFICACIAS DEL TESTAMENTO

- Si el heredero o legatario muere antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o legado.
- Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado.
- Si renuncia a su derecho.

Pero pueden caducar otras disposiciones como el reconocimiento de un futuro hijo, el cual no llegó a ser persona, en términos jurídicos, por no haber nacido vivo y viable, o por ejemplo las disposiciones relativas al albacea que no llegó a serlo.

Resulta interesante cuestionar si los testamentos caducan, o si lo único que caduca son las disposiciones testamentarias. Para contestar esta pregunta es necesario distinguir entre los testamentos ordinarios y los especiales, en los primeros no se puede hablar de caducidad del testamento, ya que si hay testamento surtirá sus efectos, aunque todas sus disposiciones caduquen; sin embargo, en los testamentos especiales, el privado, el militar y el marítimo, tienen un plazo de vigencia, es decir, su aplicabilidad está sujeta a que el testador fallezca de la causa que motivó el otorgamiento del testamento o dentro del mes de desaparecida la causa que facultó su otorgamiento, esto es, aunque el testamento se otorgue cumpliendo con todos los requisitos de ley, no producirá efectos si el testador no fallece de la causa que autorizó el testamento o dentro del mes siguiente, el testamento no llegó a ser perfecto, y en consecuencia no produjo efectos.

La ley dice que el testamento especial solamente producirá efectos si se cumple el requisito del fallecimiento en los plazos fijados, entonces, a contrario sensu, si no falleció en dicha circunstancia habrá que concluir que el testamento no fue tal, no habrá revocado al anterior, ya que no se trata de un testamento posterior perfecto.

INOFICIOCIDAD DE LOS TESTAMENTOS

Puede declararse un *testamento inoficioso*, cuando se priva en el de alimentos a las personas que por ley tienen ese derecho.

El artículo 1368 del Código establece a que personas el testador debe dejar alimentos:

- A los descendientes menores de dieciocho años respecto de los cuales tenga la obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;
- A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, respecto del cual se tenga la obligación de dar alimentos;

MODIFICACIONES DEL TESTAMENTO

- Al cónyuge supérstite cuando este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresada por el testador, este derecho subsiste en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;
- A los ascendientes;
- A la concubina;
- A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras no cumplan los dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir sus necesidades.

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. 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 éste tenga bienes suficientes, no existe la obligación.

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

El efecto único que origina el carácter inoficioso del testamento, no es revocar las disposiciones testamentarias en general, sino permitir que se asegure al acreedor alimentista la pensión a la 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.

La obligación de proporcionar alimentos a los parientes enumerados en las fracciones I, II, IV y VI, es subsidiaria y sólo procede cuando no existan otros parientes más próximos en grado, o los existentes estuvieren imposibilitados de prestarlos. Estableciéndose el principio de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos.

MODALIDADES²⁸ DE LOS TESTAMENTOS

La institución de heredero puede hacerse en términos absolutos, siendo una institución pura y simple, o puede hacerse sujetándola a alguna modalidad.

Antes de analizar las modalidades a que puede sujetarse, es conveniente aclarar que *la calidad de heredero, una vez asumida, no puede perderse, esto es, heredero una vez, heredero siempre.*

El plazo en el testamento

En nuestro derecho la institución de heredero no puede estar sujeta a plazo, ni suspensivo ni extintivo. En caso de que el testador así lo estableciese, el código dispone que dicho plazo se tendrá por no puesto, y en consecuencia la institución de heredero se tendrá como pura y simple. Estableciéndolo la ley: la designación del día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero se tendrá por no puesta.

Rojina Villegas dice que sólo por razones de tipo tradicional se sigue manteniendo la prohibición de sujetar la institución de heredero a término suspensivo, pero no se entiende el porque de su afirmación, ya que una cosa es sujetar el nombramiento a plazo, lo cual sí está permitido en el Código Civil, que dice: La condición que solamente suspende por cierto tiempo la ejecución del testamento, no impedirá que el heredero o legatario adquieran derecho a la herencia o legado y lo transmitan a sus herederos. Aunque el Código menciona la condición, realmente se refiere a un plazo suspensivo.

La solución del Código en cuanto a que la institución de heredero no puede estar sujeta a plazo, es adecuada, ya que el heredero lo es o no, ya que no puede ser y dejar de serlo; basta recordar que la transmisión de los bienes opera en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia, y que el plazo o término no tiene efectos retroactivos. El Código dice que ésta modalidad se tendrá por no puesta, a lo que Asprón Pelayo dice: esto debería ser aplicable sólo en caso de que el plazo fuese suspensivo, pues es evidente que la voluntad del testador es que el instituido heredero, sea heredero por siempre; pero, si el plazo fue extintivo, considera que la verdadera intención del testador era establecer al heredero como usufructuario de los bienes, de manera temporal, por cierto tiempo determinado o de manera vitalicia, más no dejarle la propiedad.

²⁸ Circunstancias, calidades o requisitos que, en forma genérica, pueden ir unidos a la sustancia, sin modificarla, de cualquier hecho o acto jurídico.

En relación con los legados, sí es posible que se sujeten a esta modalidad, pudiéndolos sujetar a plazo suspensivo o plazo extintivo.

El legado sujeto a plazo, tanto a día cierto como a día incierto, los regula el Código en los artículos 1364 y 1366, en el primero el plazo es suspensivo, y en el segundo extintivo.

Artículo 1364. Si el día en que debe comenzar el legado fuere seguro, sea que se sepa (día cierto) o no (día incierto) cuándo ha de llegar, el que ha de entregar la cosa legada, tendrá, respecto de ella, los derechos y las obligaciones del usufructuario.

Artículo 1366. Cuando el legado debe concluir en un día que es seguro que ha de llegar, se entregara la cosa o cantidad legada al legatario, quien se considerara como usufructuario de ella.

Asimismo los artículos 1365 y 1367 del mismo ordenamiento regulan las consecuencias, en caso de ser los legados sujetos a plazo, de prestación periódica:

Artículo 1365. Si el legado consiste en prestación periódica, el que debe pagarlo hace suyo todo lo correspondiente al intermedio, y cumple con hacer la prestación comenzando el día señalado. (Plazo suspensivo)

Artículo 1367. Si el legado consistiere en prestación periódica, el legatario hará suyas todas las cantidades vencidas hasta el día señalado. (Plazo extintivo)

La capacidad del legatario sujeto a plazo se juzgará exclusivamente al momento de la muerte del autor de la herencia, sin importar si es capaz o no al cumplirse el plazo, ya que en este caso no es aplicable la excepción regulada por los artículos 1335, la cual es aplicable exclusivamente para las instituciones hechas bajo condición, y ésta consiste, en la necesidad de que el heredero sea capaz al tiempo que se cumpla la condición.

La condición en el testamento

La ley establece que el testador es libre de poner condiciones al disponer de sus bienes, lo cual es aplicable a todas las disposiciones testamentarias y no exclusivamente a los bienes; así, podrá nombrar un albacea sujetándolo a una condición. Ésta libertad para imponer condiciones no tiene más límites que los que la propia ley señale.

En materia de testamentos, la regla general es, aplicar supletoriamente las reglas de obligaciones en todos los casos, excepto que la ley lo prohíba o que la naturaleza del acto no lo permita.

La *condición* consiste en un futuro de realización incierta, pues no se sabe si habrá de producirse o no. La condición puede posponer la eficacia de la institución o diferir su extinción. Es suspensiva en el primer supuesto y resolutoria en el segundo.

La *institución es condicional* cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto.

- La *condición suspensiva* es un acontecimiento futuro de realización incierta del cual depende la **existencia** de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación. Por lo tanto, la institución estará sujeta a condición suspensiva cuando su existencia misma dependa de un acontecimiento futuro de realización incierta.
- La *condición resolutoria* es un acontecimiento futuro de realización incierta, del cual depende la **resolución** de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación. Por lo que, realizándose el acontecimiento futuro e incierto tendrá que resolverse con efectos retroactivos la institución, destruyéndose, por lo tanto, en todo su alcance el derecho que hubiere tenido, quien para todos los efectos legales se debe considerar como no instituido.

En materia testamentaria existen disposiciones específicas en cuanto a condiciones se refiere, analizándolas a continuación:

Las condiciones imposibles

La condición imposible anula la institución; si el testador le impone una condición imposible al beneficiario, es tanto como considerar que no lo quería nombrar heredero. La ley dispone que, la condición física o legalmente imposible de dar o de hacer, impuesta al heredero o legatario, anula la institución. Es una condición suspensiva, ya que ésta se ha impuesto para adquirir la calidad de heredero, no para que la pierda.

En cuanto a la imposibilidad de la condición, ésta debe juzgarse en el momento de la muerte del testador y no al momento del otorgamiento del testamento, pues lo que importa es que el hecho sea posible una vez abierta la sucesión testamentaria.

Las condiciones negativas

Las condiciones negativas, de no dar o de no hacer, sean posibles o imposibles se tienen por no puestas. Esto significa que si el testador establece una condición negativa, la institución de heredero se tendrá como pura y simple, dado que la condición se tiene como no puesta.

Las dos reglas anteriores son las principales en materia de condiciones testamentarias, resumiendo, *las imposibles, anulan la institución, y las negativas, se tienen por no puestas.*

La condición de testar

Esta condición se llama en doctrina condición recíproca o captatoria. Consiste en la obligación que el testador impone al heredero o legatario para que haga alguna disposición testamentaria en favor del propio testador o de un tercero. La ley determina que si se impone una condición de este tipo anula la institución, lo cual es congruente con la regla aplicada en una condición imposible.

Es importante aclarar que el testador tiene permitido imponer al heredero o legatario la condición de que realice su testamento, lo que está prohibido es que le imponga alguna disposición en su favor o en favor de un tercero, pero si la condición es únicamente que se haga un testamento, libremente, la condición deberá cumplirse, ya que no está captando la voluntad del beneficiario.

La condición de suspender la ejecución del testamento

El artículo 1350 habla de la institución sujeta a plazo, permite que el testador difiera la ejecución del testamento, sin diferir la obtención del patrimonio hereditario, ni la obtención de la calidad de heredero o legatario sino exclusivamente se difiere la entrega de los bienes, se sujeta a plazo la ejecución del testamento. Aspron Pelayo considera que el mencionado artículo está mal ubicado en el Código, puesto que no se trata de una condición, sino de un plazo.

Cumplimiento de las condiciones potestativas

Se tendrá por cumplida la condición potestativa cuando el heredero o legatario realice todo lo necesario para ello. El artículo 1346 fundamenta esta regla: La falta de cumplimiento de alguna condición impuesta al heredero o al legatario, no perjudicará a éstos, siempre que hayan empleado todos los medios necesarios para cumplir aquélla. A esto se llama cumplimiento interpretativo.

La condición puramente potestativa, o sea, la que depende en exclusivo de la voluntad del heredero o legatario, se tendrá por cumplida, cuando el obligado a cumplirla ofrezca hacerlo, aunque aquel a cuyo favor se haya establecido rehuse aceptar la cosa o el hecho en que consista. Así lo establece el artículo 1352.

La condición es simplemente potestativa cuando depende, además de la voluntad del heredero o legatario, de la voluntad de un tercero.

Estas condiciones se tendrán por cumplidas, también, cuando el heredero o legatario ya haya prestado el hecho o entregado la cosa, aunque sea con anterioridad al testamento, excepto que pueda reiterarse la prestación y que el testador hubiera tenido conocimiento de la primera prestación; la carga de la prueba, de que el testador sabía del otorgamiento de la primera prestación, corresponde al obligado a cumplir la liberalidad.

Plazo para el cumplimiento de las condiciones

Las condiciones que imponga al testador deberán estar sujetas a plazo para su cumplimiento, plazo que deberá estar fijado por el propio testador, pero en caso de no hacerlo, se considera que el juez deberá fijarlo, señalando un plazo en el que verosíblemente se cumplirá la condición, atendiendo además a las circunstancias del testador y del obligado a hacerlo, así como a la naturaleza misma de la condición.

Mientras transcurre el plazo para el cumplimiento de la condición, tratándose de legados, la cosa legada permanecerá en poder del albacea, incluso pudiendo realizarse la partición de los demás bienes, dejando pendiente el bien materia del legado condicional.

Cumplimiento de las condiciones causales o mixtas

Las condiciones causales o mixtas se tendrán por cumplidas, por el simple hecho de que se hayan realizado, estando vivo o muerto el testador, excepto que el testador hubiera dispuesto otra cosa; incluso se tendrán por cumplidas las que se hubieren realizado aún antes del otorgamiento del testamento, siempre y cuando el testador ignorara su cumplimiento, o si lo sabía se tendrán de todos modos como cumplidas, si ya no pueden existir o cumplirse de nuevo. Es necesario hacer la pregunta ¿son realmente condiciones aunque se trate de acontecimientos pasados?. A lo que Rojina Villegas afirma que en materia de testamentos se hace una excepción con respecto al principio general que informa las condiciones, según el cual éstas deben ser acontecimientos futuros. Se acepta que surjan como condiciones, acontecimientos pasados, pero desconocidos por el testador, de tal manera que el testador, ignorando que el heredero ha cumplido con la condición cree que puede cumplirla en o futuro y desde ese punto de vista se acepta que la institución dependa de un acontecimiento pasado.

La condición de no impugnar testamento

La condición de no impugnar testamento se tendrá por no puesta, lo que es congruente con lo dicho respecto de las condiciones negativas. En nada afecta la validez de la institución de heredero o legatario. Si el testador fija como sanción que la impugnación del testamento originará la pérdida del derecho en el heredero o en el legatario, no obstante que éste se impugne, no se aplicará tal sanción, porque esta condición se tiene por no puesta.

La condición de tomar o dejar de tomar estado

La condición de tomar o dejar de tomar estado se tendrá por no puesta, afirmándolo el artículo 1358. Así por ejemplo, celebrar o no celebrar matrimonio, es una restricción que se considera indebida para la libertad del heredero o del legatario y, por lo tanto, se declara como no puesta.

Sin embargo, es válido dejar el uso o la habitación, o una pensión o el usufructo exclusivamente que equivalga a esa pensión, a una persona por el tiempo que permanezca soltero o viudo.

Por otra parte, es importante hacer notar que si el testador establece que será heredera una persona, si al momento de su fallecimiento tiene determinado estado civil, esta disposición será perfectamente válida, ya que el testador no impone ninguna condición de tomar o dejar de tomar estado, sino que establece cuál es el presupuesto para designar a sus beneficiarios; por ejemplo, podría establecerlo del siguiente modo: nombra como herederos a los hijos que, al momento del fallecimiento del testador, se encuentren solteros.

Legado de prestación periódica sujeto a condición

En el legado de prestación periódica, sujeto a condición resolutoria, establece una regla especial, que deroga a la regla general. En principio las obligaciones sujetas a condición resolutoria, cumplida ésta, retrotraen sus efectos al momento de su nacimiento; para dejar las cosas como si nada hubiese existido, se resuelve la obligación; sin embargo, en el legado, el legatario hará suyas todas las prestaciones que le hubieren correspondido hasta el día en que se cumplió la condición, es decir, sus efectos no se destruyen retroactivamente. Por lo tanto, el legatario nada habrá de restituir, y habrá hecho suyo lo percibido hasta la resolución.

Efectos de las condiciones

Antes de que se cumpla la condición. En caso de tratarse de una condición suspensiva, el derecho o la obligación a ella sujeta no nace, no produce efectos, ya que de su cumplimiento depende la *existencia* del derecho y de la obligación. En caso de tratarse de una condición resolutoria, los derechos y obligaciones nacen como si fueran puros y simples, pero su existencia depende de que la condición no se realice.

Efectos al cumplirse la condición. Si se trata del cumplimiento de una condición suspensiva se retrotraen los efectos y se es heredero desde el momento de la muerte del autor de la herencia, como si la institución hubiese sido pura y simple. Sin embargo el Código impuso el requisito de que el heredero o legatario sea capaz tanto al momento de la muerte del autor de la herencia, como al momento del cumplimiento de la condición suspensiva, a lo que Asprón Pelayo argumenta que es carente de toda técnica jurídica, ya que si los efectos se retrotraen al momento de la muerte, bastaba con que en ese momento hubiera sido capaz para que fuera heredero, pero desafortunadamente la ley dio otra solución, por lo cual aceptaremos que aunque la ley sea mala, es ley.

Tratándose del cumplimiento de una condición resolutoria, al cumplirse se retrotraen los efectos, también al momento de la muerte y, por tanto, el que parecía heredero puro y simple, dejará de parecerlo y sabremos a ciencia cierta que nunca lo fue, reconociéndose en ese momento a quien corresponda como heredero, quien desde luego era el heredero desde el momento de la muerte del de cujus, aunque no lo supiesen hasta el momento del cumplimiento de la condición resolutoria. Al respecto Antonio de Ibarrola, en su libro *Cosas y sucesiones*, señala que el heredero o legatario sujeto a condición resolutoria, una vez que ésta se ha cumplido deberá restituir al heredero correspondiente, además de lo que hubiera recibido, los frutos que se hubiesen producido, ya que los frutos pertenecen al dueño de la cosa, y el dueño de la cosa es el que efectivamente resulte ser el verdadero heredero.

Institución sujeta en carga

En doctrina se discute acerca de la distinción entre condición y carga, autores como Josseland y Capitant establecen que la carga mira a los bienes y la condición a las personas, y autores como Planiol y Ripert dicen que la condición produce efectos de pleno derecho, mientras que la carga es una obligación que no produce efectos sino bajo el control de la justicia.

TESTAMENTOS DEL TESTAMENTO

~~Esta controversia carece de sentido en nuestra legislación, ya que el Código las equipara, ya que el artículo 1361, dice lo siguiente: La carga de hacer alguna cosa se considerara como condición resolutoria.~~

También el Código establece que si el testador al imponer la carga no fijo plazo, ni por su naturaleza lo tuviere, se quedará la cosa en poder del albacea, pudiendo seguirse el procedimiento sucesorio con el resto de los bienes, y al hacerse la partición se asegurará completamente el derecho del heredero o legatario para el caso de cumplirse la condición.

Institución sujeta a modo

El modo es la expresión del fin para el cual se realiza un acto. El modo en nuestro derecho, sin embargo, es una condición resolutoria. Por ejemplo nombro como mi heredero a José para que con el caudal hereditario construya un hospital; en caso de no construirlo podrá resolverse su derecho, perdiendo la calidad de heredero que parecía haber tenido. El modo no es más que una carga, que se realizará con lo percibido, mientras que la carga en sentido estricto puede realizarse con bienes propios o consistir en la prestación de un servicio, con independencia de los bienes que se hayan adquirido por herencia. Por lo tanto, se puede decir, que el modo en materia sucesoria, es la designación de herederos o legatarios, a los que se les impondrá la obligación de destinar a un fin permitido los bienes que se les deja.

CONCLUSIONES

capitulo IV

Sabemos que para que un testamento sea valido jurídicamente es necesario que se cumpla con los elementos de existencia: voluntad, objeto y solemnidad, así como los requisitos de validez: capacidad del otorgante, ausencia de vicios de la voluntad, que el objeto, motivo o fin sean lícitos y que la voluntad se haya manifestado en la forma en que la ley establezca; por lo que si alguno de los primeros falta, el testamento será inexistente, entendiéndose que el testamento nunca llegó a producirse; y, en caso de que falte alguno de los requisitos el acto será anulable. A lo que considero que el testamento esta afectado de nulidad absoluta, porque no puede hablarse de testamentos que produzcan sus efectos provisionalmente, ni que éstos puedan ser objeto de prescripción, por lo que a testamentos se refiere, solamente puede decirse que un testamento produce efectos o no. Asimismo tampoco podemos hablar de convalidación retroactiva; por lo que tendria que otorgarse un nuevo testamento que este libre de cualquier elemento que pueda provocar, ya sea la inexistencia o la nulidad del mismo.

La principal característica del testamento la constituye su revocabilidad. Por tratarse de un acto de última voluntad, la ley otorga al testador la oportunidad legal para que pueda expresar en cualquier instante, aún en trance de muerte, la manifestación de su última voluntad.

La voluntad del testador puede cambiar y ese cambio no vulnera ningún derecho porque el heredero o legatario instituido anteriormente en otro testamento, no tienen ningún derecho mientras viva el testador.

La facultad de revocación es esencial y el testador no puede renunciar a ella, porque siendo el testamento la obra de su última voluntad debe ser dejado sin efecto por esa misma voluntad. Al testador no se le puede impedir la facultad de revocar y tampoco se le puede estorbar el libre ejercicio de esa facultad. Toda disposición contenida en el testamento queda sujeta a la facultad de revocación.

Puede ocurrir que es testamento posterior no modifique ni altere la disposiciones contenidas en el testamento anterior y desee el testador que ambos testamentos coexistan. La ley lo permite, siempre que el testador haga formal declaración, en el segundo testamento, de su voluntad de mantener la vigencia de ambos, o sólo una parte del primero.

Para que el anterior testamento quede sin efectos, es necesario que el posterior sea perfecto, esto es, que reúna los requisitos de ley.

La caducidad, designa ciertas causas, por medio de las cuales una disposición testamentaria, aunque válida y no revocada no produce efectos.

La ley enumera 3 supuestos en los cuales se origina la caducidad, la cual sólo se producirá con respecto de las personas que ahí se indican, pero en lo demás tendrá el testamento plena validez y eficacia. Asimismo estas personas no transmiten ningún derecho a sus herederos.

A lo anterior existe una excepción, cuando en la disposición testamentaria contenga condición de suceso pasado o presente desconocidos, y que la noticia del hecho se sepa después de la muerte del heredero o legatario, en este caso, la institución no caduca, y transmite sus derechos a sus respectivos herederos.

También considero que los testamentos especiales caducan cuando el testador, no muere dentro de los plazos señalados por la ley, una vez que han desaparecido las causas que motivaron el otorgamiento.

Por otro lado, el testamento es inoficioso cuando no se deja pensión alimenticia (a aquellas personas mencionadas anteriormente) pero esa obligación sólo subsiste a falta o por imposibilidad de quienes deban proporcionarlos.

Entonces, las únicas asignaciones forzosas, si así pudiéramos denominarlas, son las pensiones alimenticias de carácter sucesorio. Solo se establecen en la sucesión testada, la ley impone al testador la obligación de considerarlas entre las disposiciones de última voluntad. Por lo que, carece de libertad el testador para excluirlas, y si lo hace, su testamento se considera inoficioso; esto quiere decir que a pesar de la omisión, los interesados no pierden su derecho a cobrarlos.

El testamento no es nulo, pero la exclusión deliberada a uno de los asignatarios de pensiones no tiene eficacia legal alguna. Entonces, la ley, en este aspecto, establece una limitación al principio de la autonomía de la voluntad, en donde el silencio del testador lo suplente el legislador.

En cuanto a las modalidades de los testamentos, sabemos una consecuencia natural del derecho de propiedad es que el propietario tenga la facultad de disponer de sus bienes, y consiguientemente: para transmitirlos por testamento sin limitaciones, lisa o llanamente, o imponiendo condiciones al heredero o legatario. Si esta facultad se tiene por actos intervivos (transmitirlos con sujeción a condiciones), no se comprendería que esa facultad se le negara al momento de disponer para después de su muerte. Así entonces, el testador puede imponer modalidades al disponer de sus bienes. Igualmente se puede sujetar a plazo la designación de legatario, no así del heredero.

Si la condición de imposible realización es suspensiva, la institución de heredero o legatario debe ser considerada como inexistente, en virtud de que nunca podrá llegar a nacer el derecho establecido en la disposición testamentaria, pues se sabe de antemano que el acontecimiento futuro e incierto nunca tendrá realización. Si la condición imposible es resolutoria, entonces la institución debe ser válida, pues por adelantado se tiene la certeza de que jamás se realizara el acontecimiento futuro e incierto del cual depende que se resuelva el derecho del heredero o del legatario, que jamás resultará afectado en cuanto a su existencia jurídica, en este caso, la institución debe considerarse pura y simple y tal condición debe tenerse por no puesta.

La imposibilidad de alguna condición debe juzgarse en el momento de la muerte del testador y no en el de la facción del testamento, pues lo que importa es que el hecho sea posible o imposible una vez abierta la sucesión testamentaria, ya que hasta entonces existirá la posibilidad jurídica de que el heredero o legatario pueda heredar. Así entonces, si la condición era imposible al tiempo de otorgarse el testamento, y dejara de serlo a la muerte del testador, debe considerarse como válida.

La condición por la cual se exige que el heredero o legatario hagan en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona, es ilícita y produce la nulidad de la institución. La razón de esta nulidad, se encuentra en el hecho de que tal condición constituye un agravio a la voluntad del supuesto favorecido, ya que lo coacciona restringiendo o eliminando la espontaneidad de su querer, en contra del principio de la libre testamentación.

Las condiciones puramente potestativas, son aquellas en la que sólo dependerá del heredero o legatario realizar el hecho futuro e incierto. Si la condición la realiza es porque decidió aceptar la herencia.

Cuando se trata de condiciones potestativas negativas, misma que consiste en la prohibición impuesta al heredero o legatario de que no haga o no dé alguna cosa; se tendrá por no puesta, ya que implica una restricción indebida al derecho del heredero o legatario. Por lo que la condición se tendrá por no puesta y la condición de heredero o legatario se considerará pura y simple. Lo mismo ocurre respecto de la condición de no impugnar el testamento o alguna de las disposiciones que contenga, so pena de perder el carácter de heredero o legatario al impugnar el testamento o las disposiciones en el contenidas, y por ser contraria a lo que manda la ley, que el testador no puede prohibir que se impugne el testamento. Se trata entonces, de una condición potestativa negativa ilícita.

Las condiciones causales son aquellas que dependen del acaso, y las mixtas son las que dependen en parte del acaso y en parte de la voluntad de un tercero. Por lo que, si la institución de heredero se sujeta a esta clase de condiciones no es necesario, para que se tengan por cumplidas, que la realización del acontecimiento en que consisten se verifique forzosamente luego de muerto el testador, bastará que se realice en cualquier tiempo, después de otorgado el testamento, salvo que el testador hubiere dispuesto otra cosa. Si no se hubiese dispuesto otra cosa, y la condición se cumple en vida de él, la institución de heredero o legatario quedará pura y simple. Para que se tenga por cumplida la condición causal o mixta, cuyo suceso se realice en vida del testador, no se requiere que éste ignore esa circunstancia, o que conociéndola, el suceso ya no pueda reiterarse.

Cuando en un testamento se impone al heredero o legatario la condición de tomar estado civil, o se le prohíbe la adquisición de estado, dicha condición se tendrá por no escrita, y la institución de heredero se considerará pura y simple. Esta condición, por ser contraria a la libertad personal, carece de protección legal; admitirla conduciría unas veces, a violentar la naturaleza de las personas, y otras, a simular estados que no se tienen.

V. EL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

CONCEPTO DE TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

FE PÚBLICA

Concepto

Definición de fe pública

Requisitos de la fe pública

Evidencia

Objetivación

Coetaneidad o simultaneidad

Notas o accidentes de la fe pública

Tipos de fe pública

FORMALIDADES DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

MODALIDADES DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

Conclusiones

V. EL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

CONCEPTO DE TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

El testamento público cerrado también llamado *místico o secreto*, tiene la garantía de que el notario y los testigos reciben la última voluntad en un pliego cerrado, y por ende la desconocen.

Este testamento fue reconocido en Roma, diciéndose que tiene su origen en las doce tablas. Encontrándose reglamentado en el Derecho Justiniano.

Las leyes del toro, recogidas en la nueva recopilación, presuponen que el testamento lo perfecciona a solas el testador y lo presenta al escribano, siendo presenciado el acto por siete testigos y firmado por todos los concurrentes. Se exige la unidad del acto. Las partidas exigían que los testigos fueran rogados por el testador, escribano u otro a su nombre para asistir al testamento; pero como la recopilación no menciona esta circunstancia, hoy en día es suficiente que los testigos oigan y entiendan al testador, aunque no se les haya hecho ninguna especie de suplica al efecto.

El testamento místico (cerrado) es aquel que, redactado por el testador o bajo su dirección personal, se presenta cerrado y sellado a un notario, quién levantará acta del testamento, suscribiéndola a continuación. Es una combinación del testamento ológrafo y del testamento público abierto.

Este testamento ofrece las ventajas del ológrafo y del notarial. Toda persona que sepa escribir puede redactar por sí sola su testamento, que será tan secreto como los testamentos ológrafos. Y aún los que no supieran escribir, siempre que supieran leer, encontrarán en estos testamentos cierta ventaja, con sólo obtener el auxilio de un amigo fiel, a quien, privadamente, le dicte el testamento; por otra parte, se evita la inseguridad de los ológrafos. La intervención del notario afirma ante todo el mundo la existencia de un testamento y frecuentemente el mismo notario se encargará de su conservación. Por tanto, esta forma de testamento presenta todas las ventajas y debiera en la práctica ser más usado, lo que no sucede; es, en cambio, la forma menos empleada. El testamento cerrado requiere tal serie de complicadas formalidades, que atemoriza a los testadores. Por esas formalidades son frecuentes los casos de nulidad y la abundancia de jurisprudencia en relación con el reducido número de esos testamentos demuestra que en estos testamentos son frecuentes los litigios.

EL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

Por otra parte, en nuestra época la gente es un poco escéptica, se sonríe ante esas formalidades misteriosas que rodean el testamento, cuyas disposiciones, o muchas de las cuales, se dice son desconocidas por todo el mundo. En fin, hay un modo de lograr aproximadamente los mismos resultados, y que consiste en redactar un testamento ológrafo y depositarlo en poder de un notario.

Este testamento es público porque se otorga ante notario, en instrumento público, la escritura, y es cerrado porque el contenido del mismo se desconoce, el notario interviene en el otorgamiento del testamento, pero no en la redacción el mismo.

En este testamento interviene el notario y testigos, pero sólo para hacer constar en la cubierta del sobre que lo contiene, la declaración del testador, en presencia de los testigos, de que en dicho sobre se encuentra un pliego que contiene su testamento. Tanto el testador como los testigos y el notario deberán firmar en la cubierta, y este último pondrá su sello.

Una vez que el notario tenga conocimiento de que ha muerto el que otorgó el testamento público cerrado, comunicará este hecho al juez y remitirá el sobre que contenga el testamento. El juez citará al notario y a los testigos que hayan intervenido para que den fe de que el sobre se encuentra en las mismas condiciones en que fue entregado por el testador, que no ha sido alterado o abierto, y también para que reconozcan sus firmas. Si no fuere posible citar a todos los testigos por estar ausentes o por haber muerto alguno de ellos, la audiencia se llevará a cabo con los testigos presentes y con el notario, y a falta de notario, si en su concepto esas firmas son auténticas y si las personas mencionadas estaban en el lugar y fecha que aparezca en la cubierta del testamento cerrado. Después de cumplir estas formalidades y una vez demostrada la autenticidad del sobre, que no haya sido abierto o en una forma violado, el juez lo abrirá y mandará protocolizar el testamento, que consiste en que el notario deposite en el Apéndice el testamento original, extienda testimonio de su contenido y del acta de protocolización, cuyo testimonio servirá para la tramitación del juicio sucesorio.

FE PÚBLICA

Concepto

Para comprender la importancia que tiene el Notario en el otorgamiento de un testamento, es necesario analizar que es la fe pública con la que está investido.

Fe sinónimo de certeza o seguridad, esto es, creer en algo que no nos consta, que no hemos percibido por los sentidos.

Desde el punto de vista jurídico es obligatorio, pues los instrumentos públicos son expedidos por fedatarios o autoridades, es lo que los convierte en auténticos y el Estado obliga a tenerlos por ciertos.

Pública significa notoria, patente, manifiesta que la ven o la saben todos.

La fe publica siempre debe constar en forma documental, la tiene y la crea el Estado con el fin de brindar seguridad jurídica.

La fe estatal es:

- a) obligatoria, es decir, no depende de la voluntad de los individuos en particular; la sociedad tiene el deber de creer en ella;
- b) nace del Estado por su derecho a autodeterminarse de manera soberana (Jus Imperium), es así como el Estado determina la forma de otorgar seguridad jurídica al conglomerado pasivo universal, que es uno de sus fines primordiales.

Definiciones de fe pública

Podemos proponer varias definiciones:

- a) es una presunción legal de verdad;²⁹
- b) es un imperativo jurídico o verdad oficial impuesta por el Estado, vigente mientras no se pruebe su falsedad;³⁰
- c) relación de verdad entre el hecho o acto y lo manifestado en su instrumento;
- d) la seguridad otorgada por el Estado para afirmar que un acto o hecho es verdadero;
- e) imperativo jurídico que impone el Estado a un pasivo contingente universal para considerar cierta y verdadera la celebración de un acto o el acaecer de un evento que no percibe este contingente por sus sentidos; también es el contenido del instrumento que los contiene.

Desarrollando esta última definición tenemos que:

1.- *imperativo jurídico*: se refiere a que es forzoso tener por cierto lo que se contiene en cualquier instrumento emanado del Estado a través de un fedatario o una autoridad (documento auténtico);

²⁹ Enrique Giménez Arnaú. Derecho Notarial. Ed. Ednusa Navarra. Pamplona. 1976. p. 37.

³⁰ Luis Carral y de Teresa. Derecho Notarial y Derecho Registral. Ed. Porrúa. México. 1984. pp. 52 y 60.

2.- *pasivo contingente*; se refiere al efecto *erga omnes*, o sea el carácter de oponible frente a cualquier persona del contenido de un documento auténtico;

3.- considerar cierto un acto o hecho; es decir, ya que el notario confecciona el acto, elabora el acuerdo de voluntades y certifica hechos que acaecieron de la manera en que el los percibió, el contenido de los documentos se debe tener por cierto y verdadero;

4.- que no percibe por sus sentidos; esto obliga a que el Estado ordene mecanismos en donde se crea en algo que no se ha captado o percibido personalmente.

Todo lo anterior es válido hasta que no se compruebe su nulidad o falsedad (presunción *juris tantum*) conforme al artículo 102 de la Ley del Notariado para el Distrito federal, que dice:

Artículo 102. "En tanto no se declare judicialmente la falsedad o nulidad de una escritura, las actas y testimonios serán prueba plena de que los otorgantes manifestaron su voluntad de celebrar el acto consignado en la escritura; que hicieron las declaraciones y se realizaron los hechos de los que el notario dio fe; y de que éste observo las formalidades correspondientes."

En relación con la validez que un instrumento notarial debe conservar pese a contener un acto declarado judicialmente como nulo; el artículo 103 dispone:

Artículo 103. "La escritura o al acta será nula:

I. Si el notario no tiene expedito el ejercicio de sus funciones al otorgarse el instrumento;

II. Si no le esta permitido por la ley autorizar el acto o hecho materia de la escritura;

III. Si fuera otorgado por las partes o autorizadas por el notario fuera del Distrito Federal;

IV. Si ha sido redactado en idioma extranjero;

V. Si no está firmada por todos los que deban firmarla según esta ley, o no contiene la mención exigida a falta de firma;

VI. Si está autorizada con la firma y sello del notario cuando debiera tener la razón de "No paso", o cuando la escritura o el acta no estén autorizadas con la firma y sello del notario, y

VII. Si falta algún otro requisito que produzca la nulidad del instrumento por disposición expresa de la ley.

En el caso de la fracción II de este artículo, solamente será nulo el instrumento en lo referente al acto o hecho cuya autorización no esté permitida; pero valdrá respecto de los otros actos o hechos que lo contengan y que no estén en el mismo caso.

Fuera de los casos determinados en este artículo el instrumento es válido, aún cuando el notario infractor de alguna prescripción legal quede sujeto a la responsabilidad que en derecho proceda."

Requisitos de la fe pública

Evidencia

Es la relación que existe entre el autor del acto jurídico y el del instrumento notarial, es decir, es la relación entre *el quien y el ante quien*, el notario narra el hecho propio (certificación) y constata el hecho ajeno. En la certificación, el notario concreta su actividad de fedatario, es decir, manifiesta el contenido de su fe pública originaria, que versa sobre: fe de la existencia de los documentos relacionados con la escritura, de conocimiento de las partes, de lectura y explicación y de otorgamiento de la voluntad.

El artículo 62 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, dice en su parte relativa:

"(...) El notario redactará las escrituras en castellano y observará las reglas siguientes: (...)

XIII. Hará constar bajo su fe:

- a) Que se aseguro de la *identidad* de los otorgantes y que a su juicio, tienen capacidad legal;
- b) Que les fue *leída* la escritura a los otorgantes, a los testigos e intérpretes, en su caso, o que la leyeron por ellos mismos;
- c) Que *explicó* a los otorgantes el valor y la consecuencias legales del contenido de la escritura, cuando así proceda;
- d) Que *otorgaron* la escritura los comparecientes, mediante la manifestación ante notario de su conformidad, así como mediante su firma o, en su caso, que no la firmara por haber declarado no saber o no poder hacerlo. En substitución del otorgante que se encuentre en cualquiera de estos casos, firmará la persona que al efecto elija. En todo caso, el otorgante que no firme imprimirá su huella digital;
- e) La *fecha o fechas* en que se firma la escritura por los otorgantes o por la persona o personas elegidas por ellos, y por los testigos e interpretes si los hubiere; y
- f) Los *hechos* que presencie el notario y que sean integrantes del acto que autorice, como entrega de dinero o de títulos y otros.

El notario también deberá certificar haber tenido a la vista los documentos relacionados en la escritura o acta que redacte.

Objetivación

Consiste en que todo lo percibido debe ser plasmado en el instrumento, es decir, todo lo que el notario percibe de manera sensorial o por el dicho de otros, debe constar por escrito dentro de un protocolo.

Lo anterior quiere decir que, *toda actuación notarial debe hacerse en el protocolo, atendiendo al principio doctrinal de matricidad.*

Coetaneidad o simultaneidad

Es la relación entre lo narrado o percibido, su plasmación en el instrumento notarial y su otorgamiento. Es una relación temporal entre lo narrado por terceros, lo percibido por éstos o el notario, y su plasmación u otorgamiento en un instrumento notarial.

Esta relación ha sido regulada en los siguientes artículos de la LNDF:

Artículo 72. "Si los que aparecen como otorgantes, sus testigos o interpretes no se presentan a firmar la escritura dentro de los *treinta días naturales* siguientes al día en que se extendió ésta en el protocolo, el instrumento quedará sin efecto y el notario le pondrá al pie la razón de "no paso" y su firma."

Artículo 73. " Si la escritura contuviere varios actos jurídicos, y dentro del término que se establece en el artículo anterior se firmaré por los otorgantes de uno o varios de dichos actos, y dejare de firmarse por los otorgantes de otro u otros actos, el notario pondrá razón "Ante mí" en lo concerniente a los actos cuyos otorgantes han firmado, su firma y su sello, e inmediatamente después pondrá la nota "No pasó", sólo respecto del acto no firmado, el cual quedará sin efecto."

Artículo 85, fracción segunda. " En las actas relativas a los hechos a que se refiere la fracción I del artículo anterior (84), se observará lo establecido en el artículo 62 de esta ley, con las modalidades siguientes: (...) II. Una vez que se hubiere practicado cualesquiera de las diligencias mencionadas en la fracción I del artículo anterior, el notario podrá levantar el acta relativa en la oficina de la notaría a su cargo, a la que podrá concurrir la persona que haya sido destinataria del objeto de la diligencia efectuada, dentro de un plazo que no exceda de cinco días a partir de la fecha en que tuvo lugar la actuación de que se trate, para hacer las observaciones que estime convenientes al acta asentada por el notario, manifestar su conformidad o inconformidad con ella, y en su caso, firmarla. Si estas manifestaciones no pueden asentarse en el texto del acta respectiva, se hará constar un documento por separado, firmado por el interesado, que el notario agregará al apéndice correspondiente y una copia del mismo se entregará al concurrente. El notario autorizará el acta aún cuando no haya sido firmada por el solicitante de la diligencia y demás personas que intervengan, *dentro de los respectivos plazos que para ello señala esta ley.*"

EL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

El artículo 84, fracción primera de la LNDF, dice: "Entre los hechos que debe consignar el notario en actas, se encuentran los siguientes. *I. Notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos de documentos mercantiles* y otras diligencias en las que pueda intervenir el notario según las leyes (...)"

Estas normas tienden a dar rigidez y seriedad a la actividad notarial, toda vez que obligan a las partes a no dejar pendiente de forma indefinida el otorgamiento o conclusión de un instrumento, fijándoles un plazo máximo para dicho efecto, el cual obedece en cuanto a su determinación a un criterio o arbitrio legislativo.

Notas o accidentes de la fe pública

Las notas o accidentes de la fe pública son situaciones que tienden a determinar la identidad entre el hecho y lo narrado.

Exactitud

Es la relación de igualdad entre el hecho o acto y lo narrado en el instrumento público.

Integridad

Es el acto de materializar o estatizar el acto o hecho para el futuro, lo cual debe hacerse en un documento.

Esta materialización se hace mediante la impresión original del instrumento en el protocolo, y su reproducción con la expedición de testimonios y copias.

El artículo 93 de la LNDF, dice "Testimonio es la copia en que se transcribe íntegramente una escritura o acta notarial, y se transcriben o se incluyen reproducidos los documentos anexos que obran en el apéndice, con excepción de los que estuvieren redactados en idioma extranjero, a no ser que se les incluya en fotocopia, con su respectiva traducción y los que se hayan insertado en el instrumento.

No será necesario insertar en el testimonio los documentos ya mencionados en la escritura, que han servido solamente para la satisfacción de requisitos fiscales. El testimonio será parcial cuando se transcriba en él solamente una parte, ya sea de la escritura o del acta, o de los documentos del apéndice. Las hojas que integran un testimonio irán numeradas progresivamente y llevarán al margen la rúbrica y el sello del notario. No deberá expedirse testimonio parcial cuando la parte omitida pueda causar perjuicio a tercera persona.

El artículo 98 de la LNDF, dicta: "El notario sólo puede expedir certificaciones de actos o hechos que consten en su protocolo. En la certificación hará constar el número y la fecha de la escritura o del acta respectiva, requisito sin cuya satisfacción, la certificación carecerá de validez".

La labor de reproducción del instrumento corre a cargo del Archivo General de Notarías, una vez que el notario le ha remitido los libros de protocolo para su guarda, el solicitante debe acreditarle un interés jurídico.

Existe la disposición por parte del Archivo General de Notarías, de expedir copias certificadas de escrituras con una antigüedad de más de setenta años, sin que sea necesario acreditar interés jurídico.

El artículo 148 de la LNDF, señala: "El Archivo General de Notarías es público respecto a todos los documentos que lo integran con más de setenta años de antigüedad, y de ellos expedirá copias certificadas a las personas que así lo soliciten, exceptuado aquellos documentos sobre los que la ley imponga limitación o prohibición. En relación con los documentos que no tengan esa antigüedad, sólo podrán mostrarse y expedir copias certificadas a las personas que acrediten tener interés jurídico en el acto o hecho de que se trate, a los notarios o a la autoridad judicial.

Dación de fe

Es la narración del notario emitida a requerimiento de parte, rogación referida a hechos propios y comportamientos ajenos --En esto se materializa la evidencia-- o bien, refiriéndose a acontecimientos de la naturaleza o hechos materiales, es instrumentada por el notario al momento de percibirlos, y esta destinada a dotarlos de fe pública.

Forma de dación de fe

Es la forma en que se manifiesta la fe notarial, es decir, el modo en que el notario narra sus actos y los ajenos. Misma que debe ser documental (principio de matricidad).

La forma de la dación de fe es por escrito --bajo los aspectos de integridad y objetivación--.

Tipos de fe Pública

Originaria

Este tipo de fe pública se presenta cuando el hecho o el acto del que se deba dar fe fue percibido por los sentidos del notario. Ésta se presenta por ejemplo, cuando el notario asienta una certificación de hechos en su protocolo; o da fe del otorgamiento de un testamento.

Derivada

Consiste en dar fe de hechos o escritos de terceros, aquí el notario no ha percibido sensorialmente el acaecer del hecho o el otorgamiento del acto que plasmará en su protocolo. Por ejemplo, cuando el notario protocoliza el acuerdo del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima, otorgándole poder a un tercero, o lo hace con las diligencias derivadas de un de apeo y deslinde.

El fundamento de la fe pública notarial lo constituye la necesidad de certidumbre que deben tener los actos de los particulares, fin de que el Estado pueda proteger los derechos dimanantes de éstos garantizándolos contra cualquier violación, y en tal sentido, la fe pública notarial, llena una misión preventiva al constituir los actos que ella ampara en una forma de prueba preconstituida suficiente para resolver e impedir posibles litigios.

FORMALIDADES DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

Es la forma conforme debe realizarse el testamento público cerrado, de acuerdo a lo que la ley establece siendo necesarios los siguientes requisitos.

- Puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, en papel común, Asprón Pelayo opina que en este testamento si se pueden utilizar medios mecánicos para su facción, a diferencia del ológrafo, en el cual la ley exige que sea escrito de puño y letra del testador.
- El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento, pero si no sabe o no puede firmar deberá hacerlo otra persona a su ruego, procediendo el testador, desde luego, a imprimir su huella digital.
- El documento en que contenga el testamento debe estar cerrado y sellado, debiéndose exhibirse ante notario y tres testigos.
- El testador debe declarar que en el sobre o pliego cerrado se contiene su testamento.
- El notario dará fe del otorgamiento, pondrá una razón en el sobre, expresando que se cumplieron las formalidades que la ley exige, misma que deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quién además pondrá su sello.
- Una vez cumplidos los requisitos anteriores, el notario devolverá el sobre al testador, asentará en su protocolo el otorgamiento del testamento, debiendo indicar el lugar, hora, día, mes y año en que se autorizó y devolvió el testamento. Si no se cumple con este requisito el testamento surte efectos, pero al notario se le impondrá como sanción la suspensión por seis meses.

- Para que el testamento público cerrado surta sus efectos debe ser declarado formal testamento, esto en razón de que se desconoce el contenido del mismo. Este testamento no es perfecto en sí mismo, sino hasta que se le reconoce como tal judicialmente.
- Una vez declarado formal testamento, el juez ordenará la protocolización y publicación del testamento.

MODALIDADES DEL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

En aquellos casos en los cuales no se reúnan los requisitos antes mencionados, la ley establece requisitos especiales conocidos como modalidades.

Los siguientes artículos regulan lo que debe hacerse en caso de que el testador no pueda o no sepa firmar:

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

Artículo 1523. En el caso del artículo que precede, la persona que haya rubricado y firmado por el testador, concurrirá con él a la presentación del pliego cerrado; en este acto, el testador declarará que aquella persona rubricó y firmó a su nombre y ésta firmará en la cubierta con los testigos y el notario.

Artículo 1528. Si al hacer la presentación del testamento no pudiere firmar el testador, lo hará otra persona a su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos.

Artículo 1529. Sólo en los casos de suma urgencia podrá firmar uno de los testigos, ya sea por el que no sepa hacerlo, ya por el testador.

El notario hará constar expresamente esta circunstancia, bajo la pena de suspensión de oficio de tres años.

Artículo 1532. En el caso del artículo anterior, si el testador no puede firmar la cubierta, se observará lo dispuesto en los artículos 1528 y 1529, dando fe el notario de la elección que el testador haga de uno de los testigos para que firme por él.

- Si uno de los testigos no sabe o no puede firmar, deberá firmar otra persona que lo haga a su nombre y en su presencia, pero aunque la ley no lo diga, Asprón Pelayo considera que debe de imprimir su huella digital el testigo que lo firmo.

EL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

- En caso de que sea sordomudo el que desee otorgar este testamento, la ley le impone dos reglas especiales, que concurren con cinco testigos, en lugar de los tres que son la regla general, además de que el testamento deberá estar escrito totalmente, fechado y firmado, de puño y letra del testador, debiendo escribir ante el notario y testigos, en la cubierta, que en aquel pliego se contiene su última voluntad y está escrito y firmado por él, el notario certificará esto en el acta de la cubierta. Asprón Pelayo opina que el sordomudo puede otorgar cualquier tipo de testamento, pero en el caso del público cerrado el legislador fue más exigente.
- Si el testador es sólo sordo o sólo mudo, la ley le impone la obligación de que él, de su puño y letra, escriba el testamento o escriba una nota en la que aclare que fue escrito por otro, firmándola de su puño y letra.
- Si no se cumplen con todos los requisitos que la ley le impone, el testamento público cerrado quedará sin efecto, y el notario sufrirá la pena de pérdida de oficio.
- En caso de que el sobre en el que se contengan las disposiciones del testador este abierto, o de que el pliego que esté en el interior esté roto, o en caso de que las firmas sean alterados, el testamento quedará sin efectos.
- En cuanto a la capacidad del testador, en este testamento estamos a la regla general, excepto el que no sepa o no pueda leer, no es apto para hacer uno público cerrado.
- En relación con la fecha de otorgamiento del testamento público cerrado, la ley no pide que se feche el documento, excepto en el caso del sordomudo. Asprón Pelayo considera que el legislador resolvió acertadamente que el testamento se otorgue hasta que se presente al notario y se cumplan con los demás requisitos que se exigen para tal fin.

Por otra parte, analicemos la custodia, depósito y retiro del testamento público cerrado:

- Una vez que el testador concurrió ante notario, acompañado de sus testigos, y se cumplieron con los requisitos del testamento, el notario devolverá el sobre cerrado del testador.
- El testador podrá conservar el testamento en su poder, o podrá encargárselo a cualquier otra persona, o podrá depositarlo en el archivo judicial.
- La presentación, depósito y retiro del testamento, en el archivo judicial, se puede hacer por el propio testador o por medio de apoderado, quién, deberá de gozar de facultad expresa para tal fin.

EL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

Por último, recordemos que este testamento debe ser declarado formal testamento, para que produzca todos sus efectos legales, ya que no es por sí mismo un testamento perfecto, sino hasta que el juez lo declare con validez plena.

CONCLUSIONES

capítulo V

En el testamento público cerrado no se exige la autografía. Así que, el testador puede escribir por sí mismo sus disposiciones de última voluntad, o puede hacerlas escribir por otra u otras personas a las que designe. En todo caso, el que escribe el testamento a ruego del testador es considerado como un servidor o amanuense, que obra bajo la dirección de aquél, sin disponer nada por sí. En este sentido, tal persona no necesita capacidad para obra, por lo que puede ser un menor. Por otra parte, el testador no tiene que indicar el nombre de esa persona, esto sólo será necesario en caso de que hubiere rubricado y firmado por el testador.

La ley no ordena (salvo el caso del sordo-mudo), que la existencia de última voluntad se plasme de puño y letra del testador o de la persona que escriba a su ruego. Así, el testador puede utilizar o hacer utilizar por un tercero, medios mecánicos, electrónicos o eléctricos.

El testamento público cerrado ofrece la ventaja de servir para quienes no saben o pueden escribir, pero que saben y pueden leer, puedan (empleando a un tercero para que escriba) hacer su testamento con el secreto. Permite, además que el que sabe y puede escribir se valga de otra persona para escribir su última voluntad.

El fin que persigue la ley, al establecer que se rubriquen todas las hojas del testamento, es lograr su debida identificación y evitar el fraude testamentario que pueda producirse con el cambio o intercalación de hojas. La rúbrica puede ponerse en cualquier lugar de las hojas.

En cuanto a la firma, la razón por la cual es exigida se encuentra en que a través de ella el autor del testamento expresa que lo escrito no es un simple proyecto, su colocación al calce, es indispensable, pues sirve para indicar cual es el propósito del testador: conferir valor definitivo a toda su manifestación de voluntad, es la expresión de que el proceso volitivo quedó agotado.

La ley dispone firmar al calce, pues con la firma al calce, en la última hoja, el requisito de la rubrica es innecesario, toda vez que el fin que con la rúbrica se persigue queda garantizado con la firma. En este sentido, si el testamento consta de una sola hoja, basta que lleve la firma al calce.

En principio el testador debe rubricar y firmar por sí mismo; pero cuando no supiere o no pudiere hacerlo podrá rubricar y firmar por él otra persona a su ruego. Se infiere de aquí que si el testador sabe y puede firmar, no puede dejar de hacerlo ni autorizar a otra persona para que rubrique y firme a su nombre.

Como medida para garantizar la identificación de las hojas que contienen la última voluntad del testador, y asegurar la inalterabilidad de ésta, la ley exige que en caso de que otra persona haya firmado y rubricado a ruego del testador, ella deberá concurrir junto con éste al acto de presentación del pliego o sobre cerrado, que contiene las disposiciones testamentarias ante el notario y los testigos. En este acto firmarán en la cubierta del sobre la persona que firmo y rubrico a nombre del testador, así como los testigos y el notario. No se exige que firme el testador, y es que se parte del supuesto de que en virtud de que no supo o no pudo rubricar y firmar el contenido de dicho pliego no podrá firmar la cubierta.

Con el objeto de evitar la sustitución o sustracción del papel que contiene las disposiciones testamentarias, o la alteración de éstas, y a fin de garantizar la última voluntad del testador, y su conservación en secreto, hasta la apertura de la sucesión, se dispone que el papel en que se contienen esas disposiciones o el que le sirva de cubierta deberá estar cerrado y sellado, o lo hará cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento.

Con el cierre y sellamiento se persigue un objetivo: hacer patente cualquier violación del papel o la cubierta que contiene las disposiciones testamentarias; por lo tanto, deben usarse materiales, sustancias o instrumentos que satisfagan ese objetivo.

Al hacer la clausura y cierre no es necesario que se realice en presencia del notario y de los testigos. Lo que se precisa es que al momento de presentación del testamento al notario se lleve a cabo el cierre y sellamiento, si no se había efectuado antes esa operación.

A ese efecto, sería mejor, que el pliego o sobre estuviera abierto, y el cierre y sellamiento se efectuara precisamente ante notario y los testigos, después de que el testador se cerciorará de que el documento que contiene sus disposiciones de última voluntad no ha sido sustituido o alterado en su contenido (sin tener desde luego que expresar ese contenido al notario y los testigos).

Puesto que el testamento es personalísimo, la exhibición del pliego debe hacerla el testador, pues ello forma parte del otorgamiento del testamento.

La exhibición del pliego o sobre cerrado y sellado, al notario y los testigos, tienen como objeto principal que éstos y aquél identifiquen el pliego y su cierre y sello.

El testamento público cerrado, toma su nombre de cerrado del hecho de que el notario y los testigos reciben la última voluntad del testador en un pliego cerrado, y por ende la desconocen. El testador simplemente al hacer la presentación del pliego o sobre ante notario y los testigos, manifestará encontrarse ahí contenida su última voluntad.

Esta declaración constituye el acto final de otorgamiento del testamento; para llevarlo al cabo no se requiere el uso de fórmulas sacramentales, bastando que se exprese oralmente. No se precisa su expresión por escrito, salvo en el caso que el testador sea mudo, pues entonces, de puño y letra asentará esa manifestación en la cubierta del testamento ante notario que da fe del acto, y los testigos.

Por la propia naturaleza del testamento público cerrado, el notario no da fe que en el pliego o sobre que presenta el testador está contenida la última voluntad de éste. La ley se limita a exigir, que el testador declare al hacer la presentación del pliego o sobre, que en este está contenida su última voluntad, y que el notario dé fe de esa declaración.

El notario da fe del otorgamiento en la cubierta del pliego o sobre y no en otro lugar. La ley no determina la forma que debe tener ese sobre ni tampoco la clase de papel, manteniéndose, abierta la posibilidad de elaborarlo en cualquier clase. Lo que no se debe olvidar es que, sobre esa cubierta el notario ha de extender la constancia de presentación del documento o el sobre que lo contiene, hecho que, por otra parte, constituye una garantía a la autenticidad de la voluntad testamentaria.

Además de hacer la declaración en la cubierta, el notario debe asentar lo conducente a la identidad del testador, a su capacidad de testar y las circunstancias de encontrarse libre de coacción. El acto de otorgamiento debe ser firmado por el testador, los testigos y el notario, quién además pondrá su sello. La firma del testador es indispensable dado su carácter de otorgante del acto jurídico testamentario. En cuanto a los testigos, la concurrencia de ellos en el testamento, no es un simple requisito formal, ni de efectos meramente probatorios, sino que es un requisito sustancial del que no se puede prescindir, no obstante la intervención notarial, de ahí lo justificable y necesario de su firma. La intervención del notario es una solemnidad esencial, sin la cual no puede hablarse de testamento público cerrado. Su presencia, firma y sello, justifica el carácter público de este testamento.

El Código no establece como requisito, en el acto de otorgamiento, la mención de la fecha, que sirve principalmente para establecer la serie cronológica en el caso de que una persona muera dejando varios testamentos. Pero la ley del notariado prescribe como obligación del notario el hacer constar bajo su fe la fecha de otorgamiento de los actos jurídicos que intervenga y de la autorización definitiva del instrumento donde constan los mismos, sin que la falta de ese requisito afecte la validez de un documento ni la del acto jurídico.

Los testigos tienen la función de asistir al acto de presentación del testamento y de firmar el acta correspondiente. Si alguno de ellos no sabe firmar, se requerirá la presencia de una persona adicional a los testigos, para que lo haga a su nombre y en su presencia de modo que siempre haya tres firmas (una por cada testigo).

Con el objeto de facilitar el otorgamiento del testamento público cerrado, se establece que en casos de extrema urgencia, firme, por el testigo que no sepa hacerlo o por el testador, uno de los testigos instrumentales, pero el notario, en el acto de presentación del testamento, debe hacer constar expresamente esta constancia. La ausencia de esta mención no afectará la validez del testamento simplemente dará lugar a que se imponga al notario, que falta al deber de asentarla, la sanción de suspensión de oficio por tres años.

La ley establece que, los que no saben leer son inhábiles para otorgar este tipo de testamento porque están en circunstancia en que, necesariamente, tendrían que recurrir a otra persona para que escribiera las disposiciones testamentarias y no estaría en aptitud de saber si lo escrito es verdaderamente la voluntad que dictaron. En el mismo sentido, la persona que no puede leer no podrá verificar, por sí misma, si el escrito que ha de presentar en sobre cerrado, ante el notario y los testigos es fiel y realmente la expresión de su última voluntad.

En atención a las circunstancias particulares que concurren en la persona del otorgante (un sordo-mudo) la ley establece requisitos especiales, tendientes a asegurar la autentica expresión de voluntad del testador. Para poder hacer testamento cerrado no es necesario saber o poder escribir, sino saber y poder leer. Sin embargo, si el testador es un sordo-mudo es necesario que además sepa escribir ya que de puño y letra deberá asentar sus disposiciones y testamentarias, firmarlas y fecharlas, como garantía de una autentica expresión de última voluntad. Por esa misma razón de seguridad y tomando en cuenta la imposibilidad de expresión oral del testador, se ordena que al presentar el pliego o sobre, ante notario y los testigos, que habrán de anotar en éste, en presencia de todos, sobre la cubierta, que el aquel pliego se contiene su última voluntad y que va escrita y firmada por él. Por su parte, el notario deberá dar fe del acto de otorgamiento declarado, en el acta de la cubierta del pliego, que el testador lo escribió así.

Es conveniente señalar que el requerimiento de que las disposiciones testamentarias vayan fechadas, parece inútil, toda vez que el testamento cerrado no existe como tal sino hasta su otorgamiento ante notario y los testigos.

En caso de que el testador sea sordo-mudo, y éste no pueda firmar la cubierta, el notario debe dar fe de la elección que el testador haga de uno de los testigos para que firme por él.

Si el sordo mudo puede hacer testamento cerrado, con mayor razón puede testar en esta forma el que sea sólo sordo o sólo mudo; por lo tanto, bastará que el testamento este escrito de puño y letra, o que aunque escrito por otra persona, lo haga saber el testador y firmara éste de puño y letra.

El acta de presentación del testamento cerrado no se extiende en el protocolo del notario, sino que en la cubierta del pliego presentado por el testador se asentará constancia de la presentación. El notario levantará razón en su protocolo, indicando el lugar, hora, día, mes y año en que el pliego que contiene el testamento fue presentado ante él. Debe advertirse que el notario propiamente no autoriza el testamento cuyo contenido y existencia desconoce.

La intervención del notario se limita a darle fe y a hacer constar que el compareciente le ha presentado un pliego cerrado en donde dice se contiene el testamento de quién lo presenta. En todo caso el notario autoriza la constancia de presentación, no el testamento.

En virtud de no quedar en el protocolo del notario autorizante el contenido de las disposiciones testamentarias, por estar ellas expresadas en pliego cerrado, la ley concede al testador todo género de facilidades para que éste busque las garantías convenientes y eficaces que protejan al testamento contra los riesgos de extravío, ocultación y alteración. Así, se deja al testador en la más amplia libertad para resolver sobre la guarda y custodia del pliego testamentario, ya sea darlo a una persona de su confianza, o depositarlo en el archivo judicial.

La ley establece las formalidades que deben observarse cuando el testamento se deposita en el archivo judicial. A diferencia de lo que ocurre con el depósito hecho a un particular, que no se sujeta por la ley a regulación especial, el depósito en el archivo judicial debe ceñirse a reglas. Esto se justifica en el hecho de que el archivo judicial es una dependencia del Estado, cuyas funciones y actividades deben reglamentarse.

Con el fin de que el testamento pueda ser fácilmente localizado se dispone que el encargado del archivo tome razón de la presentación y depósito en el libro que con tal fin debe llevarse.

Depositado el pliego testamentario quedará bajo la responsabilidad directa del encargado del archivo, quién deberá guardarlo y custodiarlo hasta que se solicite su entrega al testador, o proceda su entrega al juez.

Cuando el pliego o sobre que contenga el testamento se encuentre roto o abierto, tenga borraduras, raspaduras o enmendaduras de las firmas, hace presumir la suplantación de la voluntad del testador, por la cual, el testamento quedará sin efectos.

En el otorgamiento del testamento cerrado deben llenarse los requisitos de forma prescritos por ley, a los cuales se les suele llamar formalidades. Algunas de estas formalidades tienden a garantizar la libre manifestación de voluntad del testador, otras a asegurar la identidad y conservación del acto testamentario. Se trata de requisitos externos, prescritos como indispensables para que el testamento pueda producir efectos, para que la última voluntad se tenga por manifestada.

EL TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

Si dejase de cumplirse alguna de las formalidades que la ley establece, el testamento quedará sin efecto y el notario estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios que por ello se derive, e incurrirá, además, en la pena de pérdida de oficio, habiéndosele de cancelar la patente que lo habilita para el ejercicio de la función notarial.

VI. SEGURIDAD JURÍDICA QUE SE ADQUIERE AL OTORGAR TESTAMENTO

SEGURIDAD JURÍDICA
RESPONSABILIDAD DE TESTAR
CONVENIENCIA DE OTORGAR TESTAMENTO

Conclusiones

VI. SEGURIDAD JURÍDICA QUE SE ADQUIERE AL OTORGAR UN TESTAMENTO

SEGURIDAD JURÍDICA

La palabra seguridad proviene de *securitas*, (de *secura*), que, en su sentido más amplio significa estar libre de cuidados. En sentido amplio, la palabra seguridad indica la situación de estar alguien seguro frente a un peligro. Esto nos muestra que el concepto de seguridad varía según sea el tipo de peligro con el cual se relaciona. En la vida social, el hombre, necesita, por una parte, tener seguridad de que los demás respetaran sus bienes y, por otra, saber cómo ha de comportarse respecto de los bienes de los demás. *Esta seguridad referente a las relaciones con los semejantes es la que puede denominarse seguridad jurídica.*

El asegurar la existencia de ciertos comportamientos en la vida social es necesario para la subsistencia de la misma vida social. Para que exista paz es necesario que los miembros de la sociedad respeten los bienes y las vidas ajenas, y por eso es necesario que la sociedad asegure, conminando con la coacción pública, que dichos comportamientos habrán de llevarse a cabo.

Delos define la seguridad jurídica como la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si estos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación. Dicho en otras palabras, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente.

La seguridad jurídica puede entenderse desde dos puntos de vista, uno subjetivo y otro objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, la seguridad equivale a la certeza moral que tiene el individuo de que sus bienes serán respetados; pero esta convicción no se produce si de hecho no existen en la vida social las condiciones requeridas para tal efecto: la organización judicial, el cuerpo de policía, leyes apropiadas, etc. Desde el punto de vista objetivo, la seguridad equivale a la existencia de un orden social justo y eficaz cuyo cumplimiento esta asegurado por la coacción pública.

La seguridad jurídica es uno de los fines principales del derecho. Es evidente que para que exista seguridad jurídica es necesaria la presencia de un orden que regule las conductas de los individuos en las sociedades y que ese orden se cumpla, que sea eficaz.

Lo que interesa a la sociedad es asegurar el cumplimiento de conductas que son valiosas para la vida social, o sea de conductas que implican la realización, del criterio de dar a cada quien lo suyo.

La seguridad jurídica implica, por consiguiente, no solo que el orden social sea eficaz sino que también sea justo.

RESPONSABILIDAD DE TESTAR

A lo largo de nuestras vidas logramos reunir por diversos medios, un gran cúmulo de bienes así como derechos y obligaciones; a la muerte de una persona su patrimonio no se extingue ni puede quedarse acéfalo, forzosamente debe de transmitirse a alguien; sus derechos de propiedad, sus derechos de crédito deben tener un sucesor y, ¿quienes son los llamados a continuar el patrimonio de una persona? Sí, efectivamente serán aquellas personas a quién el testador haya nombrado en su testamento.

El testamento supone que la manifestación de la voluntad del testador se cumplirá cuando éste deje de existir, razón por la cual es deber de cada persona el disponer en vida cual desea que sea el destino próximo de su patrimonio, estableciendo para esto la ley, los lineamientos a seguir para que su voluntad sea válida y en consecuencia cumplida.

La sucesión hereditaria comprende todos los derechos y obligaciones del de cujus que no se extinguieron con su muerte, formando éstos una unidad a la que se le llama *universalidad de derecho*.

La regla consiste en que todos los derechos y obligaciones de las personas trascienden a su muerte, excepto aquellos en que la ley establezca lo contrario. Entre los derechos que se extinguen con la muerte encontramos los siguientes: el uso y el derecho de habitación; los derivados de las relaciones personalísimas, como el parentesco y el matrimonio; los provenientes de las relaciones *intuitu persona*, como el mandato, la prestación de servicios profesionales; los derechos políticos también se extinguen con la muerte; por ejemplo, el derecho de votar. Así entonces es posible hacer disposiciones sobre todos nuestros derechos excepto los que se extingan con la muerte.

El testador puede ordenar cualquier disposición, tanto en relación con sus derechos como con sus deberes: es el objeto del testamento.

Es voluntad del autor de la sucesión elegir quien será la persona o personas que habrán de suceder su patrimonio, así como establecer con que carácter habrán de entrar a la sucesión, es decir, si es heredero o legatario; para esto es responsabilidad del testador el saber cuales son las consecuencias de cada una de estas figuras, a las que puede establecer condiciones, para ello es necesario que el de cujus sepa lo que

esta haciendo al nombrar con determinado carácter pues lo que desea es el bienestar de aquellos que lo van a suceder.

El otorgar testamento es la base para la subsistencia económica de la especie, porque el padre piensa en la familia, y necesariamente en los medios para que subsista, así que, se debe tomarse conciencia y decidir cual es el futuro que se puede ofrecer a la familia con el patrimonio, aún después de la muerte.

El instinto de conservación nos demuestra que así como protegemos nuestras vidas y propiedad, así también tratamos de proteger a nuestras familias, dejándoles un patrimonio, como una institución de defensa y conservación. Nadie podrá discutir, fuera de casos anormales, que hay un afecto a los descendientes, cónyuge, ascendientes y colaterales, razón por la cual el testador primero toma en cuenta a estas personas al momento de otorgar testamento.

Es deber de cada persona el prevenir con antelación cual será el destino de cada uno de sus derechos y deberes para después de su muerte, para esto existe la figura del testamento, asegurando así el cumplimiento de las disposiciones que hagan en razón de diferentes criterios, ya sean familiares, de afecto o por cualquier otra, lo que importa es que esa sea su voluntad.

CONVENIENCIA DE OTORGAR TESTAMENTO

Existen dos tipos de sucesión: la testamentaria y la legítima; la primera se rige por la voluntad expresa del autor de la sucesión, esto es, por la voluntad del testador; y la segunda se rige por la ley. Lo que significa que cuando una persona muere sin haber otorgado testamento y ante la imposibilidad de que sus relaciones jurídicas activas y pasivas queden sin titular, lo que significaría una desorganización en el orden patrimonial; se hace necesaria la utilización de la ley para suplir la voluntad del testador, es decir, se abre la sucesión legítima, dejando tal vez sin la protección que se hubiera querido a aquellas personas a las que tuvo la oportunidad de asegurarles una mejor calidad de vida.

Son muchas y muy variadas las razones por las que se otorga un testamento, pero la más importante es la disposición de los activos y pasivos conforme lo decida el testador. Al existir un testamento que compruebe cual es la voluntad del de cujus y si es claro al hacer las correspondientes disposiciones, es más seguro que sea cumplida, que de no haber testamento.

El otorgar testamento armoniza los intereses fundamentales del individuo, de la familia y de la sociedad; es un llamado a la buena voluntad de saber el destino de mi patrimonio, distribuido éste en razón de la voluntad del testador.

Es conveniente tener una visión previsor a futuro. Bien sabido es que la base de nuestra sociedad mexicana esta cimentada por la familia, procurando siempre su bienestar en todos los ámbitos, incluido el económico, por eso al otorgar testamento estamos asegurando el cumplimiento de mi voluntad respecto de todas aquellas cosas que en vida se dispuse.

Aunque la ley respeta el interés individual, reconociendo la libertad para testar, pues no debe llegar a tal grado el poder de la familia para que siempre y en todo caso la herencia corresponda a los parientes consanguíneos.

Cuando se otorga testamento es el testador quién elige quién desea que suceda sus bienes, derechos y obligaciones, y no la ley. Es a través del testamento que puede darse protección económica a aquellas personas que designe el testador, elegir un tutor, reconocer deudas e incluso hacer el reconocimiento de hijos.

Se hacen evidentes las ventajas que se tiene al otorgar testamento, y la que considero de vital importancia es tener la certeza de que mi patrimonio estará distribuido en la medida que elegí, y de acuerdo a las necesidades consideradas en cada persona, tomando en cuenta diferentes sentimientos que me unen a ellos.

Es también importante el otorgar testamento para de esta manera prevenir los posibles conflictos económicos, familiares y sociales que pueden generarse a falta de éste.

Al no haber testamento que contenga la voluntad del de cujus casi es seguro que la familia (quienes a falta de testamento sucederán) comience a tener diferencias por la manera en que debe repartirse la masa hereditaria, lo que traerá como consecuencia, un desgaste familiar, así como un proceso lento, prolongado y costoso pues al abrirse la sucesión legítima se derivan más gastos que si se otorgará testamento.

Cuando una persona muere sin haber otorgado testamento, será el Estado quién herede, esto en caso de que no haya parientes consanguíneos en línea recta, o hasta el cuarto grado colateral. Los intereses del de cujus quedan en último termino, esto por la irresponsabilidad de no haber otorgado testamento.

CONCLUSIONES

capítulo VI

Al declarar el testador su última voluntad en el testamento, se tiene la seguridad jurídica de que lo que haya dispuesto en él, para después de su muerte, sea cumplido, siempre y cuando se otorgue con las formalidades establecidas por ley.

Es su voluntad, lo que haya dispuesto en el testamento, pero en el caso de que no se otorguen disposiciones testamentarias, tendrá que hacerse uso de la sucesión legítima; por lo que, no se atenderá a la voluntad del testador, o lo que el hubiera deseado, supliendo la ley la voluntad de aquél.

Cada individuo tiene la obligación de decidir cual será el futuro de sus bienes y deberes, obligación que debe contenerse en un testamento, en cualquiera de sus formas, evitando posteriores problemas que puedan generarse por el no otorgamiento del mismo.

De manera simultánea al otorgamiento del testamento, se esta asegurando el bienestar de aquellas personas que el autor de la sucesión haya querido beneficiar.

Al otorgar testamento el autor de la sucesión conoce con antelación, el destino de sus activos y pasivos, pudiendo establecer diversas modalidades de acuerdo a su voluntad, siempre que éstas sean válidas.

CONCLUSIÓN GENERAL

A lo largo de la historia el hombre ha tenido la necesidad de transmitir su propiedad, por un acto de última voluntad, que constituya un aliento para el trabajo, y da al propietario la garantía, profundamente tranquilizada para cualquier persona, de que de ese modo podrá atender, par después de su muerte, a las necesidades de quienes se encuentran ligados a ella por vínculos de amor y de sangre, y permite también cumplir debidamente con obligaciones no sólo de tipo jurídico, sino igualmente con deberes de tipo moral, que son sagrados para el individuo. Razón por la que ha habido diversos tipos de testamentos, aunque el Código Civil de 1870 no admitía la libre testamentación; posteriormente el de 1884 flexibilizó su postura, aceptando la posibilidad de que las personas pudieran disponer de sus bienes según su criterio; el de 1928 y actualmente vigente sigue regulando la libertad para testar.

Bien sabido es que todo testamento debe contener los elementos característicos que ya conocemos, en el entendido de que si alguno de ellos falta el testamento es nulo, con nulidad absoluta, porque no puede hablarse de testamentos que produzcan sus efectos provisionalmente, ni que éstos puedan ser objeto de prescripción, por lo que sólo puede decirse que un testamento produce efectos o no. Tampoco podemos hablar de convalidación retroactiva, para esto, tendrá que otorgarse un nuevo testamento, libre de cualquier elemento o requisito que pueda provocar, ya sea la inexistencia o nulidad del testamento.

Sabemos que la principal característica del testamento es su revocabilidad, por tratarse de un acto de última voluntad,, teniendo el testador esta facultad en todo momento. De igual manera, el testador puede establecer diversas modalidades en su testamento, por ser una consecuencia del derecho natural, el disponer de sus bienes, en la forma que él mismo decida. Por lo que, es aconsejable que toda persona otorgue testamento, más aún para aquellos que tienen hijos menores e incapaces, para nombrarles un tutor apto, capaz y de confianza. O bien para aquellos que desean proteger a sus seres queridos. Además de que el testamento evita los largos y costosos tramites que implica la sucesión legítima.

Así el testamento público cerrado por su economía pudiera llegar a ser el instrumento fácil para que la gente otorgue testamento, pero con tantos tramites y requisitos, hacen que se vuelva lento y oneroso. Estableciendo el legislador, por tratarse de un testamento público cerrado un sin fin de requisitos que necesariamente se tienen que cumplir, porque de no ser así, nunca podrán generar sus consecuencias.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aguilar Carvajal, Leopoldo. *Segundo Curso De Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*. Editorial Porrúa. Cuarta edición. 1980. México. pp. 446.
2. Arce y Cervantes, José. *De las sucesiones*. Editorial Porrúa. Primera edición. 1983. México. pp. 215.
3. Araujo Valdivia, Luis. *Derecho de las cosas y derecho de la sucesiones*. Editorial Cajica. 1965. México. pp. 567.
4. Asprón Pelayo, Juan M. *Sucesiones*. Editorial Mc. Graw Hill. 1996. México. pp. 216.
5. Baqueiro Rojas, Edgar y Resalía Buenrostro Báez. *Derecho de Familia y Secesiones*. Editorial Harla. Tercera edición. 1990. México. pp. 493.
6. Brena Sesma, Ingrid. *La Libertad Testamentaria*. Memoria del Segundo Coloquio Nacional de Derecho Civil. Editorial UNAM Primera edición. 1985. México.
7. Carral y de Teresa, Luis. *Derecho Notarial y Derecho Registral*. Editorial Porrúa. 1984. México.
8. De Ibarrola, Antonio. *Cosas y Sucesiones*. Editorial Porrúa. Cuarta edición 1977. México. pp. 1064.
9. De Pina Vara Rafael. *Bienes y Sucesiones*. Volumen segundo. Editorial Porrúa. Séptima edición. 1977. México. pp. 411.
10. Floris Margadants S, Guillermo. *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*. Editorial Esfinge. Décima edición. México. pp. 309.
11. Fritz Schultz. *Derecho Romano Clásico*. Editorial Bosch. Barcelona. pp. 620.
12. García Maynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. Cuadragésimoquinta edición. 1993. México. pp. 444.
13. Gimenez Arnau, Enrique. *Derecho Notarial*. Editorial Ednusa Navarra. 1976. Pamplona.
14. Iglesias, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Editorial Ariel. Sexta edición. 1972. Barcelona. pp. 750.
15. Mendieta y Nuñez. *El Derecho Precolonial*. Editorial Porrúa. 1981. México.
16. Ovalle Favela, José. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Harla. Sexta edición. 1994. México. pp. 469.
17. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Derecho Notarial*. Editorial Porrúa. Quinta edición. 1991. México. pp. 398.
18. Petit, Eugene Henri Joseph. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editorial Nacional. 1963. México. pp. 717.
19. Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo cuarto. Editorial Porrúa. Sexta edición. 1985. pp. 581.
20. Sánchez Cordero Dávila, Jorge A. *Derecho Civil*. Editorial UNAM. 1983. México. pp. 134.

BIBLIOGRAFÍA

21. Sohm, Rodolfo. *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*. Editorial Nacional. 1975. México. pp. 414.
22. Soto Pérez, Ricardo. *Nociones de derecho Positivo Mexicano*. Editorial Esfinge. Vigésima segunda edición. 1994. México. pp. 176.
23. *Código Civil para el Distrito Federal*. Editorial Porrúa. 65a. edición. 1996. México.