

321309

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



ANALISIS DOGMATICO DEL TESTAMENTO ORDINARIO

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
DANA ROCIO CASTILLO OSNAYA
ASESOR DE LA TESIS:
LIC. HECTOR SANTIAGO ROMERO FRIAS
CED. PROFESIONAL No. 1307989



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios por darme las bendiciones
necesarias para poder concluir una
meta más.

A mis padres, de quien siempre
recibí el ejemplo de personas
responsables, trabajadoras, humildes,
honestas y, sobre todo por el cariño
y apoyo de ellos.

A mi hermano, por su gran amor, apoyo y ayuda,
así como a mi querida familia (tíos y primos),
por que siempre, me impulsaron y aconsejaron.

Al Lic. Héctor Santiago Romero Frías
por darme los conocimientos necesarios
para lograr esta etapa más de mi vida
exitosamente.

A todos mis amigos en especial a los
tres "E" porque siempre que necesite
de su apoyo, y ayuda me la proporcionaron
de corazón.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	II
CAPITULO I	
MARCO HISTORICO	
1.1 El Testamento en Roma	02
1.2 Disposiciones Generales	16
1.3 Concepto de Sucesión	19
CAPÍTULO II	
DERECHO SUCESORIO	
2.1 La Sucesión Mortis Causae	25
2.2 Definición de Herencia	27
2.3 Tipos de Sucesión Hereditaria	30
2.4 Sistemas y tipos de Testamentificación	34
2.5 El Sistema del Código Civil Actual	35
CAPÍTULO III	
EL TESTAMENTO	
3.1 Aspectos Generales del Testamento	39
3.2 Elementos de Existencia del Testamento	41
3.3 Elementos de Validez del Testamento	47
3.4 Capacidad para testar	50
3.5 Requisitos para que puedan testar los incapaces	64
CAPÍTULO IV	
FORMAS DE LOS TESTAMENTOS	
4.1 Clases de Testamentos	66
4.2 Testamento Público Abierto	66
4.3 Testamento Público Cerrado	75
4.4 Testamento Ológrafo	81
4.5 Testamento Público Simplificado	82
CAPÍTULO V	
TESTAMENTOS ESPECIALES POR SITUACIONES PERSONALES DEL TESTADOR	
5.1 Testamento del loco	90
5.2 Testamento hecho en lengua extranjera	95
5.3 Testamento del sordo	96
5.4 Testamento del sordomudo y del mudo que sabe escribir	97
5.5 Testamento hecho en inminente peligro de muerte	98

CONCLUSIONES
BIBLIOGRAFÍA

104
108

INTRODUCCIÓN

La elección del estudio, del testamento ordinario, nace de la inquietud de resolver los problemas que se tienen, en lo concerniente a las sucesiones, por no tener conocimiento de la variedad de testamentos existentes en la actualidad.

La muerte desde la antigüedad ha sido tema de importancia, por lo cual el derecho a plasmado en el Código Civil como medio previsor, los testamentos.

Para legislarlos correctamente ya que para las personas debe de ser importante llegar al final de su vida, sin dejarles problemas a sus seres queridos.

De ahí se establece la sucesión testamentaria, que se define en el artículo 658, La voluntad del hombre manifestada en el testamento.

El contenido de esta tesis se trata dogmáticamente los diferentes tipos de testamentos, para que el lector pueda plasmar su decisión. A quien dejar sus bienes y así tenga todo el respaldo jurídico en el contenido del documento, sin que halla intervención de un tercero que pueda alterar la voluntad de la persona.

Dentro de lo humanamente posible, con el testamento se puede asegurar lo que una persona quiere que se haga después de su fallecimiento con su patrimonio: el instrumental es variado y normalmente suficiente, pero al lado de los supuestos reales sencillos, puede darse el caso complejo.

Por ello es preferible exponer la panorámica general del posible contenido del testamento atendiendo a diversos supuestos fácticos, contemplados empíricamente.

Analizamos al testamento desde su origen en Roma principalmente, ya que es uno de los derechos más completos y especiales en la época antigua.

Se establece la sucesión universal "*mortis causa*" con la finalidad de que la herencia no quedará vacante y existiera en todo momento un titular que respondiera a las cargas de dicha propiedad.

Se habla de dos formas para hacer una sucesión, testamentaria (cuando la persona expresaba su voluntad antes de morir) y la intestamentaria (cuando no había existido la manifestación de su voluntad).

El código civil da el concepto de testamento: Es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz, dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de la muerte.

Por el carácter patrimonial del testamento, cobran importancia las disposiciones y los detalles que a simple vista parecieran carecer de relevancia y en donde la autonomía testamentaria se encuentra limitada solamente por el fin cualificado, por el destino del mismo.

Por lo que puede decirse de las formalidades del testamento serán detalladas con el propósito de guiar al causante y para que tenga una trascendencia jurídica el acto otorgado en el documento.

Por otro lado la herencia es un conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte, y pasan a otras personas físicas o jurídicas. Cuando existe una herencia, debe haber un heredero y un testador.

Y con esto se puede decir que el objeto del testamento puede consistir en la declaración de herederos o en el cumplimiento de ciertos deberes.

Las clases de testamento en cuanto a su forma se dividen en ordinarios y especiales.

Así tenemos los testamentos ordinarios objeto de este estudio divididos en: Público Abierto, Público Simplificado, Público Cerrado y Ológrafo. Se explicará cada uno, los requisitos que deben de contener, los elementos de existencia y de validez, y sus formalidades.

También existen testamentos especiales por razón de la persona del testador y se clasifican en 1. El loco, 2. El hecho en lengua extranjera, 3. El sordo, 4. El sordomudo y el del mudo que sabe escribir; 5. El hecho en inminente peligro de muerte.

En consecuencia en nuestro estudio se clasificarán los testamentos ordinarios, así como las sucesiones especiales que no entran en las normas generales.

CAPÍTULO I
MARCO HISTORICO

1.1 EL TESTAMENTO EN ROMA

Uno de los derechos más completos y especiales en la época antigua. Cuna de los diversos latinos en el mundo es el Derecho Romano.

Cinco momentos importantes de evolución de los que el maestro Guillermo Floris Magadant, dice en la primera vida del Derecho Romano pueden establecerse las fases siguientes:

- 1.- El derecho Romano Arcaico de las XII tablas.
- 2.- El Derecho Romano, elenizado, republicano, nace cuando el Derecho romano, primitivo y campesino, entra en contacto con la filosofía griega. Durante los siglos precristianos.
- 3.- El Derecho Romano clásico imperial, de la época de Augusto hasta 235 después de Cristo.
- 4.- Derecho Romano pos-clásico hasta el régimen Justiniano.
- 5.- El Derecho Justiniano.¹

Se establece en la estructura de este Derecho, como tendría

¹ Guillermo Floris Margadant, Panorama de la Historia Universal del Derecho, pp. 102-103

que existir esa sucesión universal "*mortis causa*" con la finalidad de que la herencia no quedara vacante y existiera en todo momento un titular que respondiera a las cargas de dicha propiedad.

Al principio el *pater* tenía derechos sobre los bienes de la familia patriarcal, pero era solamente un administrador, por lo que, cuando moría, los bienes volvían a los sobrevivientes del grupo familiar. Las XII Tablas del derecho Arcaico admiten ya el testamento y éste llegó a ser una costumbre nacional al grado de que el morir intestado era una falta.

La sucesión testamentaria llegó a prevalecer sobre la legítima, pero posteriormente se reaccionó contra el abuso de excluir la herencia a parientes cercanos. Se consideraba que el no dejar parte conveniente de los bienes a los parientes más próximos era una falta a los deberes de la familia o sea a las *pietas ergo suos* y quien así los descuidaba era contra *officium pietatis* y por lo tanto, *inofficiosum*. Aquellos sucesores a quienes correspondía la herencia ab *intestato* y que habían sido postergados en el testamento podía intentar la querrela *inofficiosi testamenti*.

Se desarrolló la sucesión legítima formal que consistía en la obligación impuesta al testador de no preferir a los sucesores ab *intestato* de la primera clase es decir, a los herederos civiles según la jurisprudencia.

Para estudiar los conceptos de testamento, tendríamos que observar los principios de la sucesión.

El maestro Sabino Ventura Silva dice: la palabra sucesión no tiene tecnicismos actualmente, tenía el lenguaje jurídico de los compiladores Justinianos, en sentido amplio: equivalente a traspaso de derechos (SIC). De este concepto nace la sucesión a título universal y sucesión a título particular según se trate de la adquisición del conjunto o totalidad de derechos correspondientes a una persona o del traspaso de derechos singulares, determinados y separados.

En el Derecho Romano de Justiniano se establecía todo un derecho sucesorio en el que se hablaba de dos formas para hacer una manifestación testamentaria y se establecía la llamada sucesión testamentaria y la intestamentaria.

Una estaba dada en base a la manifestación que hacía el difunto en vida y en la que expresaba su voluntad, de cómo tendrían que quedar sus bienes.

Y la otra se daba cuando no había existido esa manifestación.

Eugenio Pettit ², nos ofrece la siguiente explicación: el patrimonio comprende dos partes. Los bienes es el activo, las deudas es el pasivo. En el Derecho Romano a la persona que recibe los bienes, es llamado heredero, que en su lugar queda como dueño del patrimonio y está obligado a pagar las deudas. Los acreedores tienen como garantía su patrimonio, unido al del difunto.

² Eugenio Pettit, Derecho Civil, p. 564

José Ignacio Morales³, explica el concepto que tenían los romanos del testamento, dicho autor nos dice "El heredero es designado en un acto llamado testamento, que se define como. La manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solo para hacerla válida después de nuestra muerte.

Al principio se pudo testar de dos maneras "*calatis Comitis*" en tiempos de Paz "*procino improcintus*" durante la guerra.

El testamento *Calatis* se hacía delante de dos comicios, por *Curias* convocados a efecto de "*calata*" y en presencia de pontífices, pues a la evolución de la sucesión no solo interesa la tradición del patrimonio sino el culto privado.

El testamento "*Improcintu*" se hacía delante del ejército equipado bajo las armas. El soldado padre de familia expresaba su voluntad ante sus compañeros y se presentaba a la asamblea del pueblo. Las formas de testar fueron evolucionando según el maestro Sabino Ventura de la siguiente forma: en el Derecho Justiniano, se pueden señalar dos tipos de testamento el *privatum* y *publicum*.

El testamento *privatum*, requería la presencia simultanea de 7 testigos rogados y capaces y la "*unitas actus*" o sea el que otorgaba

³ Ignacio Morales José, Derecho Romano, p. 298

⁴ Sabino Ventura, Formas de testar privatum y publicum, p.320

sin interrupción ostensible. Podía ser oral, si el testador expresaba su voluntad en presencia de testigos y el documento en que su última voluntad estaba contenida.

El testamento escrito, podía ser Ológrafo, si lo había escrito el mismo testador.

El testamento público podía ser de dos formas. Uno se hacía ante autoridad judicial y municipal, la cual levantaba acta de las manifestaciones y palabras del testador. Y el segundo se entregaba escrito para ser registrado y estudiado en los archivos imperiales.

Un testamento especial era el del ciego que se hacía en presencia de 7 testigos la intervención de los *tabularis* en el analfabeto, que precisaba de un octavo testigo, el testamento hecho en tiempo de peste, el escrito del padre a favor de sus hijos que no necesitaban testigos y el testamento militar.

Los *tabularis* eran funcionarios públicos de aquellos tiempos y eran considerados funcionarios *notari*, empieza a nacer, desde el un testamento especial dado por un ciego, la intervención de una persona extraña, que tiene fe pública y puede ofrecerla.

Paralelamente encontramos la evolución del Derecho Romano con la institución del notario, que se va agilizando hasta llegar a lo que es actualmente.

s Sabino Ventura, Op. Cit. pp. 215-216

El derecho Romano establecía una estructura cimentada para otorgar el testamento, y tendrían que obedecer a ciertos lineamientos especiales según la época.

Derecho Germánico

Antonio de Ibarrola,⁶ nos dice que en el primitivo Derecho Germánico, tenía capacidad para heredar el vecino del causante. Posteriormente en el siglo VI, Chiperico ordena que el hijo y el hermano tuvieren preferencia sobre el vecino. Poco a poco se va afirmando la sucesión familiar y aparece de este modo la herencia Forzosa o Intestada.

Es gracias a la influencia del Cristianismo y del Romanismo, que se acepta la figura del testamento.

El derecho Germánico el principio *Der. Todte erbt den Lebendigen*, (El difunto hereda a los que sobreviven) análogo al contenido de nuestro artículo 1288. La palabra *saisine* dio a conocer la posesión que gozaban *ipso iure* de los bienes del difunto los herederos legítimos desde el instante mismo de la muerte del autor.

El derecho Germánico medieval admitió que los herederos por la sangre tienen un derecho adquirido sobre la herencia, independientemente de la voluntad del de *cuyus*: éste no podía desconocer sus derechos.

Los herederos nacen, no se hacen, Esa Saisine contempla una

⁶ Antonio de Ibarrola, *Cosas y sucesiones*, p. 851

situación posesoria legalizada, a la que no corresponde una relación de hecho con la cosa: reproduce la *Gewere* alemana, que puede ser definida como el derecho que se les reconoce a los herederos de poseer las cosas de la herencia. Las costumbres francesas consagran este mismo derecho, *Le mort sacit le vif. Mortis facti possessorem vivum sine ulla adpresione* (El difunto cuida, al que vive, al vivo que posee el hecho de la muerte sin presión de más allá): lo contienen los artículos 3198 de la Constitución de París y el 301 de la *Oriéns Le mort saisit le vit, son hoir plus proche est habilé ájuís succéder* (desde que nace la muerte acecha al vivo, su heredero cercano está preparado para suceder). Lo mismo expresa el artículo 925 del código civil italiano: la posesión de los bienes del difunto pasa de derecho a la persona del heredero, sin necesidad de material aprehensión". Entre los germanos la plenitud, la realización del derecho se obtenía por la *juris el seisine coniunctio: the union of right and possession* (la unión del derecho y la posesión).

No admitieron los Germanos la sucesión en el sentido romano, no se confundían en aquella los dos patrimonios.

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

Hay dos conceptos de copropiedad o condominio que se impone recordar siempre que se trate este tema: la romana y la germánica. La concepción romana atribuye a cada condueño una cuota intelectual (alícuota) de aquello que es objeto de copropiedad, la germánica no reconoce la existencia de estas cuotas o porciones ideales, sosteniendo que el derecho pertenece unitariamente a la colectividad de condueños.

El Código de Napoleón

Concluyo con los privilegios por la razón del sexo.

Admite la sucesión testamentaria; pero al establecer la institución de la legítima, hizo ilusoria la libertad del testador.

Abolió la vinculación de la propiedad. En este sentido y como antecedentes, hay que notar que la ley de 8 de abril de 1971 dio lugar a un célebre discurso de Mirabeau que fue leído el día 2, una hora después de su muerte. *Dieu a établi l'egalite dihomme a homme, á plus forte raison de frére a frére* (Dios estableció la igualdad entre los hombres, con un lazo más fuerte, de hermano a hermano).

Nuestros Códigos Anteriores

El código de 1870 seguía el sistema español de la legítima que, como dice Pablo Macedo "Era el sistema indudable que nos venia desde las Leyes de Toro, seguidas por toda la tradición española que regía en las principales naciones extrajeras" Nuestro código de

1884 cambió el sistema.⁷

De conformidad con los artículos 3323 y 3324, toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes por testamento, derecho que no estaba limitado sino por la obligación de dejar alimentos a los descendientes, cónyuge supérstite y a los ascendientes, según las reglas que ahí mismo se establecen.

Es también el código de 1870, en la legislación mexicana que, se aparta del derecho francés y del español en cuanto a que modifica el sistema anterior por lo que el heredero no será ya responsable de las deudas hereditarias sino hasta donde alcance la cuantía de los bienes o sea, el beneficio de inventario.

Resulta importante hacer notar como la legislación inicial civil para el distrito Federal, se empezaba a generar ya la posibilidad de una normatividad que regulara las relaciones dentro de lo que es el contexto del Derecho privado.

Así tenemos como se empieza ya a formar una institución, que va a darle su forma al código civil que actualmente conocemos. Y en este código, va a corresponder el artículo 3370 del Código de 1870, la normatividad, respecto a la definición del concepto de testamento, decía. Acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos.

⁷ Código Civil de 1884, p.752

En tal forma que la causalidad jurídica directa que podemos encontrar en el código de 1870, se identifica suficientemente con la voluntad de aquel que va a realizar su testamento.

Observamos como desde la definición hasta los motivos y fines, se ve una reglamentación jurídica, a través de la cual se intenta otorgar la seguridad no solamente a los bienes del difunto, sino también a los herederos.

Para este tiempo, la estructuración política de nuestro país, había logrado ya una cierta conformación y Don Profirio Díaz, tenía el mando, aunque el general Manuel González Flores, ocupa la presidencia, evidentemente influido por el general Profirio Díaz que volvería a elegirse para 1887.

Ignacio Galindo Garfias,⁸ cuando hace una remembranza al código de 1884, nos habla en los términos siguientes: partiendo de los trabajos de la comisión revisora, una nueva comisión dio cima a la obra, redactando un nuevo Código Civil que entro en vigor el primero de junio de 1884 y que fue promulgado el 31 de marzo del mismo año.

En estas condiciones, tenemos como el Código Civil de 1884, en su libro 4º habla al respecto de las sucesiones.

El Artículo 3237. - El acto por el cual una persona dispone

⁸ Ignacio Galindo Garfias, Derecho civil primer curso, parte general personas y familias. p. 851

para después su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento.

Artículo 3238.- El testamento es un acto personal que no puede desempeñarse por un procurador.

El Código Civil de 1884, va a marcar la pauta directa de una libertad de testar y de la posibilidad de establecer una herencia o una sucesión respecto de todos los bienes del difunto, con los derechos y obligaciones que de alguna manera no se va a extinguir con la muerte.

En este código la idea parecida al Derecho Romano, en los que los derechos y obligaciones eran transmisibles y que de alguna manera el heredero incluso podía responder con su propio peculio respecto de las cargas del difunto, para que este no se deshonrara.

Hay que hacer notar varias cosas, respecto a la situación testamentaria en el Código de 1884, en primer lugar, se le da fuerza y vigor a la posibilidad de una libertad de testar y por otro lado que se empiezan a entrelazar, situaciones bastante concretas, por las cuales esa voluntad póstuma, tendrá que encontrarse ante ciertas limitaciones y reglas, a través de las cuales, pudiese manifestar dicha voluntad en una manera legal y suficiente.

Fue tan especial toda esa forma en lo que la situación familiar y la alta necesidad de protegerla y formarla, que para 1917, se

estableció una nueva legislación que agrupa no solamente cuestiones testamentarias sino familiares.

De La Sucesión Testamentaria

Las reglas de la sucesión testamentaria se reducen a tres ideas principales:

1. Designación del heredero
2. Adquisición de la herencia
3. Cargas impuestas al heredero

Designación del heredero

De la forma de los testamentos

El heredero es designado en un acto llamado testamento, que Ulpiano define como: la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte.⁹

La forma de los testamentos en Roma varió según las épocas y diferentes maneras de testar fueron admitidas sucesivamente por el Derecho Civil antiguo, por el Derecho pretoriano y por las constituciones imperiales.

I. Derecho Civil. Testamento *calatis comitiis* y Testamento *inprocintu*. Al principio se pudo testar de dos maneras: *calatis comitiis*, en tiempo de paz, e incluso, durante la guerra.

El testamento *calatis comitiis* se hacía delante de los comicios

⁹ Antonio de Ibarrola, *Cosas y Sucesiones*, p. 682

por curias convocadas a este efecto, *calata* (Auro-Gelio, *Nuits at XV*, 27), y en presencia de pontífices, pues la evolución de la sucesión no solo interesa la transmisión del patrimonio, sino también la del culto privado.

El Testamento *in inprocintu*. Se hacía delante del ejército equipado y bajo armas.

El jefe de familia soldado que quería testar antes de marchar a combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas, que representaba la asamblea de armas.

El Testamento *per aes et libram*. Los jurisconsultos aplicaron al patrimonio de la familia el modo de transmisión usado para las cosas más preciadas, la *mancipatio*. Si el padre de familia no había podido testar y sentía su próximo fin, mancipaba su patrimonio a un amigo encargándole oralmente de ejecutar las libertades que destinaba a otras personas.

El testamento *per aes et libram* perfeccionado. La familia en lugar de ser tratado como heredero, no es más que una persona complaciente, en quien el testador tiene su confianza, y que está encargada de entregar la sucesión al verdadero heredero. El nombre de este se escribía en tablillas que quedaban en manos del testador.

El testamento *nuncupativo*. Es cuando un ciudadano pudiera testar oralmente con ayuda de un simple *nuncupativo*, ofrecía

menos garantía pero la ventaja era que se hacía más rápido y sin ningún escrito.

I. Derecho pretoriano. Es probable que el pretor ofreciera primero la sucesión pretoriana, la *bonorum possessio secundum tabulas*, al heredero instituido en un testamento regularmente hecho según el Derecho civil.

Pero en tiempo de Cicerón era suficiente para la concesión de esta *bonorum possessio* que el Testamento estuviese escrito sobre tablillas con siete testigos, sellado, cuando un testamento esta revestido de estas formas, el pretor solo exigía que fuesen cumplidas las formalidades del Derecho civil dando al heredero instituido la *bonorum possessio secundum tabulas*.

II. Derecho del Bajo Imperio. Se simplificó la legislación de los Testamentos y la fusión de reglas, se creó una nueva forma de testar. El testamento *tripertitum*, llamado así porque toma sus reglas del Derecho Civil y pretoriano. Este testamento esta escrito en la Constitución de Teodosio II en el año 439 a.C., quedando en vigor bajo Justiniano.

En el que el testador habiendo escrito de antemano el Testamento en tablillas, con siete testigos cerradas en parte, si quiere guardar el secreto de sus disposiciones, cada testigo, lo mismo que el testador pone su subscripción debajo del testamento, cerrándose después las tablillas y poniéndose el sello y escribiendo su nombre.

De La Capacidad De Testar

Para hacer un testamento válido, el testador debe tener el derecho de testar. Pero un ciudadano teniendo este derecho puede estar en la imposibilidad de ejercerlo por circunstancias especiales.

La transmisión de una sucesión por el Testamento es un Derecho natural, como la propiedad la cual es un atributo. En un principio sólo los ciudadanos romanos *sui juris* tuvieron la *testamenti factio*, estando por el contrario, privados:

- a) Los peregrinos
- b) Los latinos *junianos* y los *dediticios*
- c) Los esclavos
- d) Las mujeres ingenuas *sui juris*
- e) Los hijos de familia
- f) Los que habiendo sido testigos habían negado su testimonio.

Causas De Invalidación

Un testamento no es valido cuando, después de haber sido hecho validamente, resulta ineficaz por alguna causa posterior a su confesión. Los textos expresan diversas expresiones para indicar que el testamento está anulado: *ruptum, irritum, deslitum*.

1.2 Disposiciones Generales

Nos encontramos con el caso típico en que el testador, asume el papel de legislador respecto de su patrimonio.

El artículo 1295 del Código Civil establece que el Testamento es un acto personalismo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

Elementos

El testamento es un acto jurídico unilateral *sui genéris*;

Personalismo;

Revocable;

Libre;

Realizado por una persona capaz; y que tiene por objeto disponer de los bienes y derechos del autor y declarar o cumplir deberes para después de la muerte.

El testamento es un acto jurídico unilateral *sui genéris* porque constituye la expresión de la voluntad del autor, manifestada con la intención de producir consecuencias de derecho.

Es unilateral, porque basta la expresión de la voluntad del autor sujeta a las formalidades y a los requisitos que la ley establece, para que adquiera existencia y validez, sin que sea necesaria y aún excluyendo totalmente el acuerdo o la concurrencia de las voluntades.

Todas estas normas son de tal modo específico para el Testamento que, como el caso de las condiciones y de las nulidades, se apartan a veces irreconciliablemente de las reglas aplicables a los demás actos jurídicos.

El carácter personalismo del Testamento estriba en que solo el autor en persona puede manifestar su voluntad a través de las instituciones testamentarias correspondientes.

No puede valerse de apoderado, ni dejarse al libre arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan.

La revocabilidad del Testamento es también característica esencial y significa que en cualquier momento hasta antes de la muerte, puede el testador hacer uso del derecho de revocación, modificación o dejando sin efectos total o parcialmente, las disposiciones testamentarias anteriores.

En consecuencia, es absolutamente nulo cualquier pacto o convenio por el cual se restrinja o limite de cualquier modo esta facultad.

La revocación puede ser expresa o tácita; expresa cuando se manifiesta y tácita cuando se hace un nuevo testamento que por sí implica revocación del anterior, a no ser que el testador declare que subsiste el primero con algunas modificaciones.

La libertad de testar excluye también la posibilidad de hacerlo válidamente bajo la influencia de amenazas contra la persona o los bienes del autor, de su cónyuge o de sus parientes u obligando por la violencia o por la privación o restricción de la libertad o

presionado por cualesquier otros medios empleados o que se hayan intentado emplear.

La capacidad del testador a que se refiere la ley es la capacidad de ejercicio cuyas limitaciones provienen de la edad, de la falta o deficiencia del cabal juicio o de los casos expresamente señalados o admitidos por la ley.

El testamento puede tener por objeto la disposición de los bienes y derechos del autor y la declaración o cumplimiento de deberes del mismo para después de la muerte.

La disposición de los bienes y derechos se hace mediante la institución de herederos y legatarios; la declaración y el cumplimiento de deberes, del modo en que el autor quiera hacerlo.

En su primer aspecto el testamento es un acto jurídico patrimonial, en segundo es un acto que se realiza jurídicamente casi siempre con el propósito de satisfacer valores exigencias de carácter moral, que pueden tener o no efectos patrimoniales.

1.3 Concepto De Sucesión

En lenguaje vulgar designamos como sucesión una relación de momento, que sigue a otra.

Jurídicamente la noción es distinta; el fenómeno que salta a nuestra vista es el Patrimonio perdura a través del cambio de su titular.

Savigny dice que la sucesión es una transformación puramente subjetiva de una relación de derecho.¹⁰ Siglos antes ya había dicho Cicerón (Tópica, VI): *hereditas est pecunia quoe alicuitis ad quemqua perveniat iure* (la herencia es dinero que a uno le llega por derecho). Es la herencia el conjunto de los bienes que a la muerte de alguien se transmiten, conforme a derecho, a otro. Transmítese el caudal hereditario *ope legis*, por obra de la ley. Hablamos, claro está, de las personas físicas. Las personas jurídicas también se extinguen y mueren.

Define Castán Tobeñas la sucesión como la continuación o sucesión por modo unitario, en la titularidad del complejo formado por aquellas relaciones jurídicas patrimoniales, activas y pasivas, de un sujeto fallecido, que no se extinguen por su muerte; sucesión que produce también ciertas consecuencias de carácter extrapatrimonial y atribuye al heredero una situación jurídica modificada y nueva, en determinados aspectos.

Planiol define la sucesión como la transmisión del patrimonio entero de un difunto a una o varias personas vivas.¹¹ La persona fallecida es aquel *de cuius successione agitur* (de cuya sucesión se trata), es el autor de la herencia el *Erblasser* del Derecho Alemán.

Muchos autores señalan como elemento constante y necesario en la transmisión hereditaria, la gratitud: la transmisión se efectúa en forma gratuita.

¹⁰ Savigny, *De las sucesiones*, p.521

¹¹ Planiol Marcel, *Los Bienes*, p.625

Según la doctrina dominante, sucesión es subentender una persona en el puesto de otra, en una relación jurídica que, no obstante tal transmisión, sigue siendo la misma.

No basta, pues, para que exista sucesión en sentido técnico, que una o más personas ocupen el puesto que antes ha tenido otra como titular de una relación jurídica activa o pasiva, o de un complejo de relaciones: es asimismo necesario que al cambio de sujeto no acompañe la extinción de la relación antigua y la creación de otra nueva.

También es consecuencia del derecho de propiedad la sucesión cuya regulación permite la perpetuación de los patrimonios a través de sucesivas generaciones.

En términos jurídicos, sucesión también puede ser la transmisión de un derecho subjetivo o de una obligación de un sujeto a otro, y tanto puede ser *inter vivos* como *mortis causa*.

No obstante la sucesión que se considera por antonomasia es la que tiene lugar *mortis causa* y a título universal, es decir, la sucesión del heredero.

La sucesión a título universal se refiere a la pluralidad de relaciones, de forma que el conjunto de titularidades jurídicas (activas o derechos, y pasivas u obligaciones) se transmiten al heredero uno *ictu*, es decir, de una sola vez y sin necesidad de los requisitos transmisivos que para cada una de las titularidades pueda exigir la ley.

La donación universal sólo comprende los bienes presentes del donante, no así los futuros y en todo caso debe reservarse la propiedad o el usufructo de lo necesario para su subsistencia. En caso de que no existan bienes, la sucesión a título universal sigue existiendo, si bien el heredero puede condicionar su aceptación sólo para el caso de que los activos superen al pasivo (beneficio de inventario).

La sucesión puede ser gratuita u onerosa, según la naturaleza del acto jurídico (compra venta o donación), en caso de sucesión entre vivos o en caso de herencia o legado cuando se grava al heredero o legatario con una carga, aunque en todo caso ésta no debe exceder de lo que recibe en virtud del principio, de que la herencia se recibe a beneficio de inventario, por lo que los autores consideran que es gratuita, por corresponder el saldo o remanente.

La sucesión particular se refiere sólo a bienes y derechos que corresponden al legatario.

La sucesión se manifiesta por voluntad del causante (la persona que halla fallecido) expresada en su testamento y, a falta de éste de acuerdo a lo que disponga la ley: a la primera se le denomina sucesión testamentaria y a la segunda legítima.

La sucesión ya sea testamentaria o legítima, no comprende todos los derechos del causante, puesto que los llamados personalismos se extinguen con la muerte, como ocurre con los

derechos políticos y corporativos, profesionales y familiares (patria potestad).

Sucesión Testamentaria es la sucesión hereditaria que se realiza cuando el autor otorga testamento para arreglar la transmisión de sus bienes para después de la muerte.

Sucesión legítima o intestada: Regula la transmisión de los bienes hereditarios cuando el autor de la sucesión no otorgó testamento, éste se declara nulo o no comprende la totalidad de los bienes del difunto.

Sucesión mixta: se le llama a aquella en que parte de los bienes se heredan según el testamento y el resto por las reglas de la sucesión legítima, pues en el testamento no se dispuso de la totalidad de los bienes o el heredero no fue capaz de heredar, pero hay otras disposiciones que deben ser cumplidas: reconocimiento de hijos, mandas o pagos de deudas.

CAPÍTULO II

DERECHO SUCESORIO

2. DERECHO SUCESORIO.

2.1. La Sucesión *Mortis Causae*.

Por el momento en que se efectúa la adquisición de una propiedad según Planiol puede ser *MORTIS CAUSA* o por acto *INTER VIVOS*.

La sucesión *mortis causa*, comprende en derecho los testamentos, donaciones, sucesiones, etc. En los que la transmisión de la totalidad o de parte de los derechos, está subordinada a la condición suspensiva del fallecimiento de una persona.

Nuestro derecho no admite las donaciones *mortis causa*. Dice el artículo 2338 del Código Civil "Las donaciones sólo pueden tener lugar entre vivos y no pueden revocarse, sino en los casos declarados en la ley". Artículo 2339 del Código Civil: "Las donaciones que se hagan para después de la muerte del donante, se regirán por las disposiciones relativas del libro tercero...."

Especies de Sucesión *mortis causa*.

La sucesión *mortis causa* presenta dos especies.

La herencia se define por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima (art. 1282)

La testamentaria, se confiere por voluntad del difunto, se

llama también sucesión voluntaria. En la actualidad se mira con preferencia por las diversas legislaciones, a las que se adhiere la nuestra.

La sucesión *ab intestato*, se confiere en virtud de la ley, y es la más *antigua*. Ambas formas de suceder tienen partidarios acérrimos.

Algunos autores niegan todo derecho a la sucesión Legítima o Testamentaria, como los Socialistas y conceden con cautela al Estado la primera tales en Alemania Pufendorf y Binckeshde, antes de la Revolución Francesa, Rosseau, después Mirabeau, Robespierre y, por último, Francisco Dionisio Tronchet (1726-1806), el defensor de Luis XVI, y uno de los redactores del Código Civil. Naturalmente, las doctrinas que no admiten el derecho de propiedad, son perfectamente lógicas al no admitir el de sucesión.

La herencia dicen sus adversarios, es contraria a la justicia y al interés social: crea entre hombres una desigualdad y si ésta puede permitirse en la sociedad cuando procede de diversas aptitudes, no puede tolerarse cuando procede de un hecho ajeno a la voluntad y capacidad del favorecido. Afirma Guesle¹² que a la muerte de una persona el trabajo acumulado debe volver a la colectividad. Se piensa que tales doctrinas sirvieron de base para los impuestos sucesorios, que felizmente se derogaron.

En materia de sucesión *mortis causa* o hereditaria toca al

¹² *Ibid* p. 650

derecho positivo determinar a quien o a quienes corresponde ser el o los sucesores y nuevos titulares del patrimonio del de cuyos, que a su muerte queda sin titular mediante sus normas, el derecho los determina teniendo en cuenta.

- a) El derecho que tiene el *de cuyos* (difunto) de disponer de sus bienes, y distribuirlos como el decida para después de su muerte.
- b) Las obligaciones del de cuyos en relación con su cónyuge, hijos y demás parientes.
- c) Los derechos del estado sobre el patrimonio del de cuyos, al haberle permitido formarlo legalmente a partir de los derechos de propiedad, posesión, crédito, etc.

Así mismo este derecho establece como se ha de llevar a cabo tal sucesión, ya que esta no se realiza de forma espontánea ni automática; para suceder al de cuyos debe mediar un proceso o juicio sucesorio, que solo puede efectuarse cuando el titular del patrimonio haya muerto.

2.2. Definición de Herencia.

El concepto de herencia se halla en íntima relación con la consideración que una sociedad determinada posea de la propiedad privada y de la amplitud que conceda a la misma. Así, desde el caso de algunas sociedades primitivas, en las que las pertenencias del fallecido se inhumaban con él, hasta el de otras en las que la tierra se consideraba propiedad comunal, y retorna al grupo a la muerte de quien usufructúa, son muy numerosas las

formas mediante las que el hombre ha reglamentado la transmisión de bienes de una generación a otra.

En sentido objetivo se llama herencia al conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte y pasan de una sola vez (uno ictu), es decir, sin los requisitos que para cada uno de los bienes pueda exigir el derecho, a otra u otras personas físicas o jurídicas. Las leyes sobre la herencia constituyen un cuerpo de principios y normas que regulan la forma y medios por los que el conjunto de titularidades jurídicas del causante se transmiten a sus herederos.

No todos los derechos son transmisibles, ya que algunos, denominados en derecho personalísimos, se extinguen con la muerte (patria potestad, derechos políticos, corporativos, profesionales, etc.) La herencia sigue subsistiendo aun cuando no existan bienes; está constituida entonces por los posibles elementos extra patrimoniales y por las deudas.

Para el caso de que las deudas superen el valor de los bienes, el heredero puede limitar la aceptación de la herencia. Se conoce este derecho con el nombre de beneficio de inventario. En sentido subjetivo se llama herencia a la situación jurídica del heredero, que incluye una serie de derechos y obligaciones, tales como la acción de solicitar la herencia (en sentido objetivo), pagar los impuestos sucesorios y satisfacer los legados (bienes cedidos en testamento por el causante a determinadas personas).

La sucesión de herencia se efectúa por la voluntad del causante, manifestada en testamento. Éste puede ser ológrafo, si está escrito de puño y letra o ante testigos. Cuando no existe testamento, la transmisión se efectúa de acuerdo con lo que disponga la ley. Y se denomina intestada. Muchas legislaciones protegen los intereses de los ascendientes y descendientes en línea directa, estableciendo a su favor un determinado porcentaje de la herencia.

La herencia es una consecuencia del derecho de propiedad privada debido a su carácter de perpetuidad de ahí que al dejar de existir el titular, deba ser substituido por sus sucesores.

Edgar Baqueiro,¹³ define a la herencia como Sucesión por causa de muerte, es la causa por la cual los bienes y deudas del difunto se transmiten a sus sucesores. Esta puede ser diferida, es decir asignada por la voluntad del muerto, manifestada de forma expresa y formal por medio del acto jurídico testamento, y recibe el nombre de sucesión testamentaria o por disposición de la ley a falta de testamento, se le conoce como sucesión ab intestato, intestada o legítima.

También a la herencia se le conoce como el bien o conjunto de éstos que corresponde a cada sucesor o heredero.

13 Edgar Baqueiro, Herencia como sucesión causa y muerte, p. 345

En materia de derecho sucesorio, conjuntamente con el término de sucesión debe atenderse con toda precisión al término herencia, que consiste en la sucesión a título universal o particular por causa de muerte del *de cuius* o autor de la sucesión.

Esta definición surge entre los términos sucesión y herencia existe una diferencia de grado: la herencia es una clase de sucesión. La herencia en doctrina, se clasifica en dos dependiendo de si tendrá heredero o no:

Herencia vacante. Es la que nunca ha de tener un heredero, se le denomina vacante por analogía con los bienes vacantes, los cuales conforme al artículo 785 son bienes inmuebles que no tienen dueño cierto y conocido. Este tipo de herencia no existe en nuestra legislación, pues conforme a nuestro derecho civil toda herencia forzosamente tiene un heredero como lo veremos en el párrafo siguiente.

Herencia yacente. Aquella en la que siempre habrá un heredero, aunque de momento se ignore quién sea. De conformidad con el artículo 1602 en última instancia será heredera la beneficencia pública, por lo cual ninguna herencia quedará sin titular.

2.3. Tipos de Sucesión Hereditaria

Las personas esenciales en todo procedimiento sucesorio son el que transmite y los que adquieren, a título universal o a título particular. Lo cual se expresa en nuestra legislación.

1. A título universal; es decir, de todos los bienes, derechos y obligaciones, o de una parte alícuota.
2. A título particular; esto es, de bienes concretos.

Testador. Persona que transmite. La persona que transmite es el autor de la herencia el *de cuius*, el causante, es el sujeto que falleció.

Heredero. Persona que adquiere a título universal. La persona que recibe una porción o todo el patrimonio del autor de la herencia, que recibe el nombre de heredero, es el adquirente a título universal, el conjunto de bienes que eran del *de cuius* forman una universalidad de derecho, los llamado a ella, bien que sea que se les conceda una porción o todo son los herederos. Digamos de manera didáctica que todos los bienes que eran del *de cuius* aunque se encuentren en diversos lugares, forman una unidad, esa unida es una universalidad de derecho, por el contrario digamos que una universalidad de hecho es el conjunto de cosas que se encuentran reunidas en un lugar, sin importar que su dueño sea uno o varios.

La transmisión a título universal ha dicho Ferrara¹⁴ es la forma más simple y elegante para realizar la transmisión sin que sea necesario realizar, en ningún caso, una forzosa liquidación del patrimonio que conduciría a una disgregación antieconómica de sus elementos con pérdida de valores y, de otra parte, de tal

14 Francisco Ferrara, *Transmisión a título universal*, p 951.

forma garantiza, del modo más completo y perfecto, los derechos de terceros y de los acreedores, los cuales no se preocupan de que sobrevenga la muerte de su contratante y obligado, porque su condición jurídica permanece intacta.

La persona que adquiere a título particular bienes específicamente determinados, por el autor de la herencia, recibe el nombre de legatario, es el adquirente a título particular, el legatario solo puede ser instituido en el testamento, no existen legatarios por disposición de la ley.

Cuando la sucesión es universal, el sucesor recibe el nombre de heredero, y esta solo se da en caso de muerte, pero cuando es a título particular, se le denomina legatario.

Se puede agregar que la sucesión a título universal se refiere a una pluralidad de relaciones, de forma que el conjunto de titularidades jurídicas se transmiten al uno *ictu*, una sola vez y sin necesidad de los requisitos transmisivos que para cada una de las titularidades pueda exigir la ley.

Debemos distinguir con toda claridad los conceptos de heredero y legatario, pues aunque ambos son sucesores *del de cuius* o autor de la herencia, su situación jurídica es diferente.

El heredero lo es a título universal, pues hereda toda la masa hereditaria o una parte la mitad, un tercio, etc.

Y consecuentemente hereda el pasivo en la misma proporción.

Por el contrario, el legatario que es sucesor a título particular (por cosa individualizada o especie determinada) normalmente sólo responde de la carga que expresamente le señala el testador, salvo que toda la herencia se distribuya en legados, pues entonces se le considerará como herederos y responderán del pasivo en proporción al valor de su legado.

2.4. Sistemas Y Tipos De Testamentificación.

El acto jurídico por el cual el *de cuius* dispone de sus bienes para después de la muerte recibe el nombre de testamento.

La facultad de otorgar testamento admite grados y, así, han existido sistemas que la delimitan, los cuales se clasifican en:

1. Libre testamentificación;
2. Sistema de testamentificación legítima, también llamado sistema mixto, puesto que junto a la voluntad del testador se encuentra la voluntad de la ley.

La libre testamentificación es aquella en que toda persona, por testamento, tiene derecho a disponer libremente de todos sus bienes. Al establecer en Roma el sistema de libre testamentificación éste se prestó a abusos, ya que mediante él, el *pater familias* podía disponer de los bienes familiares adquiridos incluso por los *alieni iuris* sujetos a su potestad; de manera que los pretores, a través de la acción de nulidad o de testamento inoficiosos, limitaron la facultad del *pater familias*. Posteriormente Justiniano estableció la obligación de reservar una parte de la herencia para los *heredes sui*,

o sea los familiares *alieni juris* dependientes del testador de la siguiente forma: la tercera parte, si eran cuatro o menos los *heredes sui*, y la mitad de la herencia si eran cinco o más.

Esta parte reservada a los herederos legítimos recibió el nombre de legítima.

A través de los Códigos civiles y español el sistema de legítima pasó a nuestro Código Civil del D.F. de 1870 pero fue suprimida en el Código de 1884, que estableció la libre testamentación, derecho que ha llegado hasta nuestros días con la única limitación de garantizar alimentos a aquellos parientes a quienes debiera dárseles en vida del testador: descendientes, cónyuge supérstite y ascendientes, de acuerdo con las reglas que el mismo Código señala.

La sucesión legítima o *ab-intestado* sucesión hereditaria que puede darse sin testamento es conocida como un sistema necesario o forzoso, puesto que es la ley que establece de que forma se dispondrá de los bienes de la herencia, ya sea porque no existe testamento eficaz o, de existir no comprende todos los bienes. En estos casos, es la ley la que señala a los herederos a partir de los parientes más próximos; de no existir éstos dentro de determinado grado, designa como tal a la beneficencia pública.

Los dos sistemas citados testamentación y sucesión legítima en muchos casos aparecen coexistiendo en una sola sucesión.

En el derecho romano no podían subsistir simultáneamente la

sucesión legítima o intestada y la testamentaria. Cuando existía testamento válido, toda la herencia correspondía al heredero y, si el testamento se invalidaba la sucesión total era intestada sin que pudiera preservarse parcialmente el testamento.

2.5. El sistema del Código Civil actual.

El sistema de nuestro Código civil es de libre testamentificación, con la única limitación de garantizar los alimentos a quienes se les obligue dar.

Deja a la persona en libertad para cualquiera de estas posibilidades:

a) De elegir ella misma a sus sucesores (o sea nombrar herederos y atribuirles su herencia) y dejar determinados bienes a legatarios por medio de un acto jurídico llamado testamento, por el que puede disponer de sus bienes para cuando fallezca, como lo estime más conveniente, sin más limitación que la obligación de dejar alimentos como se señala en el primer párrafo, a las personas que señala la ley y, que se verán al hablar del testamento.

La regla general, de acuerdo con el artículo 1283, es que "El testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes".

Rige entonces el principio de la libre testamentificación, llamada activa, el testamento eficaz, llamado también disposición de última voluntad, da origen a la sucesión testamentaria, y a la llamada o invitación que reciben los herederos para heredar por testamento se le conoce con el nombre de vocación hereditaria por testamento.

b) De no hacer testamento o de hacerlo sin que comprenda

todos sus bienes. Esta situación da origen a la sucesión legítima (porque se origina en la ley, *ex lege*) conocida también con los nombres de intestada o *ab intestato*. Cuando no hay testamento eficaz o si el que hubiere no comprende todos los bienes, la ley llama como herederos de todos los bienes en el primer caso o de los no comprendidos en el testamento en el segundo, a los parientes más próximos (vocación legal) y, en caso de falta de los mencionados en la ley. Por lo tanto, cuando haya bienes, siempre habrá herederos. Es importante señalar que esta situación legítima es supletoria de la testamentaria como se desprende del artículo 1599. Esto quiere decir que la ley da mayor relevancia a la voluntad que al llamamiento de los herederos por la ley.

Así si el testador no dispone de la totalidad de sus bienes o el heredero instituido no puede entrar en posesión de la herencia o bien cuando la herencia no es aceptada por el, subsiste la sucesión testamentaria para los legados, y otras disposiciones, como el reconocimiento de deudas y el de los hijos tenidos fuera del matrimonio.

Sin embargo, pueden coexistir los dos supuestos en una misma sucesión o sea que, al propio tiempo, sea testamentaria y legítima (sucesión mixta) lo que no quiere decir que existan dos sucesiones de una misma persona porque no puede haberlas, sino una sola sucesión basada en dos supuestos o llamamientos artículo 789 Código de procedimientos Civiles. Lo que sucede en este caso es que unas personas son herederas o legatarias de aquellos bienes

de que dispuso el testador en su testamento y otras son llamadas por la ley como herederos legítimos de aquellos otros bienes de los cuales no se dispuso.

Cuando toda la herencia se distribuye en legados los legatarios serán considerados herederos por lo tanto, en nuestro Código Civil para el D.F. hay tres posibilidades en materia sucesoria:

1.La sucesión testamentaria (cuando en el testamento se disponga de todos los bienes);

2.La sucesión legítima o intestada (cuando no halla testamento); y

3.La sucesión en que subsiste simultáneamente la sucesión testamentaria y la legítima.

No establece ninguna legítima ni reserva ni porción que deba corresponder obligatoriamente a los parientes o a otra persona. Deja a la persona en libertad para cualquiera de estas posibilidades.

CAPÍTULO III
EL TESTAMENTO

3. EL TESTAMENTO

3.1. ASPECTOS GENERALES DEL TESTAMENTO

Al hablar de la sucesión testamentaria hicimos mención del testamento, ya que constituye la base de este tipo de sucesión. Recordemos que el testamento es un acto jurídico en virtud del cual una persona expresa libremente su voluntad para que se disponga de sus bienes después de su muerte, y surta efectos cuando él ya no exista. Por testamento deberemos entender al acto jurídico unilateral, revocable, personalismo y solemne, por el cual una persona dispone de todos o parte de sus bienes y derechos que no terminan con su muerte, y cumple deberes para cuando fallezca.

El testamento, que es también el documento en el cual consta la voluntad última de carácter patrimonial, puede contener otras cuestiones (nombramiento de autor, reconocimiento de hijos, disposiciones funerarias, etc.). Además de ser un acto jurídico unilateral, solemne y personalismo características con las que conceptualmente se define al testamento, nuestro Código Civil lo califica de revocable y libre.

Ahora bien, del análisis detallado de las características conceptuales y legales del testamento, surge que el mismo es:

1. Un acto jurídico, en tanto implica manifestación de voluntad para establecer relaciones jurídicas a fin de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones que produzcan sus

efectos, después de la muerte del testador.

2. Un acto jurídico unilateral, en cuanto que es la manifestación de voluntad de un solo sujeto, ya que para que se generen los derechos y deberes que constituyen su objeto directo no requiere de la aceptación de los beneficios aunque, como veremos, puede resultar ineficaz para producir los efectos requeridos por el testador.

3. Un acto jurídico solemne, pues sólo puede ser realizado en alguna de las formas forzosas instituidas por la ley, sin que pueda considerarse como testamento cualquier disposición que no llene los requisitos que para cada una de las especies testamentarias señala nuestro Código Civil, ya que sin ellas no produce efecto.

4. Es un acto personalismo y no puede ser realizado por interpósita persona, ni por el representante legal de un incapaz; tampoco el mandatario del sujeto capaz puede testar por su representado, ya que el testamento, sea cual fuere la forma de que se dé, debe ser realizado única y personalmente por el testador.

5. Un acto jurídico revocable, puesto que el testador es libre de modificar el testamento anterior dejándolo sin efecto, ya sea por un acto expreso, ya porque dicte otra disposición en contrario. La confección de un nuevo testamento tiene por efecto revocar al testamento anterior. El testamento no puede ser resultado de un contrato por el cual el testador se obligue a testar o revocar el testamento otorgado. Toda estipulación que al respecto se hiciera en cualquier acto jurídico, será nula y no tendrá validez.

6. Un acto jurídico libre desde dos puntos de vista: primero, como requisito de todo acto jurídico que puede ser invalidado porque el autor carezca de plena libertad, ya que sea por error, por dolo, o fraude; es decir engaño que motive el contenido del testamento, o bien por acto de violencia física o moral. Segundo, se quiere que el testamento no sea el resultado de una obligación contractual, aunque pueda serlo de un deber moral, ya por vínculos familiares o por reparación de un daño, pues éstos son algunos de los fines del testamento. Por ejemplo, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, el legado a una antigua sirvienta o el pago de una deuda prescrita.

7. Un acto jurídico *mortis causa*, en tanto es un acto destinado a producir sus efectos después de la muerte del testador.

Nos encontramos con el caso típico el que, como testador, el autor de la herencia asume el papel, la función de legislación respecto de su patrimonio.

Reparemos en las definiciones de testamento.

La de Modestino:¹⁵ *testamentum est voluntatis nostrae justa sententia, de eo quod quis post mortem suam, fieri velit (dig. Lib. XXVIII, tit 1 ley 1ª)*.(El testamento es la expresión justa de la voluntad de uno, sobre lo que quiere que se haga después de su muerte).

¹⁵ Modestino, *Definición de testamento*, p. 321

Una justa disposición decisión, de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho después de su muerte.

La definición de Ulpiano¹⁶ est mentis nostrae justa contestatio, in id solemniter facta ut post mortem valeat justa. Una afirmación de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de la muerte.

Testatio et mens son dos palabras del latín que quiere tanto decir *enromance*, como testimonio de la voluntad del *ome*, é *destas* palabras fue tomado el Nome de testamento. En el que se encierra o se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo hace, estableciendo en él su derecho de repartir lo suyo en aquella manera que él tiene por bien que finque lo suyo después de la muerte

El código de 1884 definía el testamento en su Artículo 3237. "Acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos". Extraordinariamente estrecha es la definición: el artículo se tomo del 1739 del Código portugués del artículo 662 del proyecto español de 1882. No tuvo en cuenta que muchas veces en el testamento se hacen revelaciones de paternidad, se reconocen deudas, se expresan datos de toda especie que hacen del testamento inclusive un documento que tuvo un valor histórico importantísimo e insustituible para las épocas anteriores a los registros parroquiales. Comparemos con el Artículo

¹⁶ Ulpiano, *Est mentis nostrae justa contestatio*, p. 121

895 del Código de Napoleón que define el testamento como "Un acto revocable, por medio del cual el testador dispone, para el tiempo en que ya no exista, de todos sus bienes o de parte de ellos".¹⁷

Actualmente el Artículo 1295 lo define como " El acto personalísimo, revocable y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte". Falta a la definición hacer resaltar el carácter de unilateral que tiene el acto. Además, en vez, de libre, debía poner autónomo: el testador no necesita autorización de nadie. Si se pone libre, la palabra no hace resaltar ningún elemento nuevo en la definición, ya que todo acto o contrato necesariamente deben serlo.

Para Bonnacase el testamento:¹⁸

- a. Es un acto jurídico solemne cuyo propósito es dar a conocer por parte de su actor, su voluntad para la época que seguiría a su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario como extraordinario.
- b. Es esencialmente revocable: en él el testador a nada se obliga.
- c. No es necesario que englobe todos los bienes del difunto. Ha mucho tiempo quedó derogado en la legislación positiva el principio romano de *Nemo partim testatus el partim intestatus decedere postest*.
- d. Surte efectos únicamente en caso de muerte, mortis causa, entre tanto, al heredero sólo le confiere una expectativa de derecho.

¹⁷ Código Napoleónico, p. 562

¹⁸ Julián Bonnacase, *Elementos de Derecho Civil*, p. 741

Estos cuatro principios son indiscutibles. Pero agregaríamos...

1. No es un contrato. En él no hay acuerdo de voluntades el testador nombra a quien quiere y el heredero acepta o no. Además el testamento es unilateral (Artículo 1296) se ve que en el testamento la transmisión es gratuita resalta ese carácter; por eso el Artículo 893, dice que solo hay dos maneras de disponer de los bienes a título gratuito: la donación entre vivos y el testamento la primera es contractual, la otra unilateral.

2. No puede desempeñarse por procurador. Antes sí podía serlo. Antiguamente el testamento por comisario era otorgado por una persona (comisario) a nombre de otra y en virtud del poder que se le confería por ésta. Fue introducido por el Fuero de Soria, reproducido en el real y reglamentado por las leyes del Toro, al comisario se le podrían fijar de antemano sus facultades. Tenemos en la historia, entre otros ejemplos, el de testamento del Virrey de Nueva Granada, antes gobernador y capitán general de Yucatán. Benit Aznar y Peón (año de 1813).

Nuestra legislación vigente rechaza naturalmente el testamento por comisario. Nuestro Artículo 1297 dice que: "Ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan pueden dejarse al arbitrio de un tercero".

Testamento y contrato son fuentes de derechos reales y personales. El testamento como fuente de derechos personales no

ha sido considerado en forma amplia: ha sido olvidado, y sin embargo es tan importante como las fuentes que clásicamente enumera el Derecho Romano y luego reconoció el Código Napoleónico. En la institución de legado, el legatario se convierte en acreedor de una cosa o de un hecho. Testamento y contrato, transmiten derechos reales y personales. El contrato es la forma tipo de transmisión de los derechos reales y personales. Los derechos reales que pueden transmitirse por legado son la propiedad, las servidumbres, el derecho de autor y lo de garantía, el legado de crédito transmite un crédito al legatario.

En el contrato, sin embargo, hagamos hincapié en que nunca hay transmisión total de patrimonio a título universal, ni siquiera en la donación universal. El testamento es la única forma de transmisión universal por acto jurídico: se extingue la capacidad de goce de la persona, lo cual no puede suceder en el caso de una donación total, y su patrimonio potencial deja de tener posibilidad de realización.

El testamento transmite asimismo la posesión que no es para muchos un derecho real, pero sí un valor patrimonial. Si el autor de la herencia es poseedor de ciertos bienes *animo domini*, los herederos adquieren esa posesión. Lo decía ya el Artículo 3235 del Código Civil: "La propiedad y la posesión legal de los bienes, y los derechos y las obligaciones del autor de la herencia, se transmiten por la muerte de éste a sus herederos en los términos establecidos en el presente libro".

Recordemos igualmente que un acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando la norma jurídica ampare esa declaración de voluntad. El delito es un hecho jurídico voluntario, pero no se hace con la intención de producir efectos jurídicos, sino de dañar a otro: en el acto, la intención debe ser la de producir efectos jurídicos.

En el testamento, la manifestación de voluntad debe hacerse en forma clara y expresa, no se acepta una manifestación de voluntad del testador que pretenda desprenderse de hechos o signos o de monosílabos, contestando a preguntas que se le hagan, en tanto que en el contrato puede ser expresa o tácita la manifestación de la voluntad, en el testamento no. "Es nulo el testamento en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señales o monosílabos en respuestas que se le hacen".

El objeto del testamento puede consistir en la declaración de herederos o en la declaración o cumplimiento de ciertos deberes. Recordemos que el objeto de los actos jurídicos debe ser posible, pues si es imposible, el acto es inexistente. La imposibilidad puede ser física o jurídica; cuando los bienes no están en el comercio por no estar en la naturaleza, hay imposibilidad física; cuando no están en el comercio por disposición de la ley (bienes de uso común), hay imposibilidad jurídica.

En los testamentos la imposibilidad jurídica se presenta:

Cuando los bienes objeto de la transmisión están fuera del comercio el testador impone al heredero la obligación de comprar una cosa ajena para dejarla como legado: no pueden transmitirse por legado bienes que estén fuera del comercio. Si el objeto que se indica al heredero que debe comprar está fuera del comercio, hay imposibilidad de cumplir la disposición.

Cuando los derechos u obligaciones se extinguen por la muerte: si el testador se propone transmitir un derecho de uso, de habitación o de usufructo, existe la imposibilidad jurídica de que esto se haga: el acto es inexistente.

3.2 Elementos de validez del testamento

Todo testamento es un acto jurídico que requiere para su validez, el cumplimiento de las formalidades que establece la ley. Generalmente debe constar por escrito y sólo excepcionalmente puede manifestarse en forma verbal; el testamento escrito como el verbal requieren de formalidades especiales, pues aún en este último la expresión de la voluntad debe hacerse ante determinado número de testigos idóneos que resulten conformes en todas y cada una de las circunstancias relativas al otorgamiento, a fin de que el juez declare que los dichos de esos testigos constituyen el formal testamento de la persona de quien se trata.

Como acto jurídico que es, el testamento requiere de sus elementos de existencia: voluntad, objeto y solemnidad. Estos deben carecer de anomalías para que sean capaces de producir todos los efectos queridos por el testador de modo que deben cumplir con los requisitos de validez de toda manifestación de voluntad.

1. Por lo que hace la voluntad, debe ser libre y cierta; ha de encontrarse libre de error, y que sea puramente fortuito o fruto de maquinaciones, dolo o fraude, tampoco debe expresarse bajo vicio de violencia, amenazas o coacción.

2. En lo que toca al objeto, motivo o fin del testamento, constituye una excepción al principio de que la causa o motivo debe ser lícito, pues en caso contrario el acto es nulo. Aquí la causa o motivo contrario a derecho o a las buenas costumbres no produce la nulidad, sino que el motivo o causa sólo se tendrá por no puesto. Por ejemplo, el testador que deja un legado o herencia a una mujer casada debido a los amores que tuvo con ella.

Esta postura del Código es radicalmente contraria a la tradición francesa, en que una causa de invalidez es precisamente el motivo ilícito de la institución de heredero o legatario.

3. Por lo que hace a la forma al tratarse de un acto solemne deben cumplirse los requisitos señalados por la ley en cualquiera de los tipos de testamento expresamente autorizados por ella. Como todo acto jurídico, la voluntad expresada en él está sujeta a las normas de interpretación; en el caso de testamento, el Código Civil señala las reglas para conocer la voluntad real o al menos presunta del testador.

Asimismo, existen disposiciones especiales que llegan a anular un testamento cuando la voluntad no se expresa claramente. Así la manifestación de la voluntad debe ser siempre expresa, ya que no se permite que se efectúe mediante señales o monosílabos en

respuesta a preguntas que se le vayan formulando al testador. En este sentido, se prefiere la interpretación objetiva (literal) a la subjetiva, que solo opera superiormente, cuando por las circunstancias y otras pruebas no se pueda deducir la voluntad real del testador. Cuando el testador no precisa ciertas circunstancias, la ley suple o completa presuntamente su intención.

La disposición de nuestro Código Civil que permite probar el contenido y formalidades de un testamento perdido u ocultado es importante. Aunque teóricamente no existen impedimento para ello, creemos sumamente peligroso que un acto solemne como el testamento pueda ser probado por medios diversos al propio documento testamentario. Sin embargo, no es imposible que se presente una situación así, de manera que el juez deberá ser escrupuloso en grado sumo, a fin de evitar que se simulen testamentos que nunca existieron.

"Es nulo el testamento en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señales o monosilabas en respuesta a las preguntas que se le hacen".

Esta es la regla distinta a la que rige el consentimiento que puede ser expreso o tácito. El primero, cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos y el segundo, que resulta de hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley o por convenio deba manifestarse. El testamento es, precisamente, uno de los casos de excepción a que se refiere el párrafo final de éste precepto.

3.4 Capacidad para testar

La existencia de una voluntad inteligente y libre, dueña de sí y segura de lo que está haciendo, es necesaria para todos los actos jurídicos; pero en los casos de los testamentos y donaciones la ley es particularmente exigente: podrán ser atacados desde luego los actos de una persona fallecida y aun cuando jamás se haya solicitado su interdicción y el acto aparezca razonable completamente: el querellante deberá probar que existía insanidad en el momento en que realizó, u otra causa de incapacidad.

La capacidad para testar no significa ciertamente ni la libertad para entrar en el contenido del testamento toda disposición imaginable que tendría su correspondencia con la libertad contractual, ni el derecho de declarar la última voluntad en cualquier forma arbitraria. En la actualidad la mayoría de los códigos vincula la efectividad de las últimas voluntades a la observancia de ciertas formas que ciertamente se encuentran hoy naturalmente simplificadas.

La capacidad para hacer testamento ha variado según los tiempos: En Roma se necesitaba la cualidad de *pater familias* y estar en su sano juicio. El *filius familias* puede únicamente disponer por testamento de su peculios castrense y cuasicastrense, para cuyos bienes se le conoce total autonomía. Las limitaciones testamentarias puestas a la mujer *sui juris* la cual sólo podía testar bajo la actoria de su tutor, desaparecen al ser derogada la tutela *mulierem*. Entre nosotros no existe ya capacidad de testar limitada.

Después se considero el testamento como acto privado y se estableció una regla análoga a la que contiene el Artículo 1305. "Pueden testar todos aquéllos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho".

Gozan de la capacidad, como dicen las leyes de Partida, "Todos aquellos a quienes no es defendido (testar) por la ley de este nuestro libro".¹⁹

Una sentencia penal no puede imponer la pérdida del derecho a testar. Puede acarrear la pérdida de otros derechos civiles; pero no del derecho a testar.

En Derecho Americano: "Apart from a specific statutory provision making civilly dead a criminal sentenced to life imprisonment, conviction for crime does not affect capacity to make a will" (*Clark, Summary of American Law*).¹⁷ "Apartir de un estatuto específico prohibición hecho civilmente, muere un criminal sentenciado de vida, encarcelamiento convicto por crimen no afecta la capacidad de cumplir la voluntad"

b) Prohibiciones de testar

En nuestra ley responden las prohibiciones a tres razones.

a) Siendo el testamento un acto de voluntad, no pueden realizarlo quienes no la tengan plena, o quienes no la tengan en grado suficiente. No pueden testar el imbécil, el loco. Artículo 1306: "Están incapacitados para testar... II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio."

¹⁹ Antonio Ibarrola, *Cosas y Sucesiones*, P.689

A la enfermedad mental han de equipararse el delirio febril, la embriaguez plena, el sonambulismo, la sugestión hipnótica, etc. No es causa de incapacidad para testar la edad senil, si no va acompañada de demencia. La acción de fe del notario de que al testar se hallaba en posesión de las facultades mentales, cree Binder²⁰ que representa una presunción *juris et de jure*, en contra de la opinión de Strohal. Nos adherimos a la de éste: la aseveración del notario, que no es médico alienista, no tiene un valor absoluto, y si sólo es un refuerzo de la presunción *juris tantum* de capacidad del testador, que obliga a quien la impugna a probar cumplida y absolutamente sus afirmaciones.

“El estado de *senectud* no constituye por sí mismo causa legal para la nulidad de un testamento, toda vez que las nulidades, especialmente las relativas a los testamentos son de estricto derecho, dada la imposibilidad que existe para reponer o revalidar un acto de esta naturaleza, razón por la que la ley establece como causa de nulidad de un testamento la enajenación mental padecida por el testador en el momento de dictar su última voluntad; pero no el estado de *senectud* en que éste se encuentre”

b) Siendo un testamento un acto emanado de la Personalidad, la ley exige determinada edad para el acto. Artículo 1306: “Están incapacitados para testar: I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres. ” Se toma en cuenta siempre que el menor no puede realizar actos en contra de

²⁰ Julius Binder, *Derecho de sucesiones*, p. 678

sí mismo, pero que el testamento no lo puede perjudicar en realidad. Recordemos al canto que “la edad avanzada del progenitor, no está incluida como causal de pérdida de la patria potestad”.

Las Partidas y el Código de 1884, señalaban una edad más baja. “Por falta del primero de los requisitos mencionados, la ley considera incapaces de testar: I. Al varón menor de catorce años y a la mujer menor de doce.”

Comparemos con la Ley sobre el Contrato de Seguro, “El contrato de seguro para el caso de muerte sobre la persona de un menor de edad que no haya cumplido los doce... es nulo.” “Cuando el menor... tenga doce años... será necesario su consentimiento personal y el de su representante legal; de otra suerte el contrato será nulo.”

Hay códigos que señalan la edad de 18 años: el italiano, el prusiano, el holandés, el austríaco y el suizo. El francés señala la edad de dieciséis años. También señala ésta el Código Austríaco.

En nuestra legislación, por lo tanto, el enajenado que jamás tuvo momentos lúcidos o la persona que muere antes de haber alcanzado capacidad de testar, sólo podrán ser heredados conforme a las normas que rigen en nuestro código la sucesión legítima.

La edad requerida que se necesita para contraer matrimonio y que es la de dieciséis años en el hombre y quince en la mujer,

según el artículo 1083 del Código de Derecho Canónico, igual al 1067 del anterior.

En el derecho Soviético, la edad desde la cual legalmente puede contraerse matrimonio, es la de dieciocho años, según al artículo 5° del Código de Matrimonio, la Familia y la Tutela. Conforme al párrafo 2° del artículo 7°, la mayor edad inicia con el cumplimiento de los dieciocho años. Mikolenko²¹, autor ruso de Derecho Civil, publicó en 1938 su interesante tratado sobre esta materia, y fue acusado por cierto de servilismo a la ideología jurídica burguesa.

¿Cómo se cuenta la edad?

Savigny, interpretando la ley romana, cree que puede otorgarse el testamento el día de la fecha en que nació el testador (para nosotros el día que cumple los dieciséis años) sin esperar la hora. En nuestra teoría. Si fuere necesario aguardar a determinada hora, el artículo 1551 habría exigido la expresión de ella en lo que ve al testamento ológrafo.

Otros creen que debe completarse el día. Ésta parece ser la idea de nuestro código, que en su artículo 646 dice que: "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos". (DO, 28 ene. 1970: decía antes, a los veintiún.)

21 Mikolenko, Derecho civil edad para testar, p. 765

El Derecho Canónico (Knecht, 255), al computar un término, se rige también para el cálculo por la norma según la cual, para dar por concluido un plazo, se necesita que el último día se encuentre ya terminado, sin que baste el estar iniciado (art. 34, Cód. Der. Can.): “Si el término a quo no coincide con el principio del día, verbigracia el año decimocuarto de la edad... el primer día no ha de contarse, y el tiempo terminará al cumplirse el último día del mismo número”. Pero el Derecho Canónico acepta, en lo que se refiere al tiempo para urgir las obligaciones de los contratos, que se observe, si otra cosa no se ha pactado expresamente. Lo que prescriba el Derecho Civil vigente en el territorio. José Luis La Cruz Berdejo asienta también, la edad no se computa, según parece más probable, de momento a momento, sino incluyendo completo el día del nacimiento, sea cual fuere la hora de éste. Basa su argumento en el artículo 2º de la Ley Española de 13 de diciembre de 1943.

c) Tiempo en que ha de tenerse la capacidad

El Derecho Romano exigía capacidad en el momento de otorgamiento del testamento, durante toda la vida posterior del testador y por ende, también en el momento de la muerte: consideraba, pues, en realidad dos momentos y un lapso. En Francia (P, 2,977), según una antigua tradición, se adoptó luego la máxima: *Media tempora non nocent*, los tiempos intermedios no perjudican: dejó, pues, de considerarse un lapso.

Nuestra ley, de acuerdo con el derecho moderno, fija un solo momento. “Para juzgar la capacidad del testador se entenderá

especialmente al estado en que se halle al hacer testamento.” Este precepto es igual al 3287, pero agregó el adverbio especialmente en forma completamente desafortunada. Creo que se trata de un error de copia. En efecto, el artículo 666 del Código Civil Español tiene en su lugar el adverbio únicamente, cuya colocación sí se explica y es normal. La SCJ estuvo en lo justo al haber afirmado, en ejecutoria de 22 de julio de 1974 (directo 2444/69, Guadalupe Gleason de Quiroz), “que el juzgador a su vez lo estuvo al estimar que, si se prueba que el testador disfruta de discernimiento, conciencia y voluntad por haber desaparecido el estado de confusión mental en que estuvo hasta dos días antes de dictar su disposición testamentaria, el testamento es válido”.

d) Capacidad en los testigos

El testamento es un acto solemnísimo que la ley ha rodeado de formalidades con el objeto, no solamente de asegurar su autenticidad, sino de poder probar más tarde, con testimonios imparciales, cuáles fueron las circunstancias que concurrieron en el momento de su otorgamiento, circunstancias que a veces pudieran producir hasta la nulidad del acto. De aquí provienen esas taxativas que la ley ha impuesto en cuanto a la idoneidad de los testigos, quizá demasiado rigurosa; pero es necesario convenir en que la apreciación de su necesidad y conveniencia corresponde al legislador y no al juez, quien tiene que aceptarlas y decretar la nulidad del acto, si esta sanción es la ordenada por la ley, por la omisión de determinados requisitos (SJ, Carvajal de Miranda, María, p. 1276, tomo XXXI, marzo 4 de 1931).

Comparemos con el Artículo 980 del Código N: *Les témoins appelés pour éter présents à un testament authentique doivent étre : Mâles, majeurs, sujets du Roi, Jouissant des Droits Civils...*(Los testigos citados para estar presentes en un testamento auténtico deben ser: varones, mayores de edad, súbditos del Rey; gozar en el momento, de los derechos civiles)

Se ha discutido si la asistencia de los Testigos al otorgamiento del testamento es un requisito *Ad Probationem* o por lo contrario, *Ad Solemnitatem*.

Nos inclinamos a creer lo último. Los testigos son uno de los elementos esenciales, integrantes de la solemnidad. Valverde²² opina que es un requisito de solemnidad mas que de prueba, un requisito esencial de la forma. El autor está de acuerdo con nuestro pensamiento. De lo contrario, se aplicará simple y sencillamente la regla jurídica de Santo Tomás: *fides est de non visis*: (la fe se refiere a las cosas que no vemos). De las que ven nuestros ojos, no necesitamos testigos. Si el testigo testamentario fuere requerido por el código simplemente *ad probationem*, bastaría al interesado probar en cualquier forma el contenido de un testamento.

Para Chironi ²³ el testigo es un pequeño notario; para Laurent²⁴ representa a la sociedad, y para Zachariae ²⁵ es el depositario de la potestad pública. Lo cierto es que realiza una función social de notoria importancia.

22 Calixto Valverde y Valderde, Tratado de Derecho Civil Español, p. 687

23 Chironi, G. P. Istituzioni di Diritto Italiano, p.987

24 Francois Laurent, Derecho Civil Frances, p. 786

25 Zacchariae, Le Droit Civil Francats & Italien, p 654

Carlos Salomón Zachariæ, jurisconsulto alemán (1769-1843), profesor en *Alt Heidelberg*, se mostró tanto en la cátedra como en los libros, tan sabio como sagaz. Combatido al principio, acabó por ser tenido como una autoridad.

Los antecedentes nos han llevado a incluir lo relativo a la capacidad en los testigos dentro del capítulo relativo a la *testamenti factio* activa. Y es que en Roma (S. 547) la capacidad testifical para asistir a testamentos, incluida también bajo el nombre de *testamenti factio*, supone la *testamenti factio activa*, y por consiguiente la capacidad patrimonial del Derecho Civil Romano, así como la plena capacidad de obrar. Son, pues, inhábiles para el romano los esclavos, quienes no sean ciudadanos, las mujeres, los impúberes, los *furiosi*, los *prodigi*. Exígese, además, a los testigos comprensión física, por cuya razón no pueden atestiguar los ciegos, los sordos y los mudos, e independencia frente al testador, de que se hayan privados, e incapacitados por tanto, los sujetos a su patria potestad, al igual que el heredero instituido y las personas a él unidas por los vínculos del poder paterno.

No podían ser testigos en los testamentos en nuestro Antiguo Derecho Patrio, los condenados por canciones injuriosas, libelos o pasquines infamatorios, o por ladrones, homicidas, traidores al rey, u otros delitos semejantes; los apóstatas, aunque hubieran vuelto al seno de la Iglesia, los menores de catorce años, las mujeres; los locos, durante su enajenación; los pródigos privados de la administración de sus bienes, los mudos, los sordos, y los ciegos,

los siervos, los hijos en los testamentos de sus padres o ascendientes y éstos en los de sus descendientes, el heredero y sus parientes dentro del cuarto grado de afinidad o consanguinidad; pero los legatarios sí podían ser testigos en los testamentos en que se les dejaba un legado; también podían serlo los fideicomisarios y ejecutores testamentarios si no eran herederos.

Volvamos al Derecho Moderno. Aun cuando los testigos del testamento sean meros testigos “de solemnidad” (Solemnitätzsegen), con todo, esto no prueba que sean simples figuras decorativas. Antes bien el significado de la exigencia de esta solemnidad, es crear una garantía de la autenticidad y verdad del negocio aduciendo personas que puedan dar testimonio del proceso del otorgamiento y el contenido de lo declarado durante él. Así los testigos testamentarios no se diferencian de los otros medios de prueba, sino en que su aducción ha sido convertida en un elemento constitutivo esencial del negocio, a fin de que la prueba no pueda faltar regularmente. Se deduce que las personas que participan en el otorgamiento han de estar presentes durante todo él (*unitas actus*). La intervención de los testigos instrumentales en número y calidad, no sólo es exigible en razón de su testimonio, sino precisamente como rigurosa y rígida solemnidad formal, por lo que el defecto extrínseco que a la misma se refiere se transforma en vicio esencial que anula radicalmente el testamento. Si los testigos no concurren a la manifestación de voluntad del causante en el testamento abierto o a la entrega y consiguiente declaración en el cerrado, propiamente no llagar a nacer el negocio jurídico *mortis*

causa. Tampoco basta la mera presencia física, sino que es preciso que el testigo vea y entienda lo que ante él se realiza.

En materia de testigos en los testamentos, debe hacerse resaltar el principio filosófico de *non tam numeranda quam ponderanda sunt testimonia*. (Los testimonios no son tan numerosos como ponderados) En los testamentos se trata de los testigos llamados en derecho procesal contemporáneos presenciales, pues ante ellos se verifica o realiza el hecho o la cosa de que se trate, y el testimonio de éstos es indispensable para que en derecho civil tenga valor el mismo hecho, y aun para que exista, clase a la que pertenecen los testigos instrumentales y algunos de los judiciales.

Los testigos instrumentales deben: a) Ver y oír a los otorgantes, según la Ley 21, título 1º, libro 28 del Digesto, para poder precisar los derechos y circunstancias del acto; b) Entender el contenido del instrumento que autorizan con su presencia, intervención y firma, pues de lo contrario se expondrían a ser testigos falsos; c) Que mientras se verifica el otorgamiento y lectura del instrumento o la autorización de él, estén todos presentes, según el párrafo 8º, de la Ley 20, título 1º, libro 28 del Digesto, pues deben cerciorarse de que la voluntad de las partes no ha variado en todo ni en parte, y en caso contrario cómo, en qué y bajo qué nuevas condiciones.

Actualmente puede ser testigo todo aquél que no esté excluido expresamente por la ley.

Hay casos de Incapacidad Absoluta.

a) Esta incapacidad absoluta la imponía injustamente el Código de 1884 a las mujeres. El código actual ha suprimido dicha incapacidad, poniéndose a tono con las corrientes modernas del Derecho: obró correctamente, ya que, en esa materia y en muchas otras no hay desigualdad alguna entre el hombre y la mujer, ni debe haberla en derecho.

Fundaban las partidas la incapacidad de las mujeres para ser testigos, en la debilidad de su sexo, en las consideraciones que en todo se les guarda, y aun porque su razón está poco formada por el descuido o desempeño de los hombres en que no se las eduque con toda la cultura necesaria, y además porque aun muy bien educadas son seres que se guían, gobiernan, dirigen y resuelven a obrar por el corazón y por el sentimiento que por el raciocinio. Tales circunstancias históricas han dejado de tener consistencia jurídica.

Uno de los éxitos de la religión cristiana, al establecerse en el mundo, fue rehabilitar a la mujer. Ésta, en las civilizaciones antiguas, carecía de libertad y de derechos, y era una esclava del hombre, un animal sin pudor, como la llama Séneca. Las leyes romanas la consideraron siempre como una menor, sometida a tutela perpetua. En su matrimonio, estipulado entre sus padres y los de su futuro esposo, no se le daba intervención, y a veces se reducía a una compraventa.

La mujer, en la antigüedad, no era una persona, sino una cosa. Por eso, el mundo pagano se quedó estupefacto al oír a

Jesucristo desterrar la poligamia y el libero de repudio (libertad de repudio), que estuvo siempre al arbitrio del varón; y siguió extrañándose, al ver que la Iglesia exigía la libertad de ambos cónyuges para la validez del contrato matrimonial. La Iglesia, sencillamente, introdujo en el mundo la igualdad jurídica matrimonial entre los dos sexos (Ricardo V. Feliú), “Llega la hora -se dice en la última importante llamada—, ha llegado la hora en que la vocación de la mujer se cumple en plenitud, la hora en que la mujer adquiere en el mundo una influencia, un peso, un poder jamás alcanzados hasta el presente... Las mujeres llenas del espíritu del Evangelio pueden ayudar tanto a que la humanidad no decaiga.” (Mensaje papal a las mujeres, 8 de diciembre de 1965.)

b) Los menores de dieciséis años. Antiguamente se exigía la mayor edad. Eso también se suprimió, considerándose que si el menor de edad, mayor de dieciséis años, puede hacer testamento, no hay razón para que no sea testigo. No pueden ser testigos del testamento “los menores de dieciséis años”.

c) “Los ciegos, sordos o mudos”

d) “Los que no estén en su sano juicio”

e) “Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad”. Esta prohibición nos viene de la legislación de Partidas y se basa en la naturaleza misma del delito cometido por el individuo.

Otros casos hay que son de Incapacidad Relativa.

a) "Los amanuenses del notario que lo autorice" no pueden ser testigos.

b) "Los que no entiendan el idioma que habla el testador". En tal caso veremos que el testamento se redacta conforme lo dispone el artículo 1503.

c) "Los herederos o legatarios: sus descendientes, ascendientes, cónyuges o hermanos. El concurso como testigo de una de las personas a que se refiere esta fracción, sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes. "La inhabilitación para que los herederos o legatarios funjan como testigos nos viene del Fuero Real.

Algunas legislaciones exigen para el testigo el requisito de la Vecindad. Además, para que el extranjero pueda ser testigo exigen que sea vecino. Entre nosotros no. Tampoco es necesario en nuestro derecho que los testigos conozcan al testador.

"Tanto el notario como los testigos que intervengan en cualquier testamento deberán conocer al testador o cerciorarse de algún modo de su identidad y de que se halla en su cabal juicio y libre de cualquier coacción."

"Si la identidad del testador no pudiere ser verificada, se declarará esta circunstancia por el notario o por los testigos, que en su caso, agregando uno u otros, todas las señales que caractericen la persona de aquél."

"No tendrá validez el testamento mientras no se justifique la identidad del testador."

Notemos por último lo que nos recuerda Sohm, para hacer resaltar la importancia de la investigación de testigos, que el verbo *testari*

significa pura y simplemente declarar ante testigos. Se aplicó después la palabra a la misma declaración de voluntad. Nos cita Sohm las palabras *nuncupatorias* del testador; *Hoc ita ut in his tabulis careisque* (en la forma en que consta escrito en este instrumento testamentario) *scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor* (así doy, así lego, así testo), *itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote* (así vosotros rendiréis testimonio para mí.)

3.5 Requisitos para que puedan testar los incapaces

Para que en un intervalo lúcido el incapaz pueda testar, debe rodearse al acto de determinadas precauciones:

El incapaz, su tutor o sus familiares deben solicitar del juez de lo familiar la designación de dos médicos, de preferencia especialistas, que determinen que el enfermo está en condiciones de hacer testamento.

El juez familiar estará presente durante el reconocimiento que se realice al enfermo.

Si el dictamen es favorable, el testamento se realizará ante notario, debiendo ser testamento público abierto.

Además de las personas que normalmente lo hacen, firmarán en el protocolo notarial, testador, notario y testigos, el juez y los peritos médicos.

CAPÍTULO IV

FORMA DE LOS TESTAMENTOS

4. FORMAS DE LOS TESTAMENTOS

4.1 Clases de testamentos

Nuestro código en su artículo 1499 se parece al código francés, al español y al argentino, y admite la clasificación de los testamentos dividiéndolos en cuanto a su forma en ordinarios y especiales. En los primeros testamentos concurren las formalidades ordinarias, y en los segundos las que son extraordinarias o excepcionales.

Artículo 1500 "El ordinario puede ser. I. Público Abierto II. Público Simplificado, III Público cerrado y IV Ológrafo.

Artículo 1501 "El especial puede ser I. Privado, II. Militar, III. Marítimo, y IV Hecho en país extranjero".

Todo testamento ordinario en nuestro derecho se hace por escrito. No se conoce ya el testamento verbal o nuncipativo, que antaño se practicaba, y que fue prohibido en Francia por la Ordenanza de 1735, Artículo 1735, artículo 1º No comprende este problema el diverso de probar por testigos el contenido y la destrucción de un testamento.

Esta clasificación es por la solemnidad externa, pues la solemnidad interna fue suprimida por el Ordenamiento de Alcalá.

4.2 Testamento Público Abierto

En legislación comparada se le denomina testamento público notarial. Notemos que algunas legislaciones, en determinados casos, admiten testamento ante el juez, ante un eclesiástico o ante un simple abogado.

El testamento es público porque se hace la declaración de voluntad en un instrumento público.

Es abierto porque la voluntad del testador es conocida tanto del notario como de los testigos, en caso de que los hubiere.

Siendo conocida del notario la última voluntad, tiene aplicación el artículo 12 (Do, 2 ene 1943) que dice: "Los notarios que autoricen algún testamento público abierto que contenga disposiciones para constituir una institución de Asistencia Privada, están obligados a dar aviso a la junta de la existencia de esas disposiciones y remitir copia simple de ellas" Dada la obligación grave del siglo profesional impuesta al notario, este precepto, opina José G. Arce y Cervantes,²⁶ es de muy dudosa constitucionalidad.

En relación con este último párrafo, notemos las obligaciones numerosas que el derecho sucesorio impone a terceros: al notario, al registrador, a los testigos, a las personas que conservan el depósito algún testamento, etc. Muchas de esas obligaciones a cargo de terceros nacen una vez fallecido el testador: otras, en cambio, como la que acabamos de transcribir, nacen antes del fallecimiento.

Da origen el testamento público abierto a diversos problemas cuando el testador reconoce a su hijo. ¿Tendrá eficacia el acto luego, o únicamente *post mortem*?

²⁶ Antonio de Ibarrola, *Cosas y Sucesiones*, p. 761

Cicu²⁷ parecen inclinarse a la última solución. Consideremos el caso que contempló la Ley de Retiros y Pensiones Militares (DO, 31 dic. 1995 y 12 ene, 1956) abrogada por el 3º transitorio de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las fuerzas armadas mexicanas hoy en vigor, en su artículo 5º, que dice: “Los Militares están obligados a presentar a las Secretarías de Defensa Nacional o de Marina, según el caso, los siguientes documentos: Copia certificada del acto jurídico por medio del cual el militar ha reconocido a sus hijos” Para nosotros, si el acto fue hecho en un testamento público abierto, hubo de agregarse éste al expediente del militar: no después de su muerte, sino desde el momento del otorgamiento. El hijo o su representante antes y hoy pueden hacer valer el testamento en un juicio de alimentos, antes de la muerte del autor. Consideremos en efecto:

a) Corrientemente se ve el reconocimiento una confesión de paternidad o maternidad, pero se añade que ofrece particularidades que lo distinguen de la confesión extrajudicial o judicial. Se discute además en la doctrina si la confesión es *medio de prueba o negocio jurídico*, y dentro de esta última hipótesis, si la confesión judicial es un negocio *civil o procesal*. Admitido que la confesión sea simple medio de prueba, fácil es comprender que el reconocimiento es algo más que un medio de prueba, ya que produce sus efectos independientemente del juicio: el reconocimiento es un título de estado.

La función del acta de reconocimiento es de la investir al

27 Antonio de Ibarrola, *Cosas y sucesiones*, p.698

hijo de un estado, y este efecto se consigue del mismo aun cuando el reconocimiento sea contrario a la verdad.

El reconocimiento es un acto de poder familiar. Debe surtir efectos desde luego.

b) Otro carácter que se atribuye al reconocimiento es la irrevocabilidad. Esto se justifica por la naturaleza declarativa del acto. Constata con el principio de la revocabilidad, propio de los actos de poder, pero contrastando con él, halla fácil justificación, porque dicho principio no es aplicable cuando el acto da origen a un derecho subjetivo: en nuestro caso a un estado de hijo.

c) El reconocimiento no tolera términos ni condiciones: La doctrina halla la razón de esto en la función atribuida al reconocimiento que no es otra que la mera declaración de la verdad de un hecho. Para Cicu, del mismo modo que el matrimonio, y con mayor razón que en este caso, hay que afirmar que, cuando la declaración contenga un reconocimiento, éste tendrá valor sin más.

El Testamento Público Abierto

a) Es nuncupativo, en cuanto a que la declaración de la voluntad se hace oralmente.

b) Tiene plena autenticidad *ipso jure* no requiere declaración del juez en tal sentido

Ventajas del Testamento Público Abierto

Examinémoslas someramente:

a) La primera de ellas es la que lo pueden otorgar quienes no

saben leer o escribir; “Si el testador no pudiese o no supiere escribir, intervendrá otro testigo más, que firma a su ruego”. “En el caso de extrema urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales, haciéndose constar esta circunstancia.

b) Tiene todas las garantías que al caso presta la competencia, probidad y la responsabilidad del notario.

c) Tiene toda la fuerza probatoria de los datos auténticos.

Nos da la definición el artículo 1511, el cual también nos da a conocer los requisitos que deben reunir: “Testamento público abierto. Es el que se otorga ante el notario y tres testigos idóneos.

Sus requisitos:

Hablemos ahora de requisitos ulteriores.

a) Capacidad que se requiere es la misma que para otorgar cualquier clase de testamento, la general.

b) Dice el artículo 1512 que: “El testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al notario y a los testigos. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá” ¿Qué se entiende por la frase Redactará por escrito? Borja Soriano²⁸, en los testamentos públicos abiertos que ante él se otorgaban, acostumbró en un tiempo escribir personalmente el protocolo las cláusulas que le dictaba el testador. La suprema Corte de Justicia de

²⁸ Manuel Borja Soriano, *Teoría de las obligaciones*, p. 521

la Nación ha resuelto que los notarios no están obligados a escribir de puño y letra el testamento público abierto, sino que basta que sea redactado por escrito (ejecutoria de 14 de enero 1928, en el asunto Amado Haro, que está reproducida en varias de las ediciones del Código Civil actual). Se trató el asunto relativo al testamento público abierto del señor Enrique Haro García Teruel. La corte negó el amparo el quejoso confirmó la sentencia del Tribunal Superior (art. 55 de la antigua Ley del Notariado).

c) Sigue diciendo al artículo citado que: El testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al notario y a los testigos” firmarán todos el instrumento, asentándose el lugar (en que fija la competencia del notario para actuar), año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado. “Opina con razón José G. Arce Cervantes²⁹ que hubiera sido prudente para el caso de que el testador no sepa firmar, haberle exigido que imprimiese su huella digital en términos análogos a los prescritos por el artículo 1834 en su segundo párrafo, que dice. “ Si alguna de ellas (las personas que han de suscribir un contrato) no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que firmó”.

d) El Código exige la unidad del acto, la unidad de contexto y en esto es muy severo. “Las formalidades se practicarán acto continuo y el notario dará fe de haberse llenado todas. “En derecho romano la

29 Antonio de Ibarrola, Cosas y Sucesiones, p. 709

legislación era todavía más severa en lo que respecta a esta unidad de contexto.

Consiste la unidad de contexto según el digesto (XVII, I, 21, 3) y las partidas (VI, 1, 3) en que no se mezclen en el testamento actos diversos a su objeto, como la celebración de un contrato con cualquiera de los testigos u otra persona. Más no por esto se crea que se falta a la unidad de contexto cuando por gravedad del testador u otra urgente causa por parte del escribano o de alguno de los testigos dejan en algún momento de estar ahí y vuelven para continuar bien puesto, como lo dice la misma ley, y lo sostiene Rodríguez Fonseca en el tomo 9, p.329 de su digesto teórico y práctico, exposición al párrafo citado. Sería grave en efecto distraer la voluntad del testador obligándola a ocuparse de actos o contratos distintos. Recuérdese de que habiendo sido el origen del testamento el peso público que ante él comicio calado se hacía de la familia y propiedades del testador para transmitir las a sus herederos, en estos casos no podían, conforme al derecho romano, intercalarse otros distintos, pues de hacerlo habría resultado una confusión monstruosa. Ha dicho, por ejemplo, en forma sensata la Suprema Corte: “ La circunstancia de que los testigos hayan firmado un testamento en la pieza contigua a la que tubo verificativo aquél, no es causa de nulidad del mismo, fundándose en que con ello se rompe la unidad del acto, porque tal hecho no afecta de modo esencial la voluntad del testador hecha constar en el testamento contenido, pues la ley al hablar de la unidad del acto, se refiere, como es natural, a lo que es esencial, esto es, a que la expresión de la última voluntad del testador no se haga en distintos

momentos". (González de López de León, Carmen, Sj, P.742, tomo LVIII-17 oct. 1938.)

e) De acuerdo en lo que asentamos en los incisos anteriores, el notario dará fe de haberse llenado todas las formalidades. Faltando alguna de ellas queda el testamento sin efecto y se sancionará al notario. El artículo 1520 expresa: " Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto y el notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además, en la pena de pérdida de oficio". P, 2712 bis: esta expuesto el testamento a tantas nulidades, que los notarios lo consideran como una de las cargas más pesadas del notariado, mismo que se les impone a cambio de una bien ridícula retribución la Suprema Corte de Justicia ha resuelto en relación con un problema de validez de un testamento público abierto: Es verdad que es causa de invalidez del testamento público abierto, la de que el notario no lea en voz alta el documento para que el testador manifieste su conformidad, pero no es menos cierto que tal causa de nulidad no puede hacerse extensiva al caso en que el notario no haga constar que dio lectura en voz alta al testamento, si mediante otras pruebas demuestra que cumplió con esta formalidad.

(Delgadilla Navarro, Francisco, SJ, p. 377, tomo CXIII, 24 de julio de 1952, cinco votos.)

Ciertamente en el testamento público se alcanzan plenamente los objetivos de las prescripciones relativas a solemnidades: Lleva empero consigo la observancia de una pesada serie de formalidades. Se ha sostenido que esta forma testamentaria debería ser la única admitida

por el derecho. Esto es bien exagerado. El otorgamiento público del testamento correspondió perfectamente a la práctica y a las concepciones jurídicas alemanas, que lo consideraban como un negocio jurídico importante que debía tener lugar ante el tribunal o ante otras autoridades es por eso que el Alemania el testamento público del más tardío Derecho Romano, el *testamentum apud acta conditum y iudici oblatum*, que entre los romanos aparecía solamente jugando un papel subordinado, llegó a ser la forma testamentaria regular.

Cundo el testador es sordo, pero sabe leer, “El mismo deberá dar lectura a su testamento; sino supiere o no pudiere hacerlo designará una persona que lo lea en su nombre” (art. 1516).

Cuando el testador “sea ciego... se dará lectura al testamento dos veces, una por el notario como está prescrito en el artículo 1511, y otra en igual forma por uno de los testigos u otra persona que el testador designe”.

Otro caso especial se presenta “ Cuando el testador ignore el idioma del país”. Entonces “ ...si puede, escribirá de su puño y letra su testamento que será traducido al español por los dos intérpretes.

La traducción se transcribirá como testamento en el protocolo respectivo y el original se archivará en el apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto”.

“Si el testador no puede o no sabe escribir, uno de los intérpretes escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por los dos interpretes que deben concurrir al acto., hecha la traducción se procederá como se dispone en el párrafo anterior”.

“Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento a uno de los intérpretes. Traducido por los dos intérpretes, se procederá como lo dispone el párrafo primero de este artículo”. (art. 1528).

“ Cuando el testador ignoré el idioma del país, concurrirán al acto y firmarán el testamento, además de los testigos y el notario dos intérpretes nombrados por el mismo testador. Los testigos, en ese caso, deben conocer el idioma que habla el testador”.

4.3 Testamento Público Cerrado

El testamento público cerrado se llama también místico o secreto: lo es como el ológrafo.

Tiene la garantía de que el notario y los testigos reciben la última voluntad en un pliego cerrado y por ende la desconocen.

Puede aveces surgir una circunstancia que amerite orden judicial de que sea abierto, para surtir ciertos o determinado efectos antes de la muerte del testador.

No lo admiten Alemania, Suiza y los derechos Inglés y Anglosajón, con notoria incongruencia .

Este testamento fue ya reconocido en Roma: Vitali³⁰ llega a decir que su origen se encuentra ya en las XII Tablas. En el derecho Justiniano está perfectamente reglamentado. Fue conocido en el fuero juzgó y regulado por las partidas, exigiéndose al testador escribir por si mismo el testamento “ *E si non supiere* debe llamar a otro cual quisiere en quien se fié. Después de escrito doblar la carta y poner en ella siete cuerdas con que se cierre de manera que finquen colgadas para poner en ellas siete sellos, y después debe llamar a los testigos y mostrar la carta y decirle que aquel es su testamento.

Las leyes de toro, recogidas en la nueva recopilación, presuponen que el testamento lo confecciona a solas el testador y lo presenta al escribano, siendo presenciado el acto por los siete testigos y firmado por todos los concurrentes. Se exige la unidad del acto. Las partidas exigían que los testigos fuesen rogados por el testador, escribano u otro en su nombre para asistir al testamento., pero como la recopilación no menciona esta circunstancia, tomada antiguamente de las sutilezas del Derecho Romano, se tiene en el día por bastante que los testigos oigan y entiendan al testador, aunque no se le halla hecho ninguna especie de suplica al efecto. (Greg López, glos. 7 de la ley primera, tit. 1º, p. 6, y Gómez en la ley tercera de Toro).

30 Antonio de Ibarrola, Cosas y sucesiones, p. 765

Distingamos en nuestro derecho positivo el fondo y la reforma del testamento.

Fondo del Testamento Público Cerrado. Formas Especiales

Es el fondo la declaración secreta de voluntad en un documento privado que “puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego y en papel.”

En cuanto a la capacidad, recordemos que “los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado”. Evidentemente los que no pueden leer o no pueden comprobar por si mismos la exactitud de su declaración.

“El sordomudo podrá hacer testamento cerrado con tal que este todo el escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario ante 5 testigos, escriba a presencia de todos sobre la cubierta que en aquel pliego se contiene su última voluntad, y ya escrita y firmada por el, el notario declarará en el acta de la cubierta que el testador lo escribió así.

“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 el”.

“ El que sea solo mudo o solo sordo, puede hacer testamento

cerrado con tal que esté escrito de puño y letra, o si a sido escrito por otro, lo anote así el testador, y firme la nota de puño y letra, sujetándose a las demás solemnidades precisas para esta clase de testamentos”.

Forma Del Testamento Público Cerrado

Por lo que hace a ella, digamos lo siguiente.

a) “El testador debe rubricar todas las hojas y firmar alcalce del testamento; pero si no supiere o no pudiere hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona a su ruego”.

“La persona que halla rubricado y firmado por el testador, concurrirá con el a la presentación del pliego cerrado; en este acto, el testador declarará que aquella persona rubricó, y firmó en su nombre y esta firmará en la cubierta con los testigos y el notario”.

b) “ El papel en que esté escrito el testamento o el que le sirva de cubierta, deberá estar cerrado y sellado o lo hará cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento, y lo exhibirá al notario en presencia de tres testigos”.

c) “ El testador, al hacer la presentación declara que en aquel pliego está contenida su última voluntad”.

d) “ Cerrado y autorizado el testamento se entregará al testador, y el notario pondrá razón en el protocolo del lugar, hora, día, mes y año en

que el testamento fue autorizado y entregado”.

La sanción contra el testamento que carezca de firma o de alguna de las formalidades sobredichas”, es la de quedar sin efecto y el notario “Será responsable en los términos del artículo 1520”.

Fecha Del Testamento Público Cerrado, Casos Especiales Y Conservación

¿Cuál es la fecha del testamento? ¿La que contiene en su interior el documento o la que tiene el acta notarial, Valverde opina que es la del documento, que es el que contiene la verdadera declaración de voluntad. En nuestro derecho es el más duro el problema, por que el código no exige, como el español que se feche el documento. Notemos que el notario y los testigos sólo garantizan y autentizan la voluntad declarada.

En el diario de jurisp. Director, Victoriano Pimentel (tomo III., fojas 485 (3ª sala), 27 de Septiembre de 1904. Testamento cerrado de Saturnina Portillo de Ortega) la Sala revoca y lo declara válido a pesar de que el testamento cerrado aparecía otorgado el 25 de mayo de 1902 y la cubierta el 24 anterior. Hace notar la Sala que no es responsable el notario por cosas en las que no interviene. También Binder opina que cuando la fecha del acta distinta de la del escrito testamentario, debe valer aquélla a efectos de determinar la capacidad del testador. La Suprema Corte de Justicia en ejecutoria de 22 de enero 1948 también parece inclinarse, como es de justicia, a dicha

31 Julius Binder, Derecho de Sucesiones, p.851

solución, cuando expresa que: “ Las irregularidades relativas a la diligencia de apertura de un testamento cerrado no traen consigo la nulidad de éste, ya que conforme al artículo 1941 del Código Civil, es nulo el testamento cuando es otorgado en contravención a las normas prescritas por la ley, lo que indica que dicha nulidad sólo tiene lugar cuando se contravienen las formas prescritas por la ley al otorgarse el testamento”. En todos los casos la justicia debe intervenir oportunamente. Bien dijo San Agustín: “Sin la justicia, ¿qué son los reinos si no una partida de salteadores”.³²

Por lo anterior, notemos que el testador puede estar comprendido dentro de cualquiera de estos tres casos:

- a) El testador escribe.
- b) El testador no escribe; pero sabe y puede firmar.
- c) El testador no puede o no sabe firmar.

El código es muy cuidadosa para la conservación del documento. Y es porque “ El testamento cerrado quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego anterior o abierto el que forma la cubierta, o borradas, raspadas, o enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no se vicioso”.

32 Ibid p. 917

a) Puede conservarlo el mismo testador.

b) Puede darlo a una persona de su confianza.

Dicha persona, naturalmente habrá de dar aviso a la autoridad al fallecer el autor, de la existencia del testamento. Ya el Derecho Romano obligaba a los supervivientes, bajo la amenaza de severas penas, a entregar los testamentos a la autoridad, con el fin de su apertura y conocimiento oficiales. Una determinación en contrario del autor será nula.

c) Puede depositarlo en el Archivo Judicial. El depósito puede hacerse por procurador “ y en este caso el poder quedará unido al testamento”. Una vez depositado, “El testador puede retirar cuando le parezca, su testamento: pero la devolución se hará con las mismas solemnidades que la entrega”. “ El poder para la entrega y para extracción del testamento, debe otorgarse en escritura pública, y estas circunstancias se hará constar en la nota respectiva”.

APERTURA Y PROTOCOLIZACION DEL TESTAMENTO

Dice el artículo 1542: “ Luego que el juez reciba un testamento cerrado hará comparecer al notario, y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento.”

4.4 Testamento Ológrafo

Es el escrito de puño y letra del testador. Este testamento no puede ser escrito por ninguna otra persona., por lo mismo quien no sepa o no pueda escribir no puede otorgarlo.

Es un testamento que se otorga por duplicado y debe ser presentado ante el encargado del Archivo de Notaria.

Puede ser otorgado en el idioma del testador, debe guardarse en un sobre, cerrarse y sellarse, el sobre deberá tener la siguiente leyenda: "Dentro de este sobre contiene mi testamento", puesta de puño y letra del testador. El encargado del Registro hará constar la fecha y lugar de la entrega y a la presentación debe concurrir dos testigos que identifiquen al autor. Además el encargado del Archivo deberá guardar uno de los ejemplares y entregar el otro al testador, registrando el acto en el libro que al efecto se lleve.

En el sobre que contenga la copia el encargado del Registro asentará la siguiente inscripción: " Recibí el pliego cerrado que el Sr... Informa contiene original de su testamento ológrafo, del cual, según información del mismo señor o señora, existe dentro de este sobre un duplicado". Este sobre también deberá ser firmado por el encargado de la oficina y por el propio testador y los testigos de identificación. El testador o persona de su confianza conservará la copia.

4.5 Testamento Público Simplificado

En la reforma al Código Civil (Diario Oficial del 6 de enero de 1994) se introdujo una novedosa figura llamada " Testamento Público Simplificado". Este testamento solo puede otorgarse en los supuestos que establece el precepto que lo regula.

La exposición de motivos de esta reforma señala que los

programas de regularización de tenencia de la tierra, por falta de juicio sucesorio, no den lugar a una nueva situación de irregularidad, se buscó el establecimiento de una figura jurídica que facilite el otorgamiento de últimas voluntades de los autores de la sucesión con relación a las viviendas que adquieren, así como el establecimiento de un procedimiento sucesorio expedito para la titulación de dichos inmuebles a favor de los legatarios que instituya el propietario.

Como se trata de un testamento ordinario con regulación excepcional, en lo que la disposición que lo regulan no disponga como regla excepcional, se siguen todas las normas propias del testamento como las relativas a la capacidad de testar, las normas sobre legados, los principios sobre sustituciones, la utilidad del testamento o su revocación.

El testador debe expresar cumplida y claramente su voluntad ante el notario y no tener algunas de las incapacidades para testar.

Como el testamento es un acto personalismo el testamento público simplificado no puede otorgarse por medio de representante llamado testamento por comisario.

El contenido de este testamento está limitado a la institución de un legado respecto a un bien inmueble materia de regularización o un bien destinado, o que vaya a destinarse a vivienda cuyo valor, al momento del otorgamiento del testamento no exceda de 25 años de

salario mínimo. Se trata de un acto de disposición de un bien *mortis causa*. Cualquier disposición que no se refiera al legado de esta clase de bienes o disposiciones relativas al mismo (como el nombramiento de representante al legatario incapaz) no puede ser materia de esta clase de testamento y la disposición no tendrá efectos. Por ejemplo no se puede disponer del menaje de casa o legado de muebles. Si el bien inmueble objeto del testamento público simplificado tiene algún gravamen (hipoteca, embargo) o limitación de dominio, en esta misma situación se trasmite a los legatarios. En caso de que el testador enajene el inmueble ante su fallecimiento, el legado caduca artículo 1413 y queda sin efecto el testamento público simplificado.

La forma ante el notario, rompe con algunas de las reglas generales aplicables al testamento público abierto, pues puede otorgarse simultáneamente por varios testadores en el mismo acto, siempre que cada uno de ellos tenga el carácter de copropietario del bien inmueble objeto del legado. En el mismo instrumento si el adquirente esta casado bajo régimen de sociedad conyugal puede comparecer el cónyuge con el carácter de testador. Esta norma es excepción a la regla que señala que no pueden testar en el mismo acto dos o más personas artículo 1296 y la deroga expresamente el artículo que regula al testamento público simplificado. Cada testador que interviene en el acto debe hacerlo en forma libre y por lo tanto, cada uno de ellos puede disponer de sus porción instituyendo a diversos legatarios, y en su caso, a sus representantes sustitutos. Si el testador designa a varios legatarios y no señala la porción que corresponde a

cada uno, se entiende que están instituidos por partes iguales artículo 1391. Los propietarios del inmueble pueden instituirse recíprocamente como legatarios se puede pensar que esta forma de expresar la voluntad de varios testadores en un instrumento atenta contra la libertad de testar pues inhibe a quien dispone *mortis causa* por ese medio. Sin embargo, el propietario del bien es libre de designar o no legatarios para el bien inmueble al momento de adquirirlo y conserva siempre la facultad de revocar, mediante otro testamento público simplificado o por cualquier otra forma de testamento, la institución de legatario.

Si el testador designa a varios legatarios éstos tienen, por disposición especial de este tipo de testamento, un derecho recíproco de acrecer entre ellos, por voluntad presunta del testador. Sin embargo, puede el testador instituir expresamente sustitutos para cada legatario designado. En las reglas generales del testamento el derecho de acrecer debe ser expreso y recaer en otro heredero o legatario nombrado, en la reforma se estableció el derecho del testador a designar un representante para el legatario incapaz no sujeto a *patria potestad* o tutela. Esta regla está inspirada en el artículo 473 que permite que el testador designe para la administración de un bien a un menor o a un incapaz.

Quizá el legislador de esta forma debió utilizar el término de tutor y referirse a la administración del bien y al trámite sucesorio (aceptación y adjudicación) y no solo a la firma del instrumento público en el nuevo precepto se estableció que los legatarios tiene la

obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, en la proporción que tenga el bien recibido dentro de la masa hereditaria.

Esta norma pretende respetar, para esta forma de testamento lo referente al testamento inoficioso artículo 1368, aunque la redacción del precepto para indicar que se trata de un legado con carga. Es probable que en la práctica ofrezca dificultades su aplicación. La disposición que regula este testamento excepcional es omisa respecto a dos aspectos importantes el primero es el relativo al nombramiento de albacea artículo 1691 executor especial artículo 1703 para cumplir con el legado instituido. Pensamos que el legatario instituido tiene esa función pues así parece desprenderse del artículo 876- bis del Cod. Procedimiento Civiles. Si hubiere varios legatarios designados, se aplican las reglas de los albaceas mancomunados artículo 1692. Es recomendable y válido que el testador nombre a un albacea especial por lo que respecta a este tipo de testamento.

El otro aspecto importante es el relativo a la revocación de testamentos anteriores. Estimamos que el testamento público simplificado, como testamento posterior perfecto revoca los testamentos anteriores, pues tal disposición legal no hace distinción alguna. Por lo tanto, es recomendable que en el otorgamiento de esta clase de testamento se establezca expresamente que subsisten los testamentos otorgados con anterioridad, en todo aquello que no se refiera al inmueble objeto del legado del testamento público simplificado.

Con respecto a la forma de otorgarse está puede ser: en la misma escritura que consigne la adquisición del bien objeto del legado (compra venta, donación, permuta, adjudicación regulación del bien) O el un instrumento notarial que contenga la institución del legatario (s) de un inmueble con las características ya señaladas el notario ante quien se otorgue este tipo de testamento simplificado debe dar aviso del otorgamiento al Archivo General de Notarias (80 de la Ley del notariado). En este aviso el notario debe expresar cual es el inmueble a que se refiere la institución del legatario.

Normas excepcionales para el derecho sucesorio son también el que se entrega a los legatario antes de la formación de inventario artículo 1713 y 1770 y que la tramitación notarial se hace en un solo instrumento con reducción de las formalidades propias de otras clases de testamentos 876- bis del Cod. De Procedimientos Civiles.

Como comentario general sobre esta nueva forma de testamento puede señalarse lo siguiente:

a) Se trata de un verdadero testamento ordinario, excepcional, cuya regulación debe interpretarse estrictamente y suplirse, en lo no previsto, por las normas generales del testamento.

b)Esta nueva figura es una manifestación de la tendencia de distintas leyes a autorizar disposiciones *mortis causa* particulares de ciertos ilimitados bienes; por ejemplo; para disponer de cuentas de ahorro cheques o inversiones sobre derechos ejidales o patrimonio de familia.

c) Tiene por objeto facilitar la tramitación sucesoria respecto a un bien inmueble, al reducir los requisitos formales para instituir y su tramitación sucesoria.

Es probable que en la generalidad de los casos, este bien sea el más importante quizá el único de la masa hereditaria del testador y el que merece el trámite de aceptación y adjudicación.

d) El notario que interviene en estos actos de última voluntad debe cuidar que el testador disponga libremente y que el instrumento contenga, en lo posible disposiciones claras sobre porciones del bien, sustituciones y el derecho de acrecer, e nombramiento de albacea o ejecutor especial y la mención expresa de la subsistencia de disposiciones testamentarias anteriores, en lo que no se refiera al inmueble.

CAPÍTULO V
TESTAMENTOS ESPECIALES

5. TESTAMENTOS ESPECIALES POR RAZON DE LA PERSONA DEL TESTADOR.

Entre estos testamentos podemos hablar de los siguientes:

a) El del loco; b) El hecho en lengua extranjera; c) El sordo; d) El del sordomudo y el del mudo que sabe escribir; e) El hecho en inminente peligro de muerte.

5.1 Testamento del loco

La legislación civil a este respecto se basa en principios científicos sumamente interesantes.

El derecho romano y las leyes de Partida, disponen que cuando el demente tiene intervalos lúcidos, los interesados en que *teste* deben ocurrir al juez del lugar para que conceda la licencia respectiva: sólo puede otorgarla cuando quede satisfecho por la declaración del médico o cirujano que al efecto, asociado del escribano y testigos, o de éstos y del mismo juez si no hubiere escribano, examinarán el estado del enfermo, y con vista de él podrán decir si pueden o no otorgar su disposición testamentaria, todo lo cual se hará constar por el escribano y en su caso por el juez receptor; y cerciorado éste de la verdad de lo dicho y lo hecho y de que el testador concluyó durante el intervalo lúcido su disposición, debe declararla válida y tenerse por buena para todos los efectos legales.

Los locos, si no han perdido completamente la razón, son responsables.

Si la han perdido completamente son *irresponsables*, tanto en derecho civil como en derecho penal. Sin embargo, notemos que son pocos los autores que se dan cuenta de que ciertos locos han perdido la razón solamente en un determinado orden de ideas, y son normales, y por tanto responsables, en los demás. Hay igualmente entre la pérdida de la razón y el uso perfecto de la misma, múltiples matices que los alienistas han registrado cuidadosamente.

Una simple rareza o desarreglo espiritual que recaiga sobre la parte especulativa de la inteligencia, no priva de la facultad de testar. Si algún alumno deja el estudio y se dedica a profundizar la magia y las ciencias ocultas, pero en la vida práctica sigue siendo sensato, no se vuelve incapaz.

Las monomanías no invalidan necesariamente un testamento. En cambio, respecto del completamente loco, decía la legislación antigua: *“El ome que es fuera de su seso non fase ningún fecho enderezadamente, e por ende non se puede obligar porque non saben in entiende pro, nin daño”* (regla cuatro, título 34, Partida 7ª. En Derecho Romano existía la misma máxima: *furiosas nullum negotium contrahere potest. V el furiosi, vel ejus cui bonis interdictum sum, nulla voluntas* (L. L. 5 y 40 ff. De Reg. Jur).

En cuanto a la menopausia, como nos dice Conrado

Zuckermann, es esta una época normal de la vida que dista de ser la tumba del amor (E, 12 dic. 1983). En ocasiones presenta irritabilidad, nerviosismo, cansancio, etc. La menopausia significa literalmente el último periodo menstrual y marca el fin de los años reproductivos de la mujer entre los cuarenta y ocho y los 52 años. El carácter de la mujer suele sufrir alteraciones, sofocaciones, depresión y lloriqueos frecuentes sin causa.

La mujer que ha empleado métodos anticonceptivos, cuando enfrenta la realidad de que, ahora sí, se han terminado los años reproductivos se sumerge en ese estrés que la lleva a conductas extravagantes.

La menopausia, como nos dice Isabel Custodio (E, 22 abr. 1984) nunca debe convertir en víctima a la mujer. Pero aconsejamos que no aguarde ese momento, para muchas altamente desagradable, para hacer su testamento. La consulta con un acertado ginecólogo hará que ese cambio en la mujer sea bien tolerado y hasta grato. El periodo de transición, con sus consecuentes cambios, se conoce como climaterio o perimenopausia.

¿La cólera altera la lucidez del espíritu? En antiguo derecho francés se admitía que el testamento ab irato, inspirado por un odio feroz e injusto (africano) contra los parientes anulaba el testamento: *hoc colore quasi non sande mentis fuerint*. (los testimonios no son tan numerosos como ponderados). Esto se prestaba a numerosos abusos: hijos y yernos se dedicaban a hacerse aparecer como odiados e injustamente desheredados (Merlín, Repertorio, Vo. Ab irato. Sect. 7ª.

El estudio de la psicología es particularmente interesante al jurista (G, 302) cuando tiene que juzgar a personas histéricas, psicasténicas o neurasténicas. También ha de conocer las perturbaciones mentales que se originan en ciertas enfermedades, como de la de Basedow (hipertrofia de la glándula tiroides), y otros desórdenes en el funcionamiento de las glándulas endocrinas, principalmente en la edad crítica. Tales anomalías pueden dar lugar a una intoxicación crónica y progresiva, que engendra confusión mental con ideas fijas. Hay que observar desde sus pródromos la psicopatía.

En derecho penal v. gr.: muchos autores se dejan arrastrar y zozobran en teorías que destruyen por completo el libre albedrío y la responsabilidad, como las de Lombroso y Ferri, para quienes los malhechores no son más que criminales-natos,, criminales forzosos, enfermos a consecuencia de tendencias innatas y del medio en que viven: en relación con ello notemos que el abogado jamás puede desarrollar y hacer valer esas teorías extremas para obtener la absolución de un cliente. Preconizar opiniones falsas y tachadas de herejía es moralmente malo en sí.

Está prohibida la práctica en virtud del principio de que el fin no justifica los medios. No se pretende en modo alguno considerar siempre a todos los ladrones como cleptómanos, a los ebrios habituales como dipsómanos, o como pirómanos a todos los incendiarios: gracias a Dios la mayor parte de los hombres, incluso de los malhechores, son normales, y, por lo tanto, responsables. Algunos, y su número es más considerable en nuestros tiempos de

sobreexcitación nerviosa, si son verdaderos anormales.

Basada la ley en estos principios, establece que "es válido el testamento hecho por un demente *en un intervalo de lucidez.*"

"Siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor y en defecto de éste la familia de aquél, presentará por escrito una solicitud al juez que corresponda. El juez nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental. El juez tiene obligación de asistir al examen del enfermo, y podrá hacerle cuantas preguntas estime convenientes, a fin de cerciorarse de su capacidad para testar."

"Se hará constar en acta formal el resultado del reconocimiento".

"Si éste fuera favorable, se procederá desde luego a la formación de testamento ante notario público, con todas las solemnidades que se requieren para los testamento públicos abiertos."

"Firmarán el acta, además del notario y de los testigos, el juez y los médicos que intervinieron para el reconocimiento, poniéndose al pie del testamento, razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lucidez de juicio y sin este requisito y su constancia, será nulo el testamento".

Notemos las reglas general:

- a) Se presume capaz a una persona que no haya sido declarada incapaz;
- b) El testamento otorgado en la forma que marca la ley ¿se presume válido con una *presunción juris tantum*, o no puede ser ya objetado por nadie? El punto es sumamente interesante: estimamos que hay *presunción juris et de jure* de que el paciente lo otorgó en su sano juicio en ese momento de lucidez.
- c) Inneceariamente, a nuestro modo de ver, se ha discutido sobre si el interdicto puede o no reconocer a un hijo en un intervalo lúcido. Seguramente sí puede hacerlo, y precisamente lo puede hacer en su testamento, pues la característica de la incapacidad legal es que se prescinde de la capacidad de querer en determinados momentos, no en otros.
- d) Deben los médicos extremar su cautela en el caso del esquizofrénico, personaje que, aparentemente normal a veces, necesita empero una persona a quien odiar o a quien hacer padecer.

5.2 Testamento hecho en lengua extranjera

Scévola,³³ Sánchez Román³⁴, Valverde³⁵ y otros autores españoles están de acuerdo en que puede hacerse testamento cerrado en lengua extranjera.

³³Mucuis Scévols G., *Código Civil Comentado y concordado extensamente*, p. 241

³⁴Román Sánchez, *De los contratos civiles*, p. 432

³⁵Calixto Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho Civil Español*, p.325

En efecto, en el testamento público abierto los intérpretes de que hemos hablado y las formalidades del caso se necesitan para que el notario y los testigos entiendan al testador; pero es evidente que las mismas no tienen por qué subsistir cuando el testador va a entregar la expresión de su voluntad en un sobre cerrado, el cual no hay motivo para exigir que forzosamente se encuentre redactado en lengua castellana.

5.3 Testamento del sordo

Las reglas de este párrafo se aplican a la persona que sea completamente sorda. Las Partidas y el Derecho Romano prohibieron testar a los sordos de nacimiento. Es creíble que los sordos aprendan pronto a oír a través de su piel, cuando se lleven a término los trabajos que se realizan en varias universidades estadounidenses, tendientes a construir unos aparatos que conviertan los tonos en impulsos mecánicos o eléctricos que excitan la dermis; los aparatos respectivos todavía no son transportables, pero con la ayuda de la técnica microelectrónica se están proyectando ya modelos que, al igual que se hace con las cassettes puedan llevarse en el cinturón.

“El que fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; si no supiere hacerlo, designará una persona que lo lea a su nombre”.

Interpretando correctamente este artículo, debe concluirse que no tiene capacidad para testar el verdaderamente sordo que no sepa leer

o escribir. ¿Cómo pueden manifestarle su opinión las personas que sirvan de testigos?

Paulatinamente habrá de variar el Derecho a medida que la ciencia progrese. Son interesantísimos los estudios que a diario se llevan a cabo en el Instituto Nacional de Audiología.

El sistema de exploración contiene una serie de dispositivos electrónicos que proporcionan al enfermo tonos puros, y disminuye las pérdidas por lo que a la voz humana se refiere. Se oye el silencio de una cámara sonoro amortiguada. No sería remoto que algún día llegasen a repararse los daños causados por la cianosis o asfixia espontánea que afecta en los recién nacidos el nervio auditivo y los deja sordos para toda la vida.

5.4 testamento del sordomudo y del mudo que sabe escribir.

Creemos, con Valverde, que el sordomudo sí puede hacer testamento ológrafo; pero es muy aventurado afirmar, y en ello también seguimos a este autor, que puede hacer testamento público abierto.

El código Civil no ha previsto el caso: en las cuestiones de solemnidades para testar hay que interpretar la ley en sentido estricto, y no es lícito sustituir algunas formalidades por otras, aun cuando se crea que produzcan el mismo resultado.

Sin embargo, la opinión contraria podría defenderse en determinados casos.

5.5 testamento hecho en inminente peligro de muerte

Nos habla de él nuestro código en el artículo 1565 y en los siguientes. El inminente peligro de muerte comprende naturalmente al prisionero de guerra. Permite nuestra ley el testamento privado en los siguientes casos.

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

A menudo el enfermo es aprensivo: puede creerse en peligro de muerte, y luego resulta infundado el temor de gravedad (BI, 52): ello no obsta a la validez del testamento. Naturalmente, un testamento en esa forma no podría ser otorgado mediante intérprete o traductor.

b) “Cuando, no haya notario en la población, o juez que actúe por receptoría”.

c) “Cuando, aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento”.

d) “Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra”.

En todos estos casos puede otorgarse el testamento privado: pero es necesario que “al testador no le sea posible hacer testamento ológrafo”. Siempre hemos entendido este último párrafo como refiriéndose a un testamento del puño y letra del testador, simple y sencillamente, no al testamento ológrafo tal como lo reglamenta nuestro Código Civil. Tratándose de casos como los que expresa el

artículo 1565 sería peregrino creer que la ley exija el depósito de un testamento ológrafo ante el Archivo de Notarías.

Esta forma de testamento carece de precedente en nuestro derecho. Se referían a él como antecedente los artículos 3535 y siguientes.

En la práctica da lugar a litigios y abusos sin cuento. Recordamos un caso en que intervino el respetable funcionario Alberto Gómez Mendoza, agente entonces del Ministerio Público ante el Juzgado Séptimo de lo Civil: varios testigos falsos aseguraban que un individuo atropellado por un tranvía y que quedó muerto casi instantáneamente, había dejado todos sus bienes a un amigo. Nuestra ley está mal inspirada en los artículos que citamos: debió haber dado atribuciones para recibir el testamento a alguna persona caracterizada: a cualquier juez civil o penal, al párrafo, al médico, etc.

“El testador que se encuentre en el caso de hacer testamento privado, declarará a presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito, si el testador no puede escribir.”

“No será necesario redactar por escrito el testamento, cuando ninguno de los testigos sepa escribir y en los casos de suma urgencia.” En éstos “Bastan tres testigos idóneos”.

El código establece que: “Los testigos que concurran a un

testamento privado, deberán declarar circunstancialmente. (Este último adverbio no existe; debió haber dicho circunstancialmente, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad.) El error se contiene en la edición oficial del código

“I. El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento;

“II. Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;

“III. El tenor de la disposición;

“IV. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción;

“V. El motivo por el cual se otorgó el testamento privado;

“VI. Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad, o en el peligro en que se hallaba.”

Como nos los hace notar Rojina Villegas, en especial cuando el testamento privado es verbal, surge un estado de incertidumbre, sobre todo si se crean derechos reales, pues sería difícil determinar las características, circunstancias, duración y alcance de ellos; sobre todo si se trata de servidumbre, hipoteca o usufructo. Surge el consiguiente conflicto con los artículos 3011 y 3015 que para el registro exigen gran precisión y varios requisitos. El derecho real es un derecho valedero *erga omnes* (respecto de todo el mundo): de no ser posible su registro perdería un elemento esencial de gran importancia que lo distingue de los derechos personales. Con la adverbación ante el juez se subsanarán varias de estas omisiones; pero el asunto no deja de ser delicado. Por lo mismo deben en la práctica

otorgarse los testamentos, como muy bien concluye Rojina Villegas “cuando el testador cuenta con tiempo y serenidad”.

En su caso deberán observarse las formalidades del testamento público abierto.

Dice el artículo 1571: “El testamento privado sólo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó”.

El precepto que antecede nos da uno de los requisitos para que surta efectos el testamento privado: el segundo de los requisitos es el que el juez lo declare formal. “Si los testigos fueren idóneos y estuvieren conformes en todas y cada una de las circunstancias enumeradas en el artículo que procede, el juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien se trate.” “Si después de la muerte del testador muriese alguno de los testigos, se hará la declaración con los restantes, con tal que no sean menos de tres, manifiestamente contestes y mayores de toda excepción.” En efecto, el artículo 1572 nos aclara que “el testamento privado necesita, además para validez, que se haga la declaración a que se refiere al artículo 1575, teniendo en cuenta las declaraciones de los testigos que firmaron, y oyeron en su caso, la voluntad del testador”. Artículo 1573: “La declaración a que se refiere el artículo anterior será pedida por los interesados, inmediatamente después que supieron la muerte del testador y la forma de su disposición”.

Los artículos 1577 y 1578 nos dicen, además, que bastarán también, en caso de ausencia, tres testigos, “Siempre que en la falta de comparecencia del testigo no hubiere dolo. Sabiéndose el lugar donde se hallan los testigos, serán examinados por exhorto”.

CONCLUSIÓN

Como hemos podido observar a lo largo de este trabajo, se necesita conocer los antecedentes históricos del testamentos así, como su evolución.

Hemos tratado de saltar la barrera de la ignorancia, de la burocracia, y de lo complejo, tratando de hacer que nuestro pueblo sea conciente y ante la crisis económica que se agrava día con día. La costumbre hará volver los ojos de los hombres a otorgar su testamento, ante el temor de asegurar el destino de su patrimonio que tanto esfuerzo cuesta formar.

Hoy en día el gobierno hace campañas para que las personas otorguen su testamento, solo es cuestión de concientizarse, y pensar en que al morir, no es conveniente para sus seres queridos dejarlos además de con su duelo por la pérdida, con problemas ya que los intestados son causa de problemas, de tiempo y dinero.

Por otra parte cabe aclarar que un testamento perfecto en cuanto a su forma, es independiente del contenido del mismo, pues este último depende por entero de su autor y sus deseos.

Existen diversos tipos de testamentos y con ello se puede encuadrar a las necesidades cada de persona, testamento público abierto se le denomina también testamento público notarial. Es público porque se hace la declaración de la voluntad en un instrumento público, y abierto por que la voluntad es conocida tanto del notario como de los testigos, el inconveniente sería que el notario

tiene la obligación de ser discreto al igual que los testigos, ya que aunque regularmente tratamos de poner a personas de nuestra confianza como testigos, no siempre resultan ser discretos.

Las ventajas consisten en que los pueden realizar quienes no saben leer o escribir, tiene todas las garantías, la competencia, probabilidad y responsabilidad del notario, tiene toda la fuerza probatoria de los datos auténticos.

El testamento Público Cerrado se llama también místico o secreto, lo es como el ológrafo. Tiene la garantía de que el notario y los testigos reciben la última voluntad en un pliego cerrado, y por ende la desconocen, puede que alguna circunstancia amerite orden judicial de que sea abierto. La voluntad puede ser por escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común., los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer este tipo de testamento, ya que no pueden comprobar por sí mismos la exactitud de su declaración. La ventaja es que el notario y los testigos no pueden ver el contenido del testamento. Pero yo podría llamar un poco de desventaja al hecho de que este tipo de testamento requiere muchas formalidades y si falta alguna quedará sin efecto. Aunque el notario será el responsable.

En lo que se refiere al testamento Ológrafo, este será el escrito de puño y letra del testador, no puede ser escrito por otra persona, por lo tanto quien no sepa o no puede escribir no podrá realizarlo. Son su carácter rigurosamente secreto y su simplicidad, aún cuando esto de

confidencial se haya prestado a que los testigos que acompañan al testador al depósito pudieron enterarse de alguna manera del contenido, o de la fecha del depósito. Pero como una más de las ventajas, puede ser el precio ya que es muy económico al depositarlo en el Archivo General de Notarias.

Por último tenemos al Testamento Público Simplificado en la clasificación de los testamentos ordinarios. Este es una nueva forma de testamento ordinario, por lo tanto las disposiciones que lo regulan no se debe considerar como regla excepcional, se siguen todas las normas propias del testamento como las relativas a la capacidad de testar, los principios de sustituciones, la utilidad del testamento o su revocación. Los motivos para realizar este tipo de testamento son los problemas de la tenencia de la tierra, por falta de juicio sucesorio, se busco el establecimiento de una figura jurídica que facilite el otorgamiento de últimas voluntades de los autores de la sucesión con relación a las viviendas, así como su procedimiento expedito para la titularidad de dichos inmuebles a favor de los legatarios que instituya el propietario.

Con esto se logra la meta de esta tesis que es el estudio dogmático de los testamentos ordinarios.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Sista, México, 2000, pp. 151.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Editorial Delma, México, 1999, pp. 143.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal comentado. Tomo I, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, pp. 476.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, 2000, pp. 421.

Código Federal de procedimientos Civiles, Editorial Delma, México, 1999, pp. 971.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Delma, México, 1999, pp. 742.

Código Civil (Español), Editorial Tecnos, España, 1999, pp. 268.

Código Civil Italiano, Editorial Librería del Estado, Roma, 1995. pp. 512.

Ley del Notariado para el Distrito Federal, Editorial Pac, México, 2000, pp. 110.

Ley de Relaciones familiares, Editorial Porrúa, México, 1997, pp. 101.

Ley de Correduría Pública, Editorial Pac, México, 2000, pp. 541.

AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, Segundo curso de Derecho Civil, tercera edición, México, Editorial Porrúa, 1998, pp. 412.

ALBALADEJO, Manuel, Curso de Derecho Civil, 7° Ed., Barcelona, José Ma. Bosch Editor, 1997 pp. 542.

ARAUJO VALDIVIA, Luis, Derecho de las cosas y de las Sucesiones, 3° edición, Puebla, Editorial Cajica, 1999, pp. 5862.

AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, Derecho de Sucesiones, 2° edición, México, Editorial Porrúa, 1998, pp. 458.

ARCE CERVANTES, José, De las Sucesiones, 5° Ed., México, Editorial Porrúa, 1998, pp. 252.

BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylán, De la interpretación de los contratos y testamentos, 2° Ed., México, Editorial Cárdenas, 1995, pp. 632

BAQUEIRO ROJAS, Edgar, Diccionarios Jurídicos Temáticos Derecho Civil, Segunda Edición, México, Editorial Harla, 1998, pp. 126.

BUENROSTRO, Edgar, Derecho de familia y Sucesiones, 6° Ed., México, Editorial Harla, 1997, pp. 521.

FERNÁNDEZ AGUIRRE, A., Derechos de los bienes y de las sucesiones, Puebla, Editorial Cajica, 1995, pp. 350

GOYENA CAPEYO, Héctor R. Cursos de Procedimientos Sucesorio, 4° Ed., Argentina, La Ley, 1993, pp. 333.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de Cosas y Sucesiones, 3° Ed., México, Editorial Porrúa, 1998, pp. 786.

IBARROLA DE, Antonio, Derecho de las Cosas y Sucesiones, 4° Reimpresión, México, Editorial Porrúa, 1999, pp. 1119.

IBARROLA DE, Antonio, Derecho de Familia, México, 7° Ed., Editorial Porrúa, 1998, pp. 995.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Editorial Robledo, 1994, pp. 1520.

TORRES TEODORA, F. El testamento Ológrafo, Madrid, Editorial Montecarro, 1996, pp. 500.

URLA PLANA, Francisco, Instituciones del Derecho Sucesorio, 5º Ed., Barcelona, Editorial Naero, 1996, pp. 247.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Diccionario Esparsa Jurídico, Editorial Harla, España, 1997, p.2420.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomos I y II, Editorial Driskill, Buenos Aires, 1980.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Tomos I y II.

JURISPRUDENCIA

Instancia: Tercera Sala,
Fuente: Seminario Judicial de la Federación,
Época: 5º,
Tomo LXXXVII
Página 2799

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuitos,
Fuente: Seminario Judicial de la Federación,
Época: 8º,
Tomo: XII Julio,
Página: 314