



UNIVERSIDAD AMERICANA DE ACAPULCO

EXCELENCIA PARA EL DESARROLLO

FACULTAD DE DERECHO
INCORPORADA A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CON CLAVE DE INCORPORACIÓN 8852-09

**“ El testamento privado; análisis crítico
al artículo 1368 del Código Civil del
Estado de Guerrero ”**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A
ISAURA OROPEZA GUADARRAMA**

**DIRIGIDA POR:
MTRO. ESTEBAN MENDOZA CUEVAS**



ACAPULCO.GRO.

2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, por sentir que siempre esta a mi lado, haciendo que nunca pierda la confianza en mi.

A MIS PADRES, por su protección, apoyo y confianza depositada. A mi padre por sus consejos y presencia en todo momento, y a mi madre por su cariño y comprensión en todo.

A MIS HERMANOS, en especial a Fabián y Valeria, por poner el ejemplo y por su motivación para que coronara mis estudios.

A la UNIVERSIDAD AMERICANA, mi Facultad y sobre todo a mis Maestros por su trato sencillo, fino, afable y de respeto con el que siempre me distinguieron.

INSTITUTO VARIANTE DE LA UNIVERSIDAD AMERICANA
CARRERA DE INGENIERIA EN SISTEMAS DE TELECOMUNICACIONES
CONTENIDO DE MI TRABAJO RECORDATIVO

NOMBRE: ISaura Oropeza
GUADARRAMA



"Testamento privado; análisis crítico al artículo 1368 del
Código Civil del Estado de Guerrero."

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO

LA SUCESIÓN

1. EL DERECHO SUCESORIO

1.1 Concepto de Sucesión.....	1
1.2 Derecho sucesorio.....	3
1.3 Fundamentos del Derecho sucesorio.....	5

2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA SUCESIÓN

2.1 Titularidad del patrimonio.....	8
2.2 La Unidad del Patrimonio Hereditario.....	11
2.3 La separación del patrimonio y el beneficio de inventario.....	12
2.4 El momento de la transmisión de la herencia y el principio de commoriencia.....	13
2.5 Los derechos de los Herederos.....	15
2.6 Los Estados de la Herencia.....	16

3. CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO
SUCESORIO

3.1 La Herencia.....	18
3.2 Los sujetos del Derecho Hereditario.....	19

3.3	Los supuestos del Derecho Hereditario-----	25
3.4	Consecuencias del Derecho Hereditario-----	26
3.5	Objetos del Derecho Hereditario-----	27
3.6	Relaciones Jurídicas del Derecho Hereditario-----	28
3.7	Los Sistemas y Tipos De Testamentos-----	29
3.7.1	El Sistema del Código Civil para el Estado de Guerrero-----	31

CAPITULO SEGUNDO

EL TESTAMENTO

1.	ANTECEDENTES HISTORICOS-----	33
1.1	El testamento en el Imperio Romano-----	35
1.2	El testamento en México-----	35
1.2.1	Aspectos generales del testamento en el Derecho Azteca-----	36
1.3	Diferencia entre el testamento Romano y Moderno-----	37
1.4	Definición actual de testamento-----	40
2.	CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO	
2.1	El testamento como acto jurídico-----	41
2.1.1	El testamento como negocio Jurídico-----	43
2.2	Es un acto Personalísimo-----	46
2.3	Es un acto Unilateral-----	47
2.4	Esencialmente Revocable-----	46
2.5	Es un acto Libre-----	49
2.6	Acto ejecutado por Persona Capaz-----	50
2.7	Es un acto Mortis Causa-----	50
2.8	Es un acto Solemne-----	51
2.9	Su objeto-----	53
2.10	Es por su naturaleza un acto de disposición de bienes-----	53
2.11	Es un negocio no receptivo-----	54

3.	ELEMENTOS DE EXISTENCIA	
3.1	Manifestación de la Voluntad	56
3.2	El Objeto	57
3.3	La solemnidad	58
4.	ELEMENTOS DE VALIDEZ	
4.1	Licitud	59
4.2	Capacidad	59
4.3	Ausencia de vicios en la voluntad	60
4.4	Forma	61
5.	DE LA INEFICACIA EN LOS TESTAMENTOS	
5.1	Teoría de las Nulidades	63

CAPITULO TERCERO EL TESTAMENTO PRIVADO

1.	SU EVOLUCIÓN HISTORICA EN EL DERECHO ROMANO	65
1.1	Derecho civil antiguo	67
1.1.1	Testamento <i>Per aes et libran</i>	67
1.1.2	Testamento <i>Per aes et libran perfeccionado</i>	69
1.2	Derecho Pretorio	70
1.3	Derecho Imperial	70
1.4	Derecho de Justiniano	71
1.4.1	<i>Testamentum pestis tempore</i>	72
1.4.2	<i>Testamentum ruri conditum</i>	72
1.4.3	<i>Testamento militar</i>	73
2.	CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL TESTAMENTO PRIVADO	73

3. SUS DIFERENCIAS CON OTROS TESTAMENTOS

3.1 Con los Testamentos Ordinarios-----	75
3.1.1 Con el testamento público abierto-----	76
3.1.2 Con el testamento público cerrado-----	77
3.1.3 Con el testamento público Ológrafo-----	78
3.2 Con los Testamentos Especiales-----	79
3.2.1 Con el testamento militar-----	79
3.2.2 Con el testamento Marítimo-----	80
3.2.3 Con el testamento hecho en país extranjero-----	80

4. TESTAMENTO PRIVADO EN LA LEGISLACION MEXICANA.

4.1 Antecedentes Legislativos-----	81
4.1.1 Código Civil de Oaxaca de 1827-----	82
4.1.2 Código Civil de Veracruz de 1869-----	83
4.1.3 Código Civil de 1870 del Distrito Federal-----	85
4.1.4 El Código Civil de 1884-----	86

5. TESTAMENTO PRIVADO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUERRERO.

5.1 Regulación Sustantiva-----	86
5.1.1 Casos en que procede-----	86
5.1.2 El testamento privado como supletorio del testamento ológrafo-----	89
5.1.3 La redacción-----	90
5.1.4 Su forma oral-----	91
5.1.5 Su caducidad-----	93
5.1.6 Requisito de ser declarado formal testamento.-----	93
5.2 Regulación Adjetiva-----	96
5.2.1 Legitimación Procesal para denunciar el Juicio-----	96
5.2.2 Requisitos de la denuncia-----	97
5.2.3 Trámite-----	98

5.2.4 Resolución Final-----	99
5.2.5 Impugnación del Testamento Privado-----	99
5.2.6 Trámites posteriores al Juicio-----	101

6. EL TESTIGO COMO FORMALIDAD FUNDAMENTAL DEL TESTAMENTO PRIVADO

6.1 Antecedentes de los testigos en los testamentos-----	102
6.2 Concepto de testigo-----	103
6.3 El testigo testamentario-----	103
6.3.1 Naturaleza jurídica del testigo testamentario-----	105
6.4 Clasificación de los testigos testamentarios-----	107
6.5 El testigo idóneo-----	108
6.5.1 Los testigos prohibidos-----	110
6.6 Las cualidades de los testigos-----	111
6.6.1 La probidad-----	112
6.6.2 La imparcialidad-----	113
6.6.3 La edad-----	113
6.6.4 La capacidad intelectual-----	114
6.6.5 La honradez y confianza-----	114
6.7 La función del testigo en los testamentos-----	115
6.7.1 El carácter público y privado, con el que intervienen los testigos instrumentales-----	116
6.7.1.1 En el testamento público abierto-----	117
6.7.1.2 En el testamento público cerrado-----	117
6.7.1.3 En el testamento privado-----	117

CAPITULO CUARTO

“TESTAMENTO PRIVADO; ANÁLISIS CRÍTICO AL ARTÍCULO 1368 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUERRERO”

1. ESTUDIO AL ARTICULO 1368 DEL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUERRERO.

1.1. Significado gramatical y técnico de las palabras-----	119
1.2. Significado global según la redacción -----	120
1.3 Ubicación y relación con otros artículos del mismo código.-----	120
1.4 Antecedentes históricos jurídicos y extrajurídicos-----	121
1.5 Derecho comparado con el Código Civil del D.F-----	121
1.6. Naturaleza jurídica de sus disposiciones-----	122

2. REALIDAD SOCIAL DE LA NORMA

2.1 Aspecto técnico jurídico-----	125
2.2 Aspecto práctico-----	126

Conclusiones y Propuesta-----	127
-------------------------------	-----

Bibliografía-----	131
-------------------	-----

Anexos

INTRODUCCIÓN

El poco uso práctico y el reducido número de personas que conforme a nuestro ordenamiento civil, pueden hacer uso del testamento privado, motiva sin dudarle mucho a sugerir la supresión de esta figura del Código Civil del Estado de Guerrero (en adelante C.C.E.G); lo anterior sumado a los graves inconvenientes que supone esta clase de testamento, entre ellos la inseguridad de la capacidad del testador para testar, la posible mal interpretación de la voluntad del mismo o la omisión de formalidades, siendo éstos sólo algunos de los riesgos que corre el que se dispone a expresar su última voluntad sin la presencia de un Notario Público que lo asesore. Sin embargo lo arriba expuesto no es suficiente para justificar la aplicación de tal medida, tomando en cuenta que la potestad concedida para otorgarlos, obedece a la razón de que no mueran intestados los que en tales circunstancias se hallaren, por la imposibilidad de esperar a la llegada del Fedatario Público o de cumplir todas las formalidades que son necesarias para la validez del testamento en otro caso. Por lo que lejos de hacerlo, se alerta a los Tribunales contra la flexibilidad de su admisión y elevación a escritura pública, exhortándoles que actúen con la debida rigidez, para evitar que la excepción se convierta en regla general y haga ineficaces las garantías de seguridad jurídica establecidas en nuestro Código Civil para la regulación del mismo.

De esta manera, es como se establece la necesidad de observar las formas testamentarias con sujeción a la ley, pues las formas menos solemnes de los testamentos privilegiados no excluyen ni dejan de hacer necesaria la concurrencia de todos los requisitos, los cuales en este caso deberán ser impuestos con el doble fin de garantizar su autenticidad y de facilitar su otorgamiento en una situación tan claramente excepcional, como lo es el estar en inminente peligro de muerte.

Por lo tanto, ante la inherente problemática de fiabilidad que presenta el testamento privado en razón a su naturaleza excepcional, no puede permitirse el

contar con requisitos o solemnidades carentes de seguridad jurídica que dificulten su otorgamiento o pongan en duda su autenticidad, lo cual podría ser el caso de lo establecido en el artículo 1368 de nuestro Código Civil, en razón de que pretende regular al testamento privado, remitiéndonos a la observación de disposiciones que corresponden al otorgamiento del testamento público cerrado. Disposiciones contenidas en los artículos 1323 al 1330 (anexo 1) del Código en mención, las cuales de alguna manera el legislador consideró necesarias para la validez y eficacia del testamento privado, siendo que van contra la naturaleza jurídica del mismo.

JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA

A objeto de establecer la naturaleza y eficacia actual del artículo 1368 (C.C.E.G), como parte de las solemnidades que el legislador consideró conveniente para el otorgamiento del testamento privado hecho en inminente peligro de muerte, la presente investigación se plantea con una visión claramente documental, con la finalidad de contribuir con la generación de conocimientos jurídicos, producto del estudio de la seguridad jurídica que ofrece esta clase de testamento.

Todo esto, en atención al valor cultural, intelectual y jurídico del derecho sucesorio cuyo objeto no sólo es regular la sucesión del patrimonio por virtud de la muerte, sino también las nuevas relaciones jurídicas que nacen como consecuencia de dicho fallecimiento, basado en los principios fundamentales que rigen la sucesión. Finalmente, se pretende que este trabajo de investigación constituya a futuro un importante antecedente para el desarrollo de nuevos estudios, donde el testamento privado sea el objeto a investigar.

HIPOTESIS

De tal guisa, es que nos vemos motivados a estudiar y elegir el presente tema, estableciendo como hipótesis de trabajo central que el artículo 1368 del Código

Civil de nuestro Estado es ineficaz como requisito exigido para el otorgamiento del testamento privado.

OBJETIVOS DEL ESTUDIO

Cosa que a su vez provoca establecer los siguientes objetivos de estudio:

General

¿Contraviene el artículo 1368 de nuestro Código Civil, la naturaleza jurídica del testamento privado?

¿La diferencia de naturalezas jurídicas por parte de ambos testamentos, caracterizan la función de los testigos?

Particulares:

¿La supresión del artículo 1368 del Código Civil, afecta la naturaleza jurídica del testamento privado, haciendo que éste llegue a ser ineficaz?

¿Qué consecuencias traería que se llegaran a cumplir las disposiciones del artículo 1368 del Código Civil, en el otorgamiento del testamento privado?

Es así como la presente tesis que hemos intitulado "*Testamento privado; análisis crítico al artículo 1368 del Código Civil del Estado de Guerrero*", pretende comprobar dichas hipótesis, centrándose en señalar la naturaleza jurídica de sus disposiciones, su contravención con el testamento privado, desde el punto de vista de la participación de los testigos en esta clase de testamentos y mediante las comparaciones correspondientes, poder cumplir con el objetivo principal de la misma, consistente en:

- Exponer la ineficacia de las disposiciones señaladas en el artículo 1368 del Código Civil del Estado de Guerrero, como parte de los requisitos exigidos para el otorgamiento del testamento privado.

MARCO METODOLOGICO

Naturaleza de la Investigación

Precisando de una vez las características teóricas metodológicas del problema que es objeto de estudio, el tipo de investigación que mejor se adapta a los propósitos establecidos, se ubica en el modelo de investigación de tipo documental. La cual, consiste en el estudio de problemas, con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo, principalmente, de trabajos previos, información y datos divulgados por medios impresos, audiovisuales o electrónicos, cuya originalidad se refleja en el enfoque, análisis, conclusiones, recomendaciones que traslucen el pensamiento del autor.

En efecto, consiste en un procedimiento científico y sistemático de indagación, recolección, organización, interpretación y presentación de información sobre un tema específico, basado en una estrategia de análisis de documentos, es decir las fuentes impresas, cuyos datos se han obtenido por otras personas y llegan procesados de acuerdo a los fines de quienes inicialmente lo manejaron.

En atención a que el presente estudio se desarrolla en el campo jurídico, es que se define el tipo de investigación como "Jurídico Dogmática", caracterizada según Witker (1995), por concebir el problema jurídico desde un ángulo formalista, incluyendo todo elemento real que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en referencia, todo esto, para analizar el problema jurídico sólo a la luz de las fuentes formales (leyes, jurisprudencia, principios generales del

derecho, entre otras) y en consecuencia, se limita a las normas legales vigentes en los cuales se circunscribe el problema.

Instrumentos para la Recolección de la Información

En atención a lo anterior, se utilizaron las técnicas e instrumentos propios de este tipo de investigación, las cuales son: la observación documental, análisis de discursos, técnicas de fichaje, subrayado, análisis bibliográfico, presentación resumida de textos, jurisprudencia, resumen analítico y análisis crítico de los discursos o del tema.

Por último cabe mencionar que la tesis cubre cuatro capítulos:

En efecto el capítulo primero, se centra en señalar la materia objeto de esta tesis, el cual es el Derecho sucesorio, desde su concepto, seguidamente de los principios a través de los cuales se rige, tomando en cuenta los conceptos jurídicos fundamentales de la misma.

Por su parte en el capítulo segundo abarcamos el aspecto dogmático - doctrinario del Testamento en general, sus antecedentes históricos, conceptuamos la figura jurídica, analizando sus características y sus requisitos principales.

Acto seguido, el capítulo tercero continúa con una visión restringida del Testamento Privado realizando una breve reseña histórica de su Evolución, acotando sus formalidades y fundamentalmente sus diferencias con otros tipos de testamentos, tratamos el aspecto positivo - operacional del testamento privado, para lo cual hemos dividido su tratamiento en tres planos: sus antecedentes legislativos, su regulación sustantiva, conformada por el articulado del C.C.E.G; concluyendo con su regulación adjetiva, es decir la apertura y comprobación del Testamento Privado. Por otra parte, también se toma en cuenta la figura del

testigo, como la formalidad fundamental que este requiere para su existencia, desde los antecedentes de su participación en los testamentos, hasta las características de sus funciones en los mismos.

Finalmente el capítulo cuarto describe y estudia al artículo 1368 de nuestro ordenamiento civil, como parte de las formalidades requeridas para el otorgamiento del testamento privado, centrándose en señalar la naturaleza jurídica de sus disposiciones, así como compararlo con lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal por ser fuente de ejemplo en la mayoría de las legislaciones de los Estados.

CAPITULO PRIMERO

LA SUCESIÓN

1. El Derecho Sucesorio

1.1 Concepto de sucesión

En el sentido amplio, por sucesión debemos entender *"todo cambio de sujeto de una relación jurídica"*. Por ejemplo el comprador que sucede al vendedor en la propiedad de la cosa vendida; el arrendatario que sucede a otro en una cesión de derechos personales de arrendamiento. Por otra parte, por sucesión en sentido restringido, entenderemos *"la transmisión de todos los bienes y derechos del difunto, así como sus obligaciones que no se extinguen con la muerte"*. Por ejemplo la persona nombrada por el *"de cujus"* como su heredero universal, le sucede en la propiedad de su patrimonio.¹ Por lo tanto y en términos generales, debemos entender que en materia jurídica, la sucesión supone el cambio de titular de un derecho, el que sustituye a otro es su sucesor.

En resumen, el concepto de sucesión jurídicamente tiene una acepción muy amplia. Según Savigny² define a la sucesión, en sentido amplio, como: *"Una transformación puramente subjetiva de una relación de derecho"*. En sentido restringido es: *"La subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra"*.

La sucesión puede clasificarse o tener dos criterios:

a) Por su origen, la sucesión es voluntaria, cuando tanto la persona del sucesor como el propio fenómeno sucesorio (distribución / destino de los bienes, bajo qué

¹ Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez, *"Derecho de Familia y Sucesiones"*, 9a.ed, 1997, México, Harla, p.254

² Savigny, Federico, Carlos, *"Sistema de derecho Privado Romano,"* Cit. por Rafael Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil, *"Bienes, derechos reales y sucesiones"*, México, Porrúa, pp.279-285

modalidades, condiciones, etc.) ha sido designado y regulado libremente por el causante, en virtud de un negocio jurídico unilateral (testamento) o bien mediante un convenio con otra persona (sucesión contractual o heredamiento), o puede ser legal, cuando la designación y regulación del fenómeno sucesorio se impone por ley (sucesión intestada o *ab intestato*)

b) Por el objeto sobre el que recae la sucesión, ésta puede ser universal, cuando la sucesión implica un llamamiento a la totalidad o parte alicuota de los bienes; o bien particular, cuando se sucede en determinadas y concretas relaciones del causante. Cuando es a título universal la sucesión recibe el nombre de herencia, las características de ésta es que es respecto a la totalidad de un patrimonio y siempre es gratuita y cuando la sucesión *mortis causa* es sobre un bien determinado es a título particular y recibe el nombre de legado.³

Por lo tanto en la sucesión universal se entiende que un sujeto - el heredero - ocupa el lugar de otro - el causante (fallecido) - en todos los derechos sobre sus bienes y sus obligaciones, excepto aquellas que por naturaleza o ley sean intransmisibles. El caso de la sucesión particular es distinto, en tanto que lo que circula es un bien u obligación concreto. El adquirente recibe el nombre de legatario y no se le considera heredero global de bienes ni deudas.

Del concepto amplio y restringido de sucesión se puede distinguir en el derecho a los actos *Inter Vivos* (entre vivos) y los actos *mortis causa* (por causa de muerte).

La primera en mención, se realiza entre personas físicas, es a título particular respecto de un derecho individual como el de propiedad de una cosa, ya sea de manera onerosa como en la compraventa o a título gratuito como la donación.

En otras palabras ésta implica una sustitución en la titularidad de un derecho o de una relación jurídica, es uno de los modos de adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes. La sucesión es *mortis causa*, cuando dicha sustitución se produce como consecuencia del fallecimiento de una persona

³ Arce y Cervantes, José, "De las sucesiones", 7ª ed, México, Porrúa. p 23

física, es decir; de un ser humano. La extinción de las personas morales (sociedades, asociaciones, fundaciones, etc.), no dan origen a una sucesión *mortis causa*, aunque en cierto modo, en estos casos se puede comparar a una sucesión a título universal, es decir, del patrimonio total de una persona moral cuando la misma trasmite a otra persona la totalidad de su patrimonio activo y pasivo o en caso de que una persona moral, como fusionante reciba el patrimonio total de una persona moral cuando la misma trasmite a otra persona la totalidad del patrimonio de una escíndete.

1.2 Derecho sucesorio

El Derecho sucesorio o de sucesiones es aquel conjunto de normas que regula no sólo el destino del patrimonio de una persona tras su muerte, sino también las nuevas relaciones jurídicas que nacen como consecuencia de dicho fallecimiento, de conformidad con nuestro Código Civil, comprende: la sucesión testamentaria, la sucesión legítima, las disposiciones comunes a las sucesiones testamentaria y legítima.

Por Derecho sucesorio se entiende *"el conjunto de normas jurídicas que, dentro del Derecho privado, regulan el destino del patrimonio de una persona después de su muerte."*⁴ Cicu⁵ lo define de una manera más amplia al llamarlo *"Derecho hereditario, que es aquella parte del derecho privado que regula la situación jurídica que sigue a la muerte de una persona física. Desapareciendo con ella un sujeto de relaciones jurídicas, se hace necesario regular su suerte, determinar los efectos que sobre ellas produce el hecho de la muerte."* De esta manera el Derecho sucesorio tiene como fin el regular la liquidación del patrimonio del difunto y la transmisión de sus bienes y derechos, que no se extinguen con la muerte. Las definiciones anteriormente transcritas, señalan a grandes rasgos los elementos de

⁴ Binder, Julius, *"Derecho de sucesiones"*, Parte general, Traducción de Lacruz Berdejo, Ed. Labor, Madrid, 1953, p. 43.

⁵ C ICU, Antonio, *"Derecho de sucesiones"* traducción de José Manuel González Porras, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964, p 17.

estudio que integran esta materia, mismas que se explicarán a detalle más adelante. De lo anterior se concluye que el Derecho Hereditario "es el conjunto de normas que regulan la transmisión del patrimonio del difunto a sus herederos." Según el artículo 1084 del Código Civil vigente para el Estado de Guerrero, "herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte", como se desprende de esta definición legal, no todos los derechos y obligaciones del autor de la herencia se transmiten a los herederos. Los derechos no patrimoniales no se transmiten pero además, entre los derechos que sí son patrimoniales, unos se transmiten y otros no. Los derechos públicos subjetivos y los derechos políticos se extinguen con la muerte, así como los derechos de potestad, también se extinguen los derechos patrimoniales de uso, usufructo y habitación. El Artículo 1085 del C.C.E.G que nos ocupa, señala que la herencia se difiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley, llamándose la primera forma testamentaria y la segunda, legítima, *ab-intestato* o intestado. En la sucesión testamentaria, el testador tiene la facultad de designar a sus herederos y a sus legatarios; en cambio, en la legítima, como no existe declaración de voluntad al respecto - por no existir testamento - la ley suple la designación de los herederos, pero nunca la de los legatarios, ya que los legados se otorgan exclusivamente por testamento. Para que se dé la sucesión voluntaria se precisa que el autor de la herencia, previamente a su muerte, realice una declaración de su voluntad y de ahí nace el testamento.

En materia de sucesión *mortis causa* o hereditaria toca al derecho positivo determinar a quien o a quienes corresponde ser él o los sucesores y nuevos titulares del patrimonio del "de *cujus*", que a su muerte queda sin titular, mediante sus normas el derecho los determina teniendo en cuenta:

- a) El derecho que tiene el "de *cujus*" de disponer en vida de sus bienes y distribuirlos como él decida para después de su muerte.

- b) Las obligaciones del “*de cuius*” en relación a su cónyuge, hijos y demás parientes.
- c) Los derechos del Estado sobre el patrimonio del “*de cuius*”, al haberle permitido formarlo legalmente a partir de los derechos de propiedad, posesión, crédito, etc. Asimismo, este derecho establece como se ha de llevar a cabo tal sucesión, ya que ésta no se realiza de forma espontánea ni automática, para suceder al “*de cuius*” debe mediar un proceso o un juicio sucesorio, que sólo puede efectuarse cuando el titular del patrimonio haya muerto.⁶

El Derecho sucesorio, según el jurista Antonio de Ibarrola⁷ tiene entre sus principales características:

- a) Tiene como parte esencial el patrimonio y como parte accidental la persona.
- b) Nace *mortis causa*.
- c) Recae sobre una cosa universal.
- d) Comprende lo público y lo social.
- e) Se puede caracterizar como un derecho real.

1.3 Fundamentos del Derecho sucesorio.

El tema de las sucesiones tuvo un especial interés en el derecho romano desde el punto de vista jurídico, por permitírsenos, precisamente aquí, observar de un modo claro cómo el pretor interviene en el *ius civile*, “*ayudando, completando y corrigiendo*”; por encontrarnos aquí, además importantes antecedentes del derecho actual y por último, precisamente y en relación con esta materia, por presentarnos *el Digesto* una serie de problemas innegables,⁸ cuya solución fue evolucionando hasta llegar al derecho moderno.

⁶ Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez , Op Cit ,nota 1, p.255

⁷ Ibarrola, Antonio de, “*Cosas y sucesiones*,” México, Porrúa, 1998 ,p 345

⁸ Margadant S. Guillermo F. “*Derecho Romano*” 21 ed., 1995, México, Esfinge, p 454

Entre los fundamentos del Derecho sucesorio se tienen varias tendencias:

1. Este derecho encuentra su justificación en la característica de perpetuidad del derecho de propiedad, ya que a la muerte de una persona, el derecho se halla en la disyuntiva de disponer lo conducente al patrimonio del otorgante, a fin de que el patrimonio privado no quede desprovisto de su titular. Para ello, es de vital importancia saber que destino debe darse al faltar el titular del patrimonio, a sus derechos reales, derechos de crédito, obligaciones, etc. Tres son las posibilidades teóricas:

- a) Reconocer que los bienes ya no tienen propietario y por lo tanto, son *res nullius* abiertos a que cualquiera pueda apoderarse de ellos.
- b) Declararlos bienes del Estado.
- c) Conceder al titular la posibilidad de disponer de sus bienes después de la muerte, prolongando su voluntad más allá de su propia existencia.

Aunque teóricamente la tercera de las posibilidades es la más débil, ha sido la que ha prevalecido en los sistemas jurídicos occidentales. El derecho a disponer de los bienes después de la muerte del titular, ya por voluntad expresa, ya por voluntad presunta, ha inspirado la traducción de nuestro sistema jurídico desde sus inicios. El fundamento teórico en el que se ha apoyado esta tendencia se basa especialmente en dos conceptos: a) en el concepto de propiedad de origen romano, el cual considera que la propiedad es un derecho perpetuo y b) en la facultad de la voluntad del titular, ya que si en vida puede disponer libremente de sus bienes también puede hacerlo en lo futuro, surtiendo efecto esta disposición aún cuando él hubiere fallecido. Ambos conceptos son la base de la sucesión testamentaria, un corolario de ella es la sucesión intestada en la que, al no existir testamento, se presume la voluntad del difunto, suponiendo que en relación con la cercanía del parentesco se genera una mayor afinidad afectiva y que de haber hecho testamento, el titular hubiere designado a determinadas personas como sus

herederos. De aquí se infiere como sustento de la sucesión, el principio de que los parientes cercanos excluyan a los más lejanos.

2. Consideraciones de tipo afectivo, sociológico y aún económico esbozan una concepción personalista de la riqueza y se han esgrimido en apoyar el sistema sucesorio. Así se dice:

- a) Que el padre trabaja en vida para asegurar la asistencia de sus descendientes, y que sería ilógico que después de su muerte no se preocupara de ello;
- b) Que las fortunas, aunque aparecen a nombre del padre, siempre implican en su creación la participación de los demás miembros de la familia, que de alguna manera cooperan, constituyendo sistemas de propiedad familiar más o menos acentuados, ya sea por el trabajo de los miembros o mediante acumulación de bienes adquiridos de los antecesores.

3. También se pretende fundar el Derecho sucesorio sobre algunas otras especulaciones. Por ejemplo, se cuestiona si los hombres trabajarían y ahorrarían de igual manera sabiendo que a su muerte sus bienes no pertenecerán a sus seres queridos. O sobre los graves perjuicios que se causarían a la economía al desintegrarse los patrimonios sin un orden que permita cumplir con los deberes y obligaciones del difunto y continuar la explotación de las fuentes de riquezas iniciadas en otras generaciones.

4. Frente a estas concepciones de tipo personalista, se levanta otra: la llamada concepción social de la riqueza, que pretende fundarse en el concepto de la propiedad como una función social, estableciendo:

- a) Que con base en la función social de la riqueza, toca a la sociedad representada en el Estado, decidir el fin y destino de la misma, ya que, aunque individual, es siempre producto del quehacer colectivo. Por ello, a la muerte de su titular, la riqueza acumulada por aquél debe pasar a la comunidad.

b) Que la herencia es una fuente de injusticia que coloca a algunos miembros de la sociedad en situación de privilegio, pues tiene a su disposición recursos que no produjeron o ganaron, sino que obtienen en forma gratuita y sin esfuerzo. Esta postura respecto de la herencia proviene de sistemas que niegan en absoluto el derecho a heredar a otros y que, por medio de impuestos a las sucesiones, pretenden ir desgastando los capitales hasta su desaparición en varias herencias sucesivas. La teoría del patrimonio, como una universalidad de derecho, encuentra en la sucesión *mortis causa* una de sus más claras aplicaciones, pues no permite que la muerte separe bienes y derechos de las obligaciones, aunque éstas no tengan una garantía específica (real), permitiendo a los acreedores cobrar sus créditos de la garantía total del patrimonio. Permite también la subsistencia de determinadas relaciones que, de terminarse con la vida de uno de los sujetos de la relación, acarrearía graves perjuicios a la economía en general.⁹

2. Principios que rigen la sucesión

Los principios de la sucesión *mortis causa* (por causa de muerte) se basan en la ley natural y reconocen la necesidad de establecer y reconocer cierto derecho de herencia en beneficio de la misma persona, de la descendencia y el bien común; es decir, es un sustento filosófico racional.

2.1 Titularidad del patrimonio

En la actualidad la herencia se conceptúa como un patrimonio separado e independiente del patrimonio de los herederos, cuya titularidad se trasmite, al momento de la muerte del autor de la sucesión a los herederos, quienes adquieren derecho a la masa hereditaria, no así a las cosas particulares que la constituyen. Arce y Cervantes,¹⁰ justifica lo anterior al decir que como el heredero *sucede* al

⁹ Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez, Op Cit nota 1, p.252

¹⁰ Arce y Cervantes, José, Op Cit nota 3, p. 7

titular desaparecido, es decir, lo sustituye o sub-entra en el lugar que este ocupaba, no puede interrumpirse la continuidad entre el titular faltante y el sucesor por que nunca puede quedarse un patrimonio sin titular, aún cuando el nuevo titular, por de pronto no pueda ser determinado, por que si en la herencia hay bienes, siempre habrá un heredero. Esto se desprende de los propios conceptos del Código: Si hubiere varios herederos, éstos adquieren derechos a la masa hereditaria como un patrimonio común "*desde la muerte del autor*" (artículo 1090 del C.C.E.G); El legatario adquiere derecho al legado puro y simple, así como al día cierto, desde esa muerte (artículo 1092 del C.C.E.G). Cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere. Por lo tanto se llega a la conclusión que la transmisión de propiedad de la herencia se efectúa al momento de la muerte del autor de la herencia. Lo anterior es el resultado de una evolución histórica, ya que la forma de concebir la herencia, así como el momento en que ésta debe transmitirse ha sido objeto de discusión y análisis. Esto es debido a que se presentaba el problema de que a la muerte de una persona¹¹, su patrimonio, es decir, la totalidad de sus bienes y de sus obligaciones, carecía de titular de no darse *ipso facto* la transmisión del mismo a sus herederos. A través del tiempo, esta situación se intentó remediar por medio de varias figuras jurídicas, como:

1. *La representación*, concepción mediante la cual se suponía que persistía la personalidad del "*de cujus*" y que el administrador del patrimonio actuaba como representante del autor de la sucesión, hasta el momento de la liquidación de la herencia. Esta concepción fue aceptada por nuestro Código Civil de 1884, posteriormente la idea se desechó por anticientífica, pues no es concebible la existencia de un representante sin que exista el representado, ya que los actos del representante deben ser imputables al representado y recaer sobre su patrimonio. Por principio no existe el titular y el problema es saber a quien pertenece ese patrimonio - ahora herencia - antes de su adjudicación.

¹¹ Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez, Op Cit nota 1, p. 265

2. *La del patrimonio sin titular*, según la cual se pensaba que el patrimonio del “*de cuius*” constituía un patrimonio sin titular, por lo que se le dotaba de personalidad jurídica propia, creando con ello una nueva persona moral, denominada herencia. Esta concepción fue aceptada por el derecho romano y dejó de tener utilidad al adoptarse la concepción germánica de la transmisión de los derechos al heredero en el momento mismo de la muerte y conceder efectos retroactivos a la aceptación de la herencia, al momento de fallecer el titular.

3. *La del heredero como continuador de la personalidad del “de cuius”*. Esta concepción, también superada, consideraba al heredero como continuador de la personalidad del “*de cuius*” quien asimilaba y confundía con su propio patrimonio aquel que correspondía al difunto. Este criterio origina problemas inherentes a la confusión de los acreedores del heredero y ha producido conflictos que, ya desde de los romanos, trataron de evitarse con la institución del “*Beneficio de Inventario*”, que permitía al heredero mantener por separados su patrimonio del de la herencia, para que los herederos de ésta no pudieran cobrarse con los bienes propios del heredero.

4. La de la separación del patrimonio del “*de cuius*” de los patrimonios de los herederos, que es la concepción moderna de la herencia. Esta tesis permite la separación del patrimonio del “*de cuius*” de los patrimonios de los herederos. Mientras no se efectúa la partición, los bienes forman una comunidad cuya titularidad se trasmite, al momento de la muerte del autor de la sucesión, a los herederos, quienes adquieren derecho a la masa hereditaria pero no a las cosas particulares que la constituyen. Por lo tanto, se transmiten los derechos particulares a los herederos, al momento de la adjudicación y previo el pago de las deudas del “*de cuius*” y de los gastos de liquidación.

Existen tres conceptos indispensables para llevar o regularizar la obtención de los bienes; ellos son:

a) *La partición*: es el acto por el cual testador, los herederos o el juez dividen el patrimonio del autor de la herencia.

b) *La liquidación*. Es el conjunto de actos mediante los cuales se lleva a cabo el pago de las deudas hereditarias.

c) *La adjudicación*. Es el conjunto de actos de entrega y titulación jurídica de la propiedad de los bienes de la herencia a cada uno de los herederos. Estos conceptos parecen ampliamente aplicados en la práctica legal que debe observarse para la tramitación de la sucesión hereditaria, la propiedad individual de los bienes que constituyen la herencia no se transmiten a los herederos sino hasta el momento de la partición y adjudicación, ya que a la muerte del “*de cuius*” sólo reciben un derecho sobre la masa común de los bienes, de manera que no pueden disponer de ellos en particular, sino únicamente de los derechos hereditarios.¹²

2.2 La unidad del patrimonio hereditario

La unidad que tiene el patrimonio hereditario, es decir, la cohesión que tienen entre sí los elementos que lo componen, no se disgrega aunque haya varios herederos, porque este hecho implica solamente la participación de varias personas en esa unidad, ya que la parte de cada heredero es cualitativamente igual (de la misma calidad) a la de los demás herederos, aunque no puede ser cuantitativamente igual (en la misma cantidad) que la de otros. Se está entonces en un caso semejante a la copropiedad, porque los herederos tienen derecho a la masa común hereditaria (artículo 1091 del C.C.E.G). Tampoco se pierde la unidad del patrimonio ni el carácter de universalidad en la transmisión por el hecho de que haya transmisiones a título particular (legados) a favor de quienes sean o no sean herederos, por que los legados son liberalidades aisladas que dispone el testador

¹² ídem

para el provecho de los beneficiarios, pero siempre que esos legados no agoten el patrimonio hereditario, porque, en caso contrario (si toda la herencia se distribuye en legados) tales legados pierden ese carácter y los legatarios se consideran como herederos (artículo 1089 del C.C.E.G), lo cual tiene el efecto de que todos los designados como legatarios, tendrán entonces los derechos y obligaciones de herederos y responderán de las deudas hereditarias. Esta situación se asemeja a la partición de sus bienes que puede hacer el propio testador en su testamento (artículo 1572 del C.C.E.G).¹³

2.3 La separación de patrimonio y el beneficio de inventario

Uno de los principios fundamentales del Derecho sucesorio es el llamado "*Beneficio de Inventario*", el cual permite que el patrimonio personal del heredero se separe y no se confunda con el patrimonio del autor de la herencia, pues ello implicaría que los acreedores del difunto pudieran cobrar sus créditos de los bienes propios del heredero, y los acreedores del heredero cobrar de los bienes hereditarios, en perjuicio de los primeros. Dice Fornieles¹⁴ sobre este particular: *"...la buena lógica quiere que, fallecida una persona, no se produzca cambio alguno en las relaciones jurídicas existentes entre ellas y sus acreedores; que las cosas pasen en lo posible y dentro de la esfera patrimonial, como si la muerte no se hubiere producido. En consecuencia, los acreedores del causante no deben tener para cubrirse sino el patrimonio dejado por su deudor, como en vida de éste, y los acreedores del heredero no deben caer sobre ese patrimonio sino una vez liquidado, es decir, descargado de las deudas."*

En resumen, así como el autor de la sucesión respondía de sus obligaciones con todos sus bienes, su patrimonio hereditario sigue afectado a la responsabilidad de las mismas deudas, por lo que la sucesión del "*de cuius*", en cuanto representa

¹³ Arce y Cervantes, José, Op Cit nota 3 p.8

¹⁴ Citado por Castán Tobeñas, José, "*La dogmática de la Herencia y su actual crisis*", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960, p. 160

ese patrimonio, puede ser declarada en concurso mercantil.¹⁵ Por lo que el resultado final, de la sucesión *mortis causa* es la fusión del patrimonio del autor de la sucesión con el del patrimonio del heredero, pero solo después de la liquidación y la partición de la herencia cuando sea más de un heredero. Es precisamente el beneficio de inventario quien impedirá temporalmente que se fusionen y confundan estos patrimonios. Esto lo confirma Arce y Cervantes¹⁶ al decir que *"...la sucesión va a producir la fusión del patrimonio neto que dejó el autor de la sucesión con el patrimonio del heredero, aun cuando el proceso sucesorio y el beneficio de inventario impidan temporalmente esa confusión para ciertos efectos. Antes de esa fusión deberá procederse a la liquidación de la herencia (determinación del patrimonio, cobro de créditos y pago de legados y de deudas) y la partición de la misma si es que hay más de un heredero."* De ahí que se mencione que la masa de bienes hereditarios constituye un patrimonio en liquidación en que primero deben pagarse las deudas y gastos, para luego entregar el remanente a los herederos.

Con el beneficio de inventario, el heredero sólo responde de las deudas hasta donde alcancen los bienes del difunto. En nuestro derecho toda herencia se entiende recibida a *beneficio de inventario*, aunque no se determine expresamente, a diferencia de la posición tradicional, en la que era necesaria su manifestación expresa a fin de evitar la confusión de los patrimonios.¹⁷

2.4 El momento de la transmisión de la herencia y el principio de la commorincia

Por principio tenemos que, la posesión de los bienes hereditarios se transmiten a los herederos desde el momento de la muerte del autor de la herencia, por lo que podrán defenderlos y perseguirlos cuando estén en poder de terceros,

¹⁵ Artículo 12 de la Ley de Concursos Mercantiles.

¹⁶ Arce y Cervantes, José, Op Cit nota 3, p. 9

¹⁷ Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez, Op Cit nota 1 p. 270

independientemente de que legalmente corresponde al albacea la facultad de deducir toda las acciones que pertenezcan a la herencia. Ahora bien, el hecho de que los derechos hereditarios se trasmitan en el momento de la muerte, confiere gran importancia a la determinación de dicho momento, pues de quien falleció primero depende si la transmisión entre herederos recíprocos puede afectarse y en que sentido o bien si el heredero fallece antes que el autor, ya que en este caso no puede haber lugar a heredarlo. Por tal motivo, cuando el autor de una herencia y su heredero perecen el mismo día o en el mismo desastre, es necesario determinar quien murió primero y si esta circunstancia no puede precisarse a ciencia cierta, se les tendrá por muertos simultáneamente sin que haya lugar a la transmisión hereditaria entre ellos. A esto se le denomina *principio de commorincia*.

En consecuencia se tiene que;

- a) La sucesión se abre *en el momento* (día y hora) de la muerte. La denuncia o inicio del trámite sucesorio es irrelevante para determinar el momento de apertura.
- b) Debe probarse por los medios legales.
- c) Si el autor de la herencia y sus herederos o legatarios perecieren en el mismo desastre o en el mismo día, sin que se pueda averiguar a ciencia cierta quienes murieron antes (*commorincia*), se tendrán a todos por muertos al mismo tiempo y no habrá lugar entre ellos a la transmisión de la herencia o legado. La prueba de que uno murió con posterioridad a otro, aunque sea cortísimo tiempo después, sí produce todos los efectos que se deben causar por la muerte posterior. Por semejanza con la muerte hay otro hecho que origina la apertura de la sucesión y es la *presunción de muerte de un ausente*, pero naturalmente que sí el ausente apareciera, recobrará sus bienes y la posesión que se hubiera dado a los presuntos herederos se perderá por estos. La apertura de la sucesión pone de manifiesto el vacío que deja el difunto.¹⁸

¹⁸ Arce y Cervantes, José, Op Cit nota 3, p.19

2.5 Los derechos de los herederos

En principio, todos los derechos y obligaciones y la posesión se transmiten tal y como sostenía el autor de la sucesión, sin modificación, por que se busca que las relaciones no se interrumpan ni se modifiquen por el hecho de la muerte. Sin embargo por ciertas circunstancias relativas a las personas o a los bienes y derechos, se tienen que hacer excepciones. He aquí algunas:

- a) El crédito del acreedor solidario se vuelve mancomunado en sus herederos,
- b) El Código Civil señala que los extranjeros y las personas morales son capaces de adquirir por testamento. El heredero o legatario extranjero puede adquirir bienes en la República Mexicana. Sin embargo, no puede adquirir el dominio directo de tierras y aguas, salvo que ante la Secretaría de Relaciones Exteriores convenga en considerarse mexicano respecto de dichos bienes; pero no puede adquirir el dominio directo en tierras o aguas en la llamada zona restringida (faja de 100 kilómetros en las fronteras o 50 en las playas)¹⁹, salvo para fines "*no residenciales*". Excepcionalmente, si es persona física o moral, podrá ser fideicomisario de derechos sobre los referidos bienes (Ley de Inversión extranjera);
- c) Si hay varios herederos de deudor solidario que muere, cada uno de aquellos responde de la deuda en proporción de su haber hereditario salvo que la obligación, sea indivisible²⁰. En cuanto a la enajenación de los derechos hereditarios, el artículo 1094 del C.C.E.G señala que la venta de bienes de una persona viva es nula, pero que una vez que muera, los herederos y legatarios sí pueden disponer de sus derechos y enajenarlo, respetando el derecho del tanto.

¹⁹ Artículo 27 Frac. I Constitucional

²⁰ Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez , Op Cit nota 1, p. 271

2.6 Los estados de la herencia

La herencia o conjunto de todos los bienes, derechos y obligaciones del difunto, que no se extinguen por la muerte del titular, pueden encontrarse en cualquiera de estos estados:

1. *Vacante*. La herencia se encuentra en estado vacante antes de saber quienes son los herederos o cuando el derecho conocido no la acepta.
2. *Yacente*. La herencia se encuentra en estado Yacente desde la muerte del autor hasta la adjudicación de los bienes. Para algunos autores, la herencia esta Yacente cuando no ha sido aceptada.
3. *Adida o aceptada*. La herencia es adida o aceptada cuando ha sido expresa o tácitamente aceptada por el heredero. Atendiendo a la segunda opinión de herencia Yacente, la herencia adida o aceptada dejaría de ser Yacente.
4. *Divisa o indivisa*. Esto será en función de que se haya hecho o no la partición de los bienes sucesorios. Es divisa cuando el testador, los herederos o el juez han llevado a cabo la división del conjunto de bienes, derechos y obligaciones, que al morir dejara el "*de cujus*" para que fuera transmitido a la persona o personas que han de sucederlo tanto a título universal como particular. Por otra parte la herencia es indivisa cuando el conjunto de bienes, derechos y obligaciones dejados por el "*de cujus*" para ser transmitidos con carácter de patrimonio hereditario, no han pasado por el acto de partición y se mantienen como un patrimonio común compuesto por el activo y pasivo de la causante. Estos dos últimos conceptos son puramente doctrinales y nuestro C.C.E.G no los contempla expresamente; sin embargo, se infieren a partir de las diversas etapas por la que pasa el proceso de liquidación hereditaria. Para concluir se puede resumir que el principio fundamental de nuestro Derecho sucesorio es el de mantener la "*unidad del patrimonio hereditario*" hasta su liquidación y del cual se derivan las siguientes consecuencias:

- a) La transmisión de la propiedad de la herencia se efectúa al momento de la muerte del autor de la herencia.
- b) Los herederos adquieren derecho sobre la masa hereditaria como un patrimonio común.
- c) La herencia y los patrimonios de los herederos están separados, de modo que no hay confusión entre ellos.
- d) La herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese.
- e) La masa de bienes hereditarios constituye un patrimonio en liquidación en que primero deben pagarse las deudas y gastos, para luego entregar el remanente a los herederos.
- f) El derecho a la posesión de los bienes de la herencia también se trasmite al momento de la muerte; desde ese momento, los herederos podrán defender y perseguir los bienes cuando éstos se encuentren en poder de terceros.
- g) Al adquirir el heredero derechos sobre la totalidad de la masa hereditaria pero no sobre bienes determinados, puede hacer cesión de la misma, pero no disponer de bienes concretos.
- h) Todo acto de disposición o enajenación de la herencia futura de una persona viva es nulo.
- i) Fallecido el autor de la herencia, los herederos pueden disponer de su parte pero, considerando que son copropietarios de un patrimonio común, deben respetar el derecho del tanto de sus coherederos. Así, el heredero que desee vender sus derechos a un tercero deberá notificar a sus coherederos las bases o condiciones en que se ha concertado la venta para que dentro de ocho días, hagan uso del derecho del tanto. Cuando dos o más herederos deseen adquirir la porción vendida, se preferirá al que represente la mayor parte y en caso de igualdad, se decidirá por suerte. Cuando la venta se efectúe a un coheredero no se requiere la notificación.²¹

²¹ Ibidem p. 268

3. Conceptos jurídicos fundamentales

Los juristas mexicanos coinciden con el maestro Rojina Villegas²² en señalar los conceptos jurídicos fundamentales del derecho hereditario y que coinciden con los conceptos jurídicos fundamentales del derecho en general. Estos son:

3.1 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. En materia de Derecho sucesorio, conjuntamente con el término de sucesión debe atenderse con toda precisión al término de herencia, que consiste en *"la sucesión a título universal o particular por causa de muerte de aquellos derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte del de cujus o autor de la sucesión"*²³. De esta definición surge que entre los términos sucesión y herencia existe una diferencia de grado, la herencia es una clase de sucesión. *"La herencia es una de las formas de adquirir un Derecho Real, derecho por el cual se tiene el dominio directo sobre la cosa o bien una facultad de disponer el bien por ausencia de alguien"*²⁴; en Derecho no podrá haber una interpretación distinta a esto, pues se esta muerto o se esta vivo. A diferencia con la compraventa, cesión o donación éstas son transmisiones por actos entre vivos; se suceden bienes, servicios, derechos y obligaciones que para nuestro derecho son eso; sucesiones entre vivos las cuales no son objeto de estudio en el presente trabajo si no las *"sucesiones por causa de muerte."*

²² Rojina Villegas Rafael.- *"Derecho Civil Mexicano"*. México Porrúa, 1977 p. 204

²³ *Ibidem* p. 257

²⁴ Cuahutemoc, García Amor, *"El Testamento"*, 1998, México, p 21

3.2 Los sujetos del derecho hereditario

En el derecho hereditario será determinante el sujeto, para establecer qué personas intervienen en todas las relaciones posibles que puedan presentarse tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria.

a) El testador o autor de la herencia

En primer término se nombrará al autor de la herencia, tomando en cuenta el papel activo que desempeña al elaborar su testamento dictando sus disposiciones, siendo ésta su última voluntad, asemejándose su función con la de un legislador con relación a su patrimonio. Por lo que salvo los casos de interés público en los que la ley declara la nulidad de las disposiciones o condiciones testamentarias, podríamos afirmar que la voluntad del testador es la suprema tratándose de la sucesión testamentaria.

En la sucesión legítima, el autor de la herencia interviene en la relación para la transmisión a título universal que se llevará a cabo en favor del o de los herederos. En su oportunidad determinaremos la función principal que cumple en las testamentarias e intestados.

De acuerdo con el maestro Margadant "*de cujus*" es la expresión abreviada "*de cujus successione agitar*", que quiere decir, "*la persona de cuya herencia se trata.*"²⁵ Considerado el sujeto principal del Derecho sucesorio, (debido a que sin éste, la institución jurídica del testamento se considera inexistente), es necesario que se extinga su personalidad para que pueda iniciarse la transmisión de sus derechos. De tal manera, tenemos que la función del testador o del "*de cujus*" siempre será más ágil y clara en una sucesión testamentaria, que en la intestamentaria, ya que a través del testamento se podrá precisar el fin de los bienes y de las obligaciones heredables. El testador tiene la libertad de dictar su testamento como mejor le convenga, pero deberá tener cuidado de no omitir

²⁵ Margadant S. Guillermo F. Op Cit nota 8, p. 455

ciertos derechos considerados irrenunciables para sus herederos, lo cual provocaría que éste se volviera inoficioso. Un testamento inoficioso es aquel que no toma en cuenta los alimentos dejados al menor, al incapaz o al mayor de edad incapacitado para trabajar, pero de ninguna manera lo nulifica.

b) El heredero

La institución del heredero es el acto por el que el testador designa a su sucesor, es decir se trata del sustituto del *"de cuius"* en la titularidad de su patrimonio, de ahí la importancia de esta institución. Esta rodeada de modalidades, formas especiales de nombrarlo y de criterios de interpretación, algunos autores lo han definido de la siguiente manera:

*"El heredero se reputa a todo aquel sujeto que es adquirente a título universal de ciertos derechos y obligaciones respecto a alguna sucesión ya sea mediante testamento o sin él cuando sea por resolución judicial a tratarse de una sucesión legítima ."*²⁶

En la doctrina se discute mucho acerca de la naturaleza jurídica del heredero, en nuestra opinión el heredero no es un sucesor (continuador) del autor de la herencia, puesto que no lo suple ni sustituye en sus relaciones jurídicas, tampoco es un continuador de la personalidad del *"de cuius"*, como antiguamente se creía, porque la personalidad jurídica, como acertadamente dispone el artículo 25 del C.C.E.G termina con la muerte.

Artículo 25.- *"Son personas físicas o naturales todos los seres humanos. La personalidad jurídica de éstas comienza con el nacimiento y termina con la muerte, pero desde que un ser humanos es concebido queda bajo la protección de la Ley..."*

²⁶ Cuahutemoc, García Amor, Op. Cit. nota 24, p. 59

Para nuestro entender el heredero “es un adquirente a título universal por causa de muerte, de todos y cada uno de los bienes de un patrimonio en liquidación”,²⁷ se distingue de los de más adquirentes, por ejemplo del comprador, del permutante, del donatario, del que recibe una dación en pago, por que su adquisición es a título universal y además porque la causa por la que se da dicha trasmisión es precisamente la muerte de quien adquiere.

En otras palabras, la naturaleza jurídica del heredero es una naturaleza propia, que se da en una institución llamada sucesión, pero que tiene ciertas semejanzas con los demás adquirentes, pero que se distingue en esencia por el título y por la causa por las cuales adquiere.

c) El legatario

Los legatarios, como sujetos del derecho hereditario se convierten en adquirentes a título particular al recibir bienes o derechos determinados y asumen una responsabilidad subsidiaria con los herederos para el pago de las deudas de la herencia, en el caso de que el pasivo de la misma sea superior al monto de los bienes y derechos que se transmiten a aquéllos o cuando toda la herencia se distribuya en legados, siendo los legatarios sujetos considerados como herederos. Cuando la sucesión es universal, el sucesor recibe el nombre de *heredero* pero cuando es a título particular, aquel se denomina *legatario*.

Arce y Cervantes²⁸, menciona que la importancia en la distinción entre heredero y legatario radica en los diferentes efectos que tienen la determinación de uno u otro carácter en la sucesión. Desde luego, es el heredero quien sucede al autor de la herencia y sub-entra en su lugar por lo que ese carácter lo vincula en las relaciones que tenía el fallecido. Como tal, es el principal obligado al pago de las

²⁷ Asprón Pelayo, Juan M, “Sucesiones” 1996, México, MC Graw-Hill, p.5

²⁸ Arce y Cervantes, José, Op Cit nota 3. p 21

deudas que tenía el *"de cuius"*, mientras que el legatario es obligado subsidiario y en segundo lugar. Vistas así las cosas no aparece dificultad, pero cuando se profundiza más en los conceptos la distinción entre uno y otro no es tan nítida, por lo menos en ciertos casos y de hecho ha dado lugar a múltiples opiniones doctrinales diversas. Aunque son sucesores del *"de cuius"* o autor de la herencia, su situación jurídica es diferente, ya que el heredero al serlo a título universal, hereda toda la masa hereditaria o una parte y consecuentemente hereda el pasivo en la misma proporción. Por el contrario, el legatario - que es sucesor al 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 les considerará como herederos y responderán del pasivo en proporción al valor de su legado.

Esta situación hace que la obligación de pagar las deudas del *"de cuius"* sea diferente ya que en el caso del heredero es éste el principal obligado. Cuando existen varios herederos, el beneficio de inventario supone que cada uno de ellos responde por las deudas de la herencia, hasta donde alcance su parte proporcional. En cambio en el caso del legatario, éste sólo responde de los cargos que expresamente le imponga el testador. Ahora bien, cuando los bienes de la herencia no bastan para cubrir las deudas del *"de cuius"*, el legatario responde subsidiariamente con los herederos y en proporción al monto de su legado. Si la totalidad de la herencia se distribuye en legados, se tendrá a los legatarios como herederos. Así concretamente el C.C.E.G señala que el heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia y el legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos.

Por lo tanto, ni los herederos ni los legatarios, por más que esté determinada la cosa heredada o legada, pueden disponer de ella antes de la partición y liquidación, pues sólo tienen derecho a la masa hereditaria como un patrimonio

común en vías de liquidación y deberá cubrirse el pasivo antes de que herederos y legatarios adquieran la propiedad individual del remanente activo de la sucesión. Mientras tanto, la posesión deberá tenerla el albacea, salvo en el caso de la sociedad conyugal, en la que el cónyuge supérstite continuará con la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión.²⁹

d) El albacea

El albacea es la persona designada por el testador con la específica función de ejecutar lo reflejado en el testamento, es decir es la persona encargada de realizar la distribución de los bienes del testador conforme a su voluntad, teniendo que cumplir dicha misión, pudiendo incluso pagar deudas del difunto de los bienes de la herencia, vigilar todo lo mandado en el propio testamento, proteger los bienes existentes en la misma...etc. El cargo de albacea será voluntario; pero el que lo aceptare, adquirirá la obligación de desempeñarlo. El albacea tiene que cumplir su cargo dentro del plazo de un año contado desde el momento de su aceptación, aunque dicho plazo puede ser ampliado por el testador si así lo cree oportuno.

Los albaceas tendrán que dar cuenta de su encargo a los herederos, en lo que confiere al cumplimiento de sus obligaciones con respecto al testador y a ellos mismos de la gestión que se le encomendó.

e) El interventor

El interventor será el encargado de vigilar al albacea, cuando los herederos no hubiesen estado conformes con el nombramiento del mismo hecho por la mayoría. Las funciones del interventor se limitarán a vigilar el exacto cumplimiento del encargo de albacea, no podrá tener la posesión ni aún interina de los bienes.³⁰

²⁹ Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez , Op Cit nota 1 p. 269

³⁰ Artículos 1529,1530 y 1531 del Código Civil del Estado de Guerrero.

f) Los acreedores de la herencia

Los acreedores de la herencia intervienen como sujetos activos del derecho hereditario, mientras que las normas tienen como objeto garantizar el pago de las deudas hereditarias dentro del patrimonio de la sucesión. Siendo la finalidad del derecho hereditario la liquidación del patrimonio de la sucesión para pagar a los acreedores y si quedara algún remanente aplicarlo a legatarios y a herederos.

En otras palabras, se les llega a considerar como sujetos privilegiados del derecho hereditario, toda vez que el activo hereditario queda destinado a cubrir el pasivo de la sucesión, tomando en cuenta que los herederos deberán pagar a beneficio de inventario el importe de las obligaciones a cargo de la herencia.

g) Los deudores de la herencia

Los deudores de la herencia realizan un papel de sujetos pasivos, en el que puedan disminuir su responsabilidad patrimonial, con relación a la muerte del autor de la herencia. Estos sujetos quedan obligados al pago de sus obligaciones al albacea, pero sin perjudicar a los acreedores hereditarios haciendo un pago a los acreedores personales de dichos herederos, lo deudores de la herencia son responsables de los valores que están destinados, como partes del activo hereditario, el pago del pasivo sucesorio para satisfacer preferentemente a los acreedores de la herencia.

h) Los acreedores y deudores de herederos y legatarios

Los acreedores y deudores de los herederos y legatarios son considerados por el derecho hereditario como reguladores en la separación de las relaciones jurídicas activas y pasivas de la herencia con las jurídicas activas y pasivas de carácter personal de los herederos y legatarios.

3.3 Los supuestos del derecho hereditario

Tienen como finalidad determinar las consecuencias en la sucesión legítima como en la testamentaria. De acuerdo a su importancia, los supuestos del derecho hereditario son los siguientes:

a) La muerte del autor de la herencia es fundamental dentro del derecho hereditario, ya que constituye el supuesto jurídico condicionante en los efectos y consecuencias que se puedan producir.

b) El testamento es un acto jurídico personalísimo, revocable y libre, por medio del cual una persona capaz dispone de sus bienes, derechos y obligaciones, siendo éste a título universal o particular, en el cual se nombran herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de su muerte. La función del testamento como supuesto jurídico del derecho hereditario es de gran importancia en la sucesión, siendo ésta la voluntad del "*de cujus*" (testador), quedando así su papel limitado a la sucesión testamentaria, la cual debe combinarse con la muerte del testador.

c) El parentesco, el matrimonio y el concubinato son supuestos especiales de la sucesión legítima que al combinarse con la muerte del autor de la herencia, da paso a la transmisión a título universal en favor de determinar parientes consanguíneos, cónyuge supérstite y concubina, en ciertos casos. Se requiere una condición negativa, siempre y cuando que, a la muerte del autor de la herencia no haya dejado testamento.

d) La capacidad de goce de los herederos y legatarios es esencial para que puedan adquirir por herencia o legado. La ley considera como principio que toda persona tiene capacidad de goce para heredar.

e) La aceptación de herederos y legatarios es un supuesto jurídico tanto en la sucesión legítima para los primeros, cuando en la testamentaria para ambos que solo tiene como consecuencia hacer irrevocable y definitiva la calidad de unos y otros, así como evitar la prescripción de diez años por no reclamar la herencia.

f) La no-repudiación de la herencia o del legado es un supuesto jurídico negativo esencial para que se puedan producir las consecuencias del derecho hereditario.

g) La toma de posesión de los bienes objeto de la herencia o del legado no produce ninguna consecuencia dentro del derecho hereditario para adquirir el dominio o la posesión originaria pues estos efectos se producen desde el día y hora de la muerte *del cujus*, por lo que el heredero o legatario aún no teniendo materialmente la posesión de los bienes, se les considera como poseedores en derecho.

3.4 Consecuencias del derecho hereditario

Es el *"Conjunto de situaciones jurídicas específicas que se originan por la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones en materia de derecho hereditario"*³¹ Estas consecuencias del derecho hereditario se pueden considerar de dos grandes clases:

a) Coactivas.- Las cuales constan de creación, modificación y extinción de las sanciones jurídicas y su aplicación.

b) No Coactivas.- Se agrupan todas las relativas a la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos, obligaciones o situaciones jurídicas

³¹Escalona Valencia Andrés Francisco, *"Conceptos Jurídicos Fundamentales Del Derecho Hereditario"* <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/E/SujDerHer-Escalona.htm>

concretas. En los objetos jurídicos directos tomaremos principalmente en cuenta las diferentes formas de inexistencia, nulidad, rescisión, caducidad, incapacidad de goce y todas aquellas que produzcan la ineficiencia de los actos y situaciones jurídicas concretas. Las consecuencias jurídicas tienen por objeto determinar si nace un derecho subjetivo de heredar en las sucesiones legítimas y testamentarias. Resuelta esta primera cuestión fundamental deberá analizarse cuales son los derechos y obligaciones que nacen, se transmiten, se modifican o se extinguen con la muerte del autor de la sucesión. Especialmente el derecho hereditario se encarga de la transmisión a título universal y particular que se realiza a propósito de herederos y legatarios, con la modificación y extinción de ciertos derechos y obligaciones patrimoniales y no patrimoniales

3.5 Objetos del derecho hereditario

Su estudio comprende dos grandes partes: los objetos directos y los objetos indirectos de esa rama del Derecho Civil.³² Los objetos directos del derecho en general, comprenden tanto los derechos subjetivos, como los deberes jurídicos y las sanciones, es decir que tienen que ser necesariamente formas de conducta humana. En otras palabras, los objetos directos del derecho en general se manifiestan en: facultades, deberes y sanciones.

a) Los objetos directos del derecho hereditario se referirán a derechos, obligaciones y sanciones relacionados con la herencia, ya que se manifiestan en formas de conductas intersubjetivas, es decir, de conductas jurídicamente reguladas.

b) Los objetos indirectos del derecho hereditario se ocuparán en primer término de los problemas relacionados con la herencia como universalidad jurídica, por lo tanto debemos darle especial atención al patrimonio hereditario, a la copropiedad

³² Idem

que nace de la herencia, a la separación entre los patrimonios personales de los herederos y al que integra la masa sucesoria, al beneficio de inventario, a la transmisión de la propiedad y posesión de los bienes, al objeto de la herencia o del legado, a la administración de la herencia, al inventario y avalúo, a la liquidación y partición de la herencia así como también a la transmisión hereditaria del patrimonio familiar.

3.6 Relaciones jurídicas del derecho hereditario

Comprende las distintas relaciones jurídicas que pudieran presentar los interesados en la herencia, tales como los herederos, los legatarios, los albaceas e interventores, los acreedores y deudores hereditarios, y excepcionalmente los acreedores y deudores personales de los herederos y legatarios.

Se pueden combinar las diversas posibilidades de intervención de los diferentes sujetos del derecho hereditario para poder determinar las relaciones jurídicas de todos ellos entre sí. Tomando como base tres de dichos sujetos - los herederos, los legatarios y los albaceas - se forman las siguientes relaciones:

- a) Relación de los herederos entre sí y con los legatarios, él o los albaceas, los acreedores hereditarios, los deudores de la herencia y los acreedores y deudores personales de los herederos.
- b) Relaciones de los legatarios entre sí y con los acreedores y deudores de la herencia, él o los albaceas y sus acreedores y deudores personales.
- c) Relaciones de los albaceas entre sí y con los interventores de la herencia, los acreedores y deudores hereditarios.

La relación jurídica implica la articulación de todos los elementos simples que intervienen como conceptos jurídicos fundamentales en todas las disciplinas del derecho. Podemos considerar que tales elementos simples son los sujetos, los

supuestos, las consecuencias y los objetos jurídicos (derechos subjetivos, deberes jurídicos, sanciones y coacciones).

3.7. Los sistemas y tipos de testamentos

El Código Civil en lo relativo a sucesiones, divide su estudio en tres grandes partes:

a) Sucesión testamentaria; ésta se confiere por voluntad del "*de cuius*" expresada en el testamento.

Este sistema te da la libertad de disponer de tus bienes como mejor te parezca y otorgarlos a quien tu quieras. Como ya se había mencionado al inicio del presente trabajo, tenemos el antecedente que desde la Ley de las XII tablas ya se consagraba el derecho de todo ciudadano a disponer libremente de sus bienes para después de su muerte y la expresión de su voluntad era respetada. Pero como bien dicen el exceso de libertad se presta a abusos, lo cual fue lo que ocurrió al establecerse en Roma este sistema, ya que mediante él, el *pater familias* podía disponer de los bienes familiares adquiridos incluso por el *alieni juris* sujetos a su potestad; de manera que los pretores, a través de la acción de nulidad o de testamentos inoficiosos, limitaron la facultad irrestricta del *pater familias*. Otra situación que provocó el exceso de la libertad testamentaria podría ser la que menciona el Maestro García Amor en cuanto a que se dejaba en abandono a los parientes más cercanos del "*de cuius*", por lo tanto para evitar esto, la libertad testamentaria se limitó a la disposición de una porción de la herencia, la otra correspondía a los herederos llamados forzosos por la ley. Esta solución conciliadora se trasladó a España, la mayoría de los fueros establecieron que el testador podía disponer de la quinta parte de sus bienes y las cuatro quintas partes restantes pertenecían a los "*herederos forzosos*". Esta parte reservada a los herederos legítimos recibió el nombre de *legítima*.³³ Baqueiro

³³ Cuahutemoc, García Amor, Op Cit nota 24, p 34

retomando el tema dice que a través de los Códigos Civiles francés y español el sistema de legítima pasó a nuestro Código Civil del D.F. de 1870, pero fue suprimida en el Código Civil de 1884, que estableció la libre testamentación, derecho que ha llegado a 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.³⁴

b) Sucesión legítima ; La Sucesión legítima o mejor conocida como sucesión intestamentaria o *ab-intestado* se abrirá cuando no haya testamento o el que se hubiere otorgado sea nulo o perdiere validez, cuando el testador no haya dispuesto de todos sus bienes - en este caso se da el llamado sistema mixto puesto que junto con la voluntad del testador se encuentra la voluntad de la ley -; cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero y cuando el heredero muera antes del testador, repudie la herencia o sea incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto (artículo 1395 del C.C.E.G). Por otro lado tenemos que la ley establecerá el orden de quienes considere que tienen derecho a heredar (artículo 1398 del C.C.E.G), los cuales son los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, - estos últimos sí cumplen las disposiciones de la ley -, así como el adoptante y el adoptado y a falta de todos los anteriores, la Beneficencia Pública.

Los dos sistemas citados, 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.³⁵

³⁴ Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez, Op. Cit., nota 1, p 259.

³⁵ Idem

3.7.1 El sistema del Código Civil para el Estado de Guerrero

El sistema de nuestro C.C.E.G, al igual que el del D.F. es de libre testamentación, con la única limitación de garantizar los alimentos a quienes se encuentren obligados a recibirlos. En el caso de que no haya testamento, que los designados en él no puedan heredar o no se dispongan de todos los bienes, se abre la sucesión intestada la cual puede coincidir con la testamentaria en los dos últimos casos: parte testada y parte intestada. 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 él, subsiste la sucesión testamentaria para los legados y otras disposiciones, como el reconocimiento de deudas y el de los hijos tenidos fuera del matrimonio. Cuando la herencia se distribuye en legados, los legatarios serán considerados como herederos (artículo 1089 del C.C.E.G).

Por lo tanto en nuestro Código Civil, hay tres posibilidades en materia sucesoria:

- a) La sucesión testamentaria (cuando en el testamento se disponga de todos los bienes);
- b) La sucesión legítima o intestada (cuando no haya testamento); y
- c) La sucesión en que subsisten simultáneamente la sucesión intestamentaria y la legítima.³⁶ No establece ninguna legítima, ni reserva, ni porción que deba corresponder obligatoriamente a los parientes o a otras personas.

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

- a) De elegir ella misma a sus sucesores (es decir, nombrar herederos y atribuirles su herencia) y dejar determinados bienes a legatarios por medio de un acto

³⁶ Escalona, Valencia ,Andrés Francisco, Op Cit nota 31, p. 260

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 dar alimentos, en ciertos casos, a las personas que establece la ley y que se verán al hablar del testamento. La regla general, de acuerdo con el artículo 1086 del C.C.E.G, es que *“el testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes”*. Rige entonces el principio de la *libre testamentificación* (*“testamentifacio”*, 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”* (por que se origina en la ley, *“ex lege”*) conocida también con los nombres de *“intestada o ab intestato”*. Cuando no haya 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, a la Beneficencia Pública. Por tanto, cuando haya bienes, siempre habrá herederos. Es importante señalar que esta sucesión legítima es *supletoria* de la testamentaria como se desprende del artículo 1395 del C.C.E.G. Esto quiere decir que la ley da mayor relevancia a la voluntad que al llamamiento de herederos por la ley. 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, por que no puede haberlas, sino una sola sucesión basada en dos supuestos o llamamientos. 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 dispuso.³⁷

³⁷ Aramburu, Mariano, *“La capacidad civil”*, Reus, Madrid, 1931, p 13

CAPITULO SEGUNDO EL TESTAMENTO

1. Antecedentes históricos.

En todo tiempo, el hombre ha sentido gran preocupación acerca de los bienes que llega a obtener durante su vida y del destino que tendrán después de su muerte. Los antecedentes históricos de esta Institución Jurídica han ido evolucionando, a la par en que el concepto de "*propiedad privada*" fue tomando importancia en las civilizaciones antiguas. Desde la edad de piedra se tiene que *El lenguaje Oral* fue el más antiguo de los métodos que el hombre utilizó para transmitir ya no sus propiedades porque éstas no existían, sino los conocimientos, que pudiera tener la población de lo hechos que acontecían. Lo cual se hizo a través de los petrograbados, conocidos también como "*Documentos Monumentales*"¹ los cuales resultaron ser suficientes para preservar los acontecimientos o historia de un pueblo, por no contar aún con la existencia del papel, por lo que a éstos se les debe el conocer con seguridad y certeza la historia de diversas civilizaciones, tales como la Egipcia, Maya, Inca, Hindú etc., dando inicio a la forma escrita, como método de expresión. Una vez que el hombre dejó de ser primitivo y nómada, se estableció formando comunidades, así como su forma de gobierno, lo que dio como consecuencia la formación de clases sociales, las cuales se dieron de manera universal, ya que las encontramos en Egipto, Roma, entre los Aztecas, Mayas, etc. Lo que provocó que el testamento fuera un acto que sólo podía ser realizado por las clases gobernantes y religiosas, es decir, no estaba al alcance de los plebeyos, simplemente porque éstos no tenían uno de los tantos derechos que se les negaba, el cual era el de la propiedad privada, es decir era inexistente para ellos. Debido a que la clase gobernante era la dueña absoluta de las propiedades y la riqueza, el testamento era un acto exclusivo de éstos y resultaba todo un

¹ Mendieta y Núñez, Lucio.- "*El Derecho Mexicano antes de la Conquista*". México, Trillas, 1976 E. T. Hermanos. Tomo I., P. 598

acontecimiento cuando éste se llegaba a realizar. La sucesión entre el pueblo, se limitó sólo a transmitirse "*cosas personales de familia*", pues como eran tratados como cosa, no podían ser dueños de nada. Se menciona a Egipto por considerásele el Imperio más antiguo y culto de la tierra, habiéndose encontrado en éste, "*documentos monumentales*" que señalan al testamento como una institución del derecho ya perfeccionada. Lo cual nos indica que el testamento es una institución jurídica tan antigua, que ya se practicaba antes de Jesucristo.² El jurista Frederik G. Kemplin Jr³, señala que la propiedad era controlada y administrada por el jefe del "*Clan*" que generalmente era el padre de familia, así mismo menciona que se han encontrado disposiciones legales que en épocas antiguas regulaban las sucesiones, mencionando las siguientes:

En *Mesopotamia* la viuda administraba la herencia y se podía considerar la heredera de la masa generada, a su vez podía suceder entre los bienes adicionales que acumulara durante su vida, posteriormente la masa hereditaria era dividida entre todos los hijos. En la *India* la propiedad y bienes adquiridos en herencia no podían ser vendidos pero si podían dividirse entre los hijos del autor de la sucesión. En *Esparta* el hijo mayor era el heredero único de todos los bienes del ausente. En *Atenas* todos los hijos del autor de la herencia se dividían la masa hereditaria en partes iguales.

En la *antigua Israel* todos los hijos recibían la herencia por partes iguales, a excepción del hijo mayor quien recibía doble porción. Esta regla se siguió hasta nuestros días en la época colonial en Nueva Inglaterra y Estados Unidos. En el mundo *antiguo musulmán*, un varón tenía dos veces la porción hereditaria de una mujer.

De los testamentos más antiguos que se conocen están los que se dieron en *Atenas Grecia* durante el reinado de *Solón* en los años 639 al 559 a de C. en donde incluso un menor de edad varón podía señalar herederos o bien legar su patrimonio hereditario a quien él quisiera.

² Cuahutemoc, García Amor, "*El Testamento*", México, PM, 1998, p.29 y 30

³ Frederik G. Kemplin Jr , traducido por García Amor, p.32

Esta reforma Griega, permitió que cualquier individuo pudiera testar, haciendo que ya no se hiciera sólo a favor del jefe del "Clan".

1.1 El testamento en el Imperio romano

Roma fue la cuna del desarrollo del testamento como acto a través del cual el hombre resolvía el destino que tendrían sus bienes después de su muerte, definido por Domiciano Ulpiano⁴ como "*la manifestación legítima de la voluntad, hecha solemnemente, para hacerla válida después de la muerte*", el testamento se llevó a cabo en diversas formas, desde el uso de tablas de cera en las que el testador designaba a sus herederos, hasta llegar, en la época del derecho pretoriano, a los testamentos escritos en presencia de siete testigos, quienes lo firmaban y sellaban.

En la época de Justiniano aparecen tres tipos de testamento: El público, privado y privilegiado. El público se transcribía en los registros judiciales que se depositaban ante el príncipe. El privado se llevaba a cabo cuando el testador lo otorgaba ante sus testigos y podía ser oral o escrito. El privilegiado se hacía en situaciones especiales y podía ser militar, rural o hecho en tiempo de peste.

1.2 El testamento en México.

Las múltiples vicisitudes que sufrió la Patria a raíz de su independencia, impidieron de pronto expedir una legislación que le fuera propia, además de que no había razón valedera para que abandonara las instituciones que había tenido, bien por herencia o imposición durante la Dominación Española⁵. Esas son las razones por las cuales, aunque hubo una larga serie de recopilaciones de leyes civiles, no es sino hasta el Código Civil de 1870 cuando México cuenta con una legislación civil de fisonomía propia, no tanto por la novedad de los sistemas que consagró,

⁴ Mendieta y Nuñez Lucio, Op Cit nota 1, p. 36.

⁵ Alva Carlos H.- "*Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano*". México, Instituto Indigenista Interamericano, 1949. p. 307.

cuanto por que cambió las fuentes de su inspiración, aunque sólo haya sido en parte.

Los diversos conceptos en torno a la doctrina testamentaria, son muy semejantes entre los Códigos de 1870 y a884, con excepción de la legítima, que no fue ya consagrada por este último, por haber sido reemplazada por la inoficiocidad de los testamentos.

1.2.1 Aspectos generales del Derecho Azteca.

La propiedad individual entre los aztecas provenía principal y directamente del rey, ya que a los guerreros se les donaban ciertas tierras en pago de sus servicios; a los nobles, personas de la casa real, jueces y otros empleados públicos se les recompensaba en igual forma. El derecho de sucesión en la época prehispánica podía ser practicado por todos los hombres, ya fuesen nobles o plebeyos, respecto de sus propiedades particulares, como eran los bienes muebles, inmuebles y esclavos.

La sucesión entre los aztecas se dividía en:

- a) Voluntaria: La cual se daba cuando un individuo voluntariamente dejaba sus bienes o parte de éstos a cualquier persona que fuese o no de su familia.
- b) Legítima: En la que los hijos varones eran los que disfrutaban de los bienes de su progenitor. Las mujeres eran excluidas para heredar y para el caso de que el autor de la herencia hubiese contraído diversas nupcias, el heredero resultaba ser el hijo de la esposa principal.

Cuando el autor de la sucesión no había dejado hijos dentro de su primer matrimonio, los bienes pasaban al hijo más capacitado o en su defecto, a los sobrinos; para el caso de que no existiera ningún varón, los bienes pasaban al monarca. Los sujetos que resultaban favorecidos con alguna herencia, tenían la

obligación de atender las necesidades de la familia y pagar determinado tributo al rey. En los casos en que los herederos faltaban al respeto o ultrajaban la memoria del autor de la herencia, quedaban desheredados y se extendía tal sanción a toda su descendencia, éstas reglas se aplicaban también a los hijos de los nobles cuando llegaban a observar mala conducta o eran derrochadores. Salvador Toscano dice "... *la sucesión siempre era por sangre y línea recta, heredaba el hijo de la mujer principal y los cacicazgos los heredaban los hijos de mujer mexicana (originaria de Tenochtitlan) aunque ésta no fuese la principal. A falta de hijos heredaban los parientes más cercanos, pudiendo desheredar al hijo que fuese cobarde, cruel o desperdiciado...*"⁶ Esta era la forma como, a grandes rasgos, se desarrolló esta institución en el México prehispánico.

1.3 Diferencia entre el testamento romano y el testamento en el derecho moderno.

El testamento romano es "*un acto solemne por el cual una persona instituye a su heredero o a sus herederos.*" Es una manifestación de última voluntad, es decir, un acto esencialmente revocable. Esta última circunstancia no causa graves problemas jurídicos, ya que se trata al mismo tiempo de un acto unilateral. La definición con que comienza este párrafo, no es válida en el derecho moderno, ya que actualmente también se reconoce como testamento, por ejemplo, una mera lista de legados, sin institución de herederos.⁷

En tal caso el resto de los bienes y de las deudas son por cuenta de los herederos por vía legítima y si los legados agotan todos los bienes, los legatarios se parten las deudas en proporción a los beneficios que hayan recibido, con lo cual se aplica a una situación moderna, tan antirromana, el principio fundamental romano, que ya conocemos, de que "*cujus commodum, eius etiam incommodum*". Para

⁶ Toscano Salvador. - "*Derecho y Organización social de los Aztecas*". México, U.N.A.M. 1937. p 57

⁷ Artículo 1178 del Código Civil del Estado.-El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar

comprender la diferencia entre el testamento romano y el moderno, se debe decir algo sobre la figura del heredero antiguo. Este era el continuador de la personalidad del difunto, con sus ideales, odios simpatías y de su religión doméstica. A consecuencia de esta función trascendente también sucedía en casi todos los derechos y deberes, pero esta sucesión patrimonial era sólo una de consecuencias de la fundamental sucesión de toda su personalidad y para tener más seguridad de que el heredero aceptaba desinteresadamente su sagrada función, el *"de cujus"* mostraba tendencia a privar al heredero de las ventajas materiales que podría producirle la aceptación de la herencia, repartiendo gran parte de los bienes entre los legatarios: la función del heredero era la de actuar y no la de poseer. Ahora bien, la institución de un heredero distinto de los legítimos o la preferencia por uno de los herederos entre los legítimos, se manifestaba en un testamento, de manera que la esencia de este acto jurídico consiste en establecer un continuador de la personalidad del difunto, que correspondía a la libre elección de éste. Todo lo demás era accesorio y servía en parte, para quitar ventajas materiales al heredero mediante legados- a fin de que éste se concentrara en su típica función trascendente. Así Modestito define al testamento *"como justa declaración de nuestra voluntad respecto de lo que queremos que suceda después de nuestra muerte."*⁸ No dice por ejemplo. *"...sobre la manera de repartir nuestros bienes, después de nuestra muerte" puesto se trata de eso. Y Ulpiano dice que es "una correcta fijación de nuestra mentalidad, hecha solemnemente, para que valga después de nuestra muerte"*. Para que el testamento sea un espejo fiel de nuestra manera de ser, de nuestra personalidad, es también necesario que contenga indicaciones respecto de nuestros ideales, simpatías y antipatías. Este concepto original del testamento romano encontraba su base en antiguas ideas metafísicas populares. Desde las guerras púnicas, con la internacionalización de Roma, comenzó a cambiar este concepto, ante la decadencia de las ideas heredadas de la Roma arcaica. Paulatinamente, el testamento se convirtió en una base para el reparto de un patrimonio y por tanto la función del heredero se

⁸ Lemus García Raúl.- *"Derecho Romano"*. México, Limsa ,1964 p. 287

asimiló a la función del legatario, en un largo proceso que en nuestra época ha llegado a su fin. Nosotros ya no ligamos la eficiencia del testamento a la aceptación de su papel por el heredero. Aunque éste repudie la herencia, los legados mencionados en el testamento pueden entregarse, y si los legados agotan los bienes de la herencia o no dejan lo suficiente para cubrir las deudas del difunto, los legatarios responden, proporcionalmente de estas deudas en cuyo caso el legado da lugar a una trasmisión a título universal (algo que el jurista romano hubiera considerado una monstruosidad). Así el heredero dejó de ser el fundamento de la vía testamentaria y al mismo tiempo, su función se redujo paulatinamente a los *"aspectos patrimoniales"*; mientras que, originalmente, la sucesión patrimonial se relacionaba en particular con la figura del legatario. Finalmente - lo repetimos - en el derecho moderno, la posición del legatario se acerca a menudo a la posición original del heredero, pues puede suceder que el legatario reciba una parte alicuota de un patrimonio mediante una trasmisión a título universal. Originalmente el testamento debía contener la voluntad personal del testador; el obediente marido que designara heredero a tito, siempre y cuando su futura viuda estuviera de acuerdo, haría un testamento inválido. Sin embargo, ante la posibilidad de condiciones suspensivas, por las cuales la institución del heredero dependiera de actos de terceros (*"Tito será heredero, en flacos de que mi viuda volviera a casarse"*), se creaba una zona de transición entre la mencionada invalidez y la validez plena. Tales zonas de transición van contra el principio de la seguridad jurídica. Especialmente en materia de testamentos, debe contar claramente y de antemano qué es válido y que no, pues en caso de invalidez, no se puede resucitar al testador para que rehaga su testamento. Ulpiano decide finalmente que es válida la institución hecha a reserva de la aprobación por parte de herederos. Estamos aquí ante un delicado problema legislativo. El derecho alemán moderno ha regresado al principio original disponiendo que la validez de la institución de un heredero no deba depender de un tercero⁹. El derecho mexicano adopta la misma posición, al indicarlo en el

⁹ Ibidem p.40

artículo 1102 del C.C.E.G, que a la letra dice: *"ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan, podrán dejarse al arbitrio de un tercero"* completa de manera acertada el sistema respectivo y elimina el peligro de que un tercero frustrara en beneficio concedido por algún testamento, negando su colaboración en el cumplimiento de una condición suspensiva.¹⁰

1.4. Definición actual de testamento

El término testamento viene del latín *"testamentum"*, y éste de *"testis"*, testigo y de *"testor"*, atestiguar. Algunos la hacen derivar de *"testatio et mens"*, testimonio de la mente o de la voluntad.¹¹ Para algunos juristas como Justiniano y Alfonso el Sabio, el vocablo procede de *"testatios Mentis"* el *"testimonio de la mente"*; para otros se trata de un juego de palabras que derivan de *"Testibus Mentio"*, la *"mención de los testigos"*; por la necesidad de testar frente a testigos.

Sin embargo de acuerdo con el maestro Margadant S este dice que: *"La terminología es imprecisa: testamentum no sólo es el acto de testar, sino también el documento en que este acto consta, también llamado tabulae"*.¹² Nuestro Código lo define, así *"El Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte. Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque sean las únicas disposiciones que contenga el acto testamentario"* (Artículo 1099 del C.C.E.G).

La definición esta inspirada en la del Código Civil de 1884: *"el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento"*. Es igual a la del Código Civil Español: *"el acto por el*

¹⁰ Art. 1146 del Código Civil del Estado.- La falta de cumplimiento de alguna condición impuesta al heredero o al legatario no perjudicará a éstos, siempre que hayan empleado todos los medios necesarios para cumplir aquella.

¹¹ Pallares Eduardo.- *"Diccionario de Derecho Civil Procesal"*, México, Porrúa, 1978 p.87

¹² Margadant S. Guillermo F. *"Derecho Romano"* 21 ed, México, Esfinge, 1995, p 462

cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento" (art.667 del C.C. Español). En estas definiciones se atiende al contenido más típico del testamento: la disposición de bienes. En el Derecho Romano la definición más conocida es la de Modestito: *"legítima disposición de nuestra voluntad en cuanto a lo que queremos se haga después de nuestra muerte"*.

Esta definición ha sido criticada, pues no incluye la institución de heredero que era *"capuz et fundamentum totius testamenti"* (cabeza y fundamento de todo testamento)¹³

2. Características del testamento

Analizaremos los elementos de la definición, sin perjuicio de volver a tratarlos más adelante, con más detalle. Lo hacemos con el propósito de tener, desde el comienzo, el concepto.

2.1 El testamento como acto jurídico

El Código Civil define al testamento en los términos indicados, como un simple acto, sin mencionar que sea unilateral. Naturalmente se caracteriza como un acto jurídico tomando en cuenta que es *"una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derechos, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico"*¹⁴ y es unilateral por que sólo interviene una manifestación de la voluntad.

Dicho lo anterior es como se puede ubicar al Testamento dentro de los actos jurídicos, descartando así que sea considerado un hecho de la naturaleza o

¹³ Idem.

¹⁴ Rojina Villegas Rafael.- *"Derecho Civil Mexicano"*. México Porrúa, 1977 p. 276

accidental y es que de conformidad con la Teoría Francesa o Bipartita¹⁵, los hechos jurídicos comprenderán tanto los fenómenos naturales como las acciones del hombre, si estas son involuntarias y aún las voluntarias, pero realizadas sin la intención de quedar obligado, como en el caso de los accidentes involuntarios o los delitos voluntarios que se realizan no queriendo el efecto previsto en la norma que es la sanción del delincuente.

Desde esta perspectiva, en el hecho jurídico puede haber voluntad pero no intención de lograr los efectos que necesariamente se actualizarán, los quiera o no el sujeto, como el hecho lícito (pago de lo indebido), ilícitos tanto civiles como penales (delitos) o involuntarios (accidentes) todos ellos sin la intención de quedar obligado. Por lo que los actos jurídicos son siempre lícitos, voluntarios pero sobre todo intencionales, es decir; hay intención y voluntad para crear, modificar y extinguir consecuencias de derecho.

De la definición de acto jurídico se desprenden los siguientes elementos:

- a). Una manifestación de voluntad.
- b). La intención de producir consecuencias de derecho.
- c). Que la norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad
- d). Que tenga un objeto, o sea, producir consecuencias de derecho.

La importancia de tratar el testamento como acto jurídico tanto para aplicar la teoría del mismo, como para tratar sus elementos esenciales y de validez; nos permitirá distinguir los testamentos válidos, de los que se considerarán nulos e inexistentes, precisando cuales son las consecuencias que traen consigo la nulidad absoluta o relativa

¹⁵ Que es la que toma en cuenta nuestro sistema normativo para el estudio de los hechos y actos jurídicos.

2.1.1 El testamento como negocio jurídico.

Este concepto de negocio jurídico es relativamente moderno pero ha tenido gran influencia en el pensamiento jurídico. Este es un concepto que no hay que tratarlo como un concepto "*a priori*" (o sea antes de toda deducción) por la misma naturaleza de las cosas, porque en realidad es un concepto teórico, instrumento intelectual para conocer mejor el derecho vigente. El derecho común, recibió de los textos romanos la idea de que el particular puede establecer reglas de valor jurídico, análogas a las leyes. Conserva una parcela de soberanía que se manifiesta en el poder de crear Derecho ("*ita jus esto*"). Cuando hace testamento, su voluntad es ley ("*et volunts illius lex sit*") y cuando celebra pactos con otros, esos convenios son la ley del contrato ("*pacta dant legem contractibus*"). Estos principios fueron recogidos por el derecho tradicional como axiomáticos y han pasado también a nuestro Código Civil, por ejemplo con los contratos y los testamentos. "*La médula del negocio jurídico es el poder de la persona para dictar reglas (testamento) y para dárselas así mismo (contrato), es decir, la autonomía*"¹⁶. Pero para esto, es necesario que el Derecho califique el hecho y lo considere digno de protegerse jurídicamente o de condenarlo o castigarlo (delitos, actos ilícitos) o indiferente para los intereses que protege el Derecho. Pero este poder de dictar reglas en la esfera de la autonomía privada, no puede hacerlo contra el interés público ni contra las buenas costumbres. Cuando se dan los supuestos para que se produzca el efecto jurídico y están sancionados por el Derecho como negocio jurídico, el autor del acto queda ligado ya sea él solo, si se trata de un acto unilateral (esto siempre que haya creado derechos a favor de tercero) o conjuntamente con otro si se trata de un convenio.¹⁷ Por eso De Castro define el negocio jurídico como "*la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea*

¹⁶ Cfr. De Castro y Bravo, Federico, "*El negocio Jurídico*", Instituto Nacional de estudios Jurídicos, Madrid, 1967. p 465

¹⁷ Cfr Betti, Emilio "*Teoría General de las obligaciones*", 8va edición, México Porrúa 1960 p.317

completado con otros hechos o actos.”¹⁸ El concepto de negocio jurídico fue elaborado por los autores alemanes que lo llamaron “*rechtsgeschäft*” y ha tenido gran influencia en el pensamiento jurídico moderno. Viene a ser “*una conducta permitida (declaración de voluntad) realizada por un particular con el objeto de que produzca los efectos que desea conseguir mediante esa conducta, efectos que, sin embargo sólo se producen en el ámbito de lo jurídico privado*”.¹⁹ Hay pues coincidencia del “*querer*” del autor del acto con el efecto que ese querer tiene en el ámbito jurídico.

De tal manera, la teoría tripartita divide la realización del supuesto en tres categorías: hecho, acto y negocio jurídicos. Al hecho lo plantea como un suceso natural, bien sea un hecho de la naturaleza o del hombre, pero sin la intervención de su voluntad. Dicha teoría define al acto como una actividad humana voluntaria a la que la norma atribuye consecuencias jurídicas, las desee o conozca el autor, o las ignore o rechace, es decir, son creadas con o contra su voluntad. Finalmente, el negocio se define como un acto lícito, siempre voluntario, con la intención de hacer actuar a la norma para que se produzcan los efectos ya previstos. Desde esta perspectiva, en los actos jurídicos involuntarios, lo que el derecho tiene en cuenta como determinante para que se produzcan los efectos, es la acción del hombre (incumplimiento) y en los voluntarios, su voluntad (delito intencional). En el caso de los negocios, se considera la voluntad consciente y libre y la intención para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones (contratos y testamentos).²⁰

El Derecho Privado considera un tipo de autonomía de la voluntad que se define como actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva de relaciones jurídicas entre individuos, relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes.

¹⁸ De Castro y Bravo, Federico, Op Cit nota 16, p.479

¹⁹ *Ibidem* p. 480

²⁰ Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez, “*Derecho de Familia y sucesiones*” 9ª ed. México, Harla, 1997, p234

La manifestación suprema de esta autonomía es el negocio jurídico. Entre el interés regulado y la voluntad reguladora existe inmediata coincidencia porque los intereses y la voluntad son de la misma persona y éste es el punto característico del negocio jurídico. La libertad de autorregulación particular conferida por el Estado mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada, es la que origina, cuando se ejercita, la creación o aceptación de los negocios jurídicos. Es así como el negocio jurídico pasa a ser el acontecimiento en cuya esencia está que el particular dicte y se imponga una regulación legal. El poder que tiene la persona para dictar reglas, como en el testamento, es característico del negocio jurídico porque representa la manifestación de su voluntad encaminada conscientemente a la producción de efectos jurídicos.

No obstante de estar latente y realizarse este tipo de acontecimiento, dentro del criterio del legislador mexicano, la distinción expresa entre acto y negocio jurídico no existe. En resumen, *"... el hecho jurídico es el acontecimiento en el que la voluntad no interviene ni en su realización ni en la creación de consecuencias y sin embargo, éstas se producen; en el acto, la voluntad interviene sólo en su realización y no en la creación de consecuencias y, por último, si de un negocio jurídico se trata, la voluntad de su autor o de las partes en su caso, intervienen tanto en la realización como en la creación de consecuencias jurídicas."*²¹ La licitud, por tanto, es elemento básico, *"sine qua non"*, del negocio jurídico.

La manifestación de voluntad es otro elemento esencial del negocio, entendida por un complejo integrado por una voluntad interna seguida de una declaración congruente con la primera. Cuando el negocio jurídico se estructura por una sola voluntad, estaremos ante el caso de un negocio unilateral, como en el testamento.

Es un negocio jurídico unilateral y *mortis causa*. El testamento queda plenamente incluido en esta categoría de negocio jurídico porque el acto de testar (acto unilateral de voluntad) es ejecutado libremente por el testador con el fin, previsto y sancionado por el Derecho, de que la voluntad que ahí exprese va a tener

²¹ Arce y Cervantes, José, *"De las Sucesiones"* 7ª ed, México. Porrúa, 2003, p. 34

precisamente, los efectos jurídicos que busca y quiere el testador (supuesto naturalmente dentro de los cauces permitidos). El testamento es, entonces, la expresión "ad extra" de la última voluntad del testador en el momento de hacerlo y ha de revelar el "*animus testando in actu*" o sea la intención de disponer y de ordenar sus asuntos, por sí mismo, en la forma que lo está haciendo en ese momento. En esto se distingue el testamento de los esbozos o proyectos del mismo, en los que no hay el "*animus testandi in actu*", sino ensayos en los que solamente se revela que el autor conoce que tiene "*in potentia*" la facultad de testar pero que, en ese momento no quiere actuarla.²²

2.2. Es un acto Personalísimo

Respecto al segundo elemento de la definición, esto es, que es personalísimo, vemos como el acto de otorgar testamento no podrá ser realizado por una segunda persona, es decir, no podrá ser encomendado a otro sujeto que no sea el propio testador; no podrá realizarse aún cuando el mismo testador diese poder especial para que otro lo ejecutara y sólo en determinado momento podrá encargar a un extraño la distribución de dinero para cuando se trate de determinadas personas morales, como serían algunas instituciones de beneficencia, un asilo de ancianos, etc. Es un acto personalísimo "*ya que 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 que se le de, debe ser realizado única y personalmente por el testador.*"²³

La expresión de *personalísimo*, de acuerdo con el maestro José Arce y Cervantes²⁴, tiene varios sentidos: Primeramente, que el testamento debe ser otorgado personalmente por el testador sin que pueda admitirse ninguna clase de representación o suplencia de voluntad (como sería el caso del testamento por

²² Ibidem p. 53

²³ Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez, Op Cit. nota 20, p.275

²⁴ Arce y Cervantes, José, Op cit. Nota 21 , p. 61

comisario o apoderado), ya que los actos que exigen intervención personal, no pueden otorgarse por un representante. Al respecto se puede mencionar que las leyes del tomo regularon ampliamente el llamado *testamento por comisario* o sea el otorgado por un tercero en virtud de los poderes para testar recibidos a su favor de la persona que podía disponer "*mortis causa*" de sus bienes.

2.3 Es un acto unilateral.

Por otra parte la expresión "personalísimo" indica que el testamento debe contener la voluntad de una sola persona. Es por tanto como dice Cicu,²⁵ un acto unipersonal o unilateral. El testamento es un acto unilateral en cuanto que es la manifestación de voluntad de un solo sujeto, ya que para que se generen derechos y deberes que constituyen su objeto directo no requiere de la aceptación de los beneficiarios aunque como veremos, puede resultar ineficaz para producir los efectos requeridos por el testador. Este carácter de unipersonalidad en el testamento tiene como fin garantizar la espontaneidad de la voluntad que ahí se manifiesta, es decir, la concurrencia con otras voluntades que pudieran influirla, así como la libertad para revocarla, en el testamento no participa como otorgante sino el testador. Otras personas que pudieren intervenir (notario, testigos) concurren sólo para certificar la veracidad del acto. Por su naturaleza de acto único excluye también cualquier otro acto que no sea testamentario, aunque puede contener otros actos de última voluntad que no sean naturalmente testamentarios - que llamamos contenido atípico de testamento y que son formalmente testamentarios - pero siempre que se trate de negocios unilaterales de posible efecto para después de la muerte. Concluyendo con el comentario del maestro Asprón Pelayo²⁶ el cual dice. "*Hay actos jurídicos que para su existencia perfecta, requieren exclusivamente de la voluntad de una sola persona, siendo actos unilaterales, como es el caso del testamento...*"

²⁵ CICU, Antonio, "Derecho de Sucesiones" traducción de José Manuel González Porras, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964 p 174.

²⁶ Asprón, Pelayo, Juan M., "Sucesiones", México, Mc Graw-Hill, 1996 p.25.

De ahí que se tenga considerado dentro de los testamentos prohibidos, a los mancomunados, llamados también simultáneos en cuanto se realizan en un mismo acto, ya sea en provecho recíproco o a favor de un tercero. Nada impide que dos personas se designen mutuamente herederos, siempre que no lo realicen en el mismo acto o documento, por ejemplo el esposo designa a su esposa y ésta a aquél.²⁷

2.4. Esencialmente Revocable.

Se dice que es revocable en virtud de que puede el testador en determinado momento cambiar su voluntad con respecto a sus herederos y cambiar un testamento a favor de otra u otras personas, dejando sin efecto alguno la disposición testamentaria anterior. Este carácter deriva del anterior, puesto que expresa una última voluntad y la voluntad humana es cambiante, el testador es libre de mudar su voluntad hasta el infinito para que el testamento que haga exprese realmente su voluntad definitiva." *La voluntad* - dice Cicu²⁸ - *no puede vincularse así misma*" mientras no haya un vínculo jurídico. El código sanciona este carácter en la definición del testamento, al considerar nulos la renuncia de testar o de hacerlo bajo ciertas condiciones, al nulificar la renuncia de revocar testamento y al reconocer la facultad del testador de revocar un testamento para revivir uno anterior y en las demás disposiciones que regula y es que el individuo no puede despojarse anticipadamente del ejercicio de un derecho o de un poder necesariamente ligado a un derecho, como la facultad de disponer.

Por otra parte la revocabilidad puede ser total o parcialmente, 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 dejándolo sin eficacia.²⁹ Baqueiro define a la revocación como: "*La acción por la cual el*

²⁷ Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez, Op cit. nota 20, p.278

²⁸ C ICU, Antonio, Op cit nota 25, p 543

²⁹ Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez, Op cit. nota 20 p. 27

testador por un acto de voluntad deja sin efecto un testamento legalmente otorgado" agregando además que ésta puede ser expresa o tácita. También se da la posibilidad de revivir un testamento anteriormente revocado por una tercera declaración.³⁰ Sobre esto último, vale la pena comentar que se rompe en este caso con el principio de que el primero en tiempo es el primero en derecho, ya que en materia testamentaria, el último es el que se toma en cuenta dejando sin efectos el anterior.

2.5. Es un acto libre

Se dice que es libre en virtud de que el testador en ningún momento deberá ser presionado para que teste en favor de determinada persona, o por convenio se obligue a no testar o que lo haga pero con ciertas condiciones. Si algún factor extraño obligara al testador a llevar a cabo este acto, no podrá surtir efecto legal alguno. El artículo 1489 del C.C.E.G presupone este elemento de esencia, pero además exige que la voluntad se exprese clara y cumplidamente con la intención de que produzca efectos jurídicos. Para ser eficaz plenamente la voluntad testamentaria debe ser libre y conciente. La violencia que fuerza la voluntad y el error que obscurece la inteligencia, impiden que el acto viciado por ellos sea eficaz.³¹

La definición del testamento en el código, exige esta libertad. Sanciona con la nulidad del testamento que se haga bajo la violencia y el captado por dolo o fraude y declara que no producen efectos las disposiciones que se fundan en causa expresa que resulte errónea, si fue la única que determinó la voluntad.

Para el maestro Baqueiro³², el acto es libre desde dos puntos de vista: primero como requisito de todo acto jurídico que puede ser invalidado por que el autor carezca de plena libertad, ya sea por el error, dolo, fraude, violencia o cualquier engaño que motive el contenido del testamento, o bien por acto de violencia física

³⁰ Ibidem , p. 350 y 351

³¹ "La acción sólo puede llamarse humana si es libre y se considera libre a condición de ser iluminada por el intelecto" García Alonso L. "Aforismos Filosóficos", cito en Acre y Cervantes p 58

³² Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez, Op Cit nota 20 p. 277

o moral. Segundo, se requiere que el testamento no sea el resultado de una obligación contractual, de ahí que nuestra legislación tenga como testamento prohibido a los llamados testamentos contractuales, que son aquellos que se otorgan en cumplimiento de una obligación nacida de un contrato cuando se conviniera que a cambio de una determinada prestación, la otra parte se obligará a instituir determinado heredero.

Sin embargo esto no quiere decir que no pueda serlo de un deber moral, ya por vínculos familiares o por reparación de algún 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.

2.6 Acto ejecutado por persona capaz

Ser ejecutado por persona capaz es otro elemento de la definición que nos indica que deberá otorgarse por persona con capacidad para realizarlo. Como la capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y ejercitarlos personalmente, diremos que:

- a) Están incapacitados para testar todos los menores de dieciséis años de edad, sean hombres o mujeres.
- b) Los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio, aunque la ley establece que podrán otorgar testamento siempre y cuando se esté a lo observado por el Código Civil.

2.7 Es un acto *Mortis causa*

El acto *mortis causa*, es un acto jurídico con efectos diferidos a cierta época cronológicamente posterior a su otorgamiento, puesto que la producción de efectos esta sujeta a la "*conditio juris*" de la muerte. La muerte es el único punto de vista que tiene el testador y la que determina su voluntad. Es la muerte la que

señala el principio de la producción de sus efectos y las disposiciones propiamente testamentarias, no debe producir ninguno antes de este hecho. Este carácter indica también que la voluntad contenida en el testamento es la definitiva del testador mientras no la cambie. Se dice que es "*última voluntad*" por que subsiste hasta la muerte, mientras no se revoque. Se presume que la voluntad expresada por el testador es lo que él hubiera querido en el último momento de su vida. La voluntad testamentaria no caduca ni prescribe por el transcurso del tiempo.³³

La doctrina nos señala que hay dos tipos de sucesiones; es decir, dos formas de transmitir el patrimonio y estas son "*inter vivos y mortis causa*". Dentro de las primeras encontraremos la donación, la cesión, la compraventa, etc. Pero las que nos interesan, por ser el objeto de estudio en este trabajo, son las segundas, las cuales serán aquellas transmisiones o sucesiones por causa de muerte y surtirán efectos única y exclusivamente al faltar el autor de la herencia o del testamento. La naturaleza de este acto, te permite disponer de ciertos bienes y derechos así como la de cumplir deberes para después de tu muerte. Y esto es debido a la característica de perpetuidad del derecho de propiedad, porque si en vida el titular puede disponer libremente de sus bienes también puede hacerlo en lo futuro, surtiendo efecto esta disposición aun cuando él hubiere fallecido.

Estos bienes y derechos se refieren a los derechos patrimoniales, es importante ver cuales de estos no se extinguen con la muerte y cuales sí, como por ejemplo los derechos reales de uso, habitación y usufructo; el derecho personal de renta vitalicia, el derecho de alimentos y el derivado del contrato de comodato.³⁴

2.8. Es un acto solemne

El concepto legal no la menciona, ya que ésta se encontrará en cada una de las formas que adopte el testamento de acuerdo a los supuestos o circunstancias en que el testador se encuentre, la solemnidad del acto hace que se observen todos

³³ Arce y Cervantes, José, Op Cit nota 21, p. 57

³⁴ Ibídem p.63

los requisitos de validez y de existencia que encierra éste para que pueda producir efectos. Haciendo que sólo pueda realizarse en los tipos y formas expresamente establecidos por la ley, sin que pueda considerarse como testamento cualquier disposición que no llene los requisitos para cada una de las especies testamentarias que señale nuestro Código Civil. Como acto llamado a producir sus efectos después de la muerte del autor, el testamento requiere rodearse de seguridades que garanticen la exacta expresión de su voluntad, pues no cabe la posibilidad de aclaraciones o rectificaciones en el momento de su aplicación. Es así que de antiguo, se ha exigido una forma estricta que la técnica jurídica considera elemento de existencia, por lo que el testamento es un acto jurídico solemne. La ley ha establecido ciertas formas obligatorias para que la voluntad pueda producir efectos jurídicos como testamento, sólo reuniendo las formalidades que la ley exige para cada tipo de testamento éste llega a existir como tal. No importa que la voluntad sea expresada en forma indubitable, si no se le dan las formas expresamente establecidas, no será testamento. Así, un escrito privado realizado ante testigos, una declaración ante autoridad judicial o administrativa puede dar certeza de los deseos del autor, pero no constituyen testamento.

De tal manera, se entenderá por solemnidad, aquella forma de los actos jurídicos que se exige no "*ad probationem*" que simplemente son una "*forma de valer*", sino que se requiere "*ad solemnitatem*", para que el acto tenga existencia como tal es decir, "*forma de ser*",³⁵ en estos casos la forma da al ser. El matrimonio en nuestro Código Civil exige una solemnidad, el testamento es otro caso que requiere esa forma solemne.

El Código usa esta expresión al hablar de la forma de los actos de última voluntad y establece la nulidad del testamento cuando se otorga en contravención de las formas prescritas.

³⁵ Concepto de Núñez Lagos, Rafael " *El derecho Sucesión ante la tradición española y el Código Civil*", Madrid, Instituto Reus, 1951 cito en Cervantes p. 59

2.9 Su objeto

En relación al objeto del testamento, éste es el de trasladar el dominio de los bienes del testador a sus herederos, para cuando el autor de la herencia llegue a fallecer, pero no sólo podrá heredar bienes, sino también obligaciones, a reserva de que lo quiera aceptar el heredero; para el caso de que no sean aceptados los bienes y obligaciones, se entenderá que se renuncia a la herencia.³⁶

Generalmente se piensa que en virtud del testamento se instituyen herederos y legatarios para transmitírseles únicamente bienes, derechos y obligaciones, pero este documento también puede tener por objeto la declaración o cumplimiento de deberes como reconocer a un hijo o nombrar un tutor.

2.10 Es por su naturaleza un acto de disposición de bienes

Pero no lo es por esencia en nuestro derecho. El código admite que el testamento contenga disposiciones patrimoniales y otras que no lo sean y aunque en él no haya institución de heredero y por consiguiente que no contenga legados, no implica que sea de bienes propios (legado de cosa ajena); puede contener disposición de bienes que al momento de testar, no sean propios del testador y que adquirirá después.³⁷

Es válido dejar en herencia o legado bienes que el testador adquiera con posterioridad al otorgamiento. Se dice también que es un acto de disposición en el sentido de que es un acto "*ordenador de los bienes*" y de las relaciones de familia. Esta facultad de disposición es el reconocimiento del señorío exclusivo que tiene el testador sobre el contenido del testamento.

³⁶ Espinar la Fuente, Francisco, "*La herencia Legal y el Testamento*," Bosh, Barcelona cito en Arce y Cervantes José Op cit nota 21, p. 59

³⁷ Idem.

2.11 Es un negocio no receptivo.

La declaración o negocio receptivo es el que se emite o el que se dirige a una persona a quien va a afectar. Está destinado a ser recibida por otro y para su eficacia, requiere que se haga llegar o se envíe a ese otro. Tal es el caso, por ejemplo del ofrecimiento para contratar, mientras no llega o no se envía al beneficiario, esa declaración es revocable, pero una vez que ha llegado o se ha enviado, se vuelve irrevocable.

El testamento no es de esta clase y por eso se dice que es *no receptivo*: no se dirige a los sucesores del testador ni a ninguna persona. No está destinado a ser conocido antes de la muerte del testador, y más aún, por su naturaleza, es secreto.³⁸ Este carácter de no receptivo se origina en dos circunstancias: De que, por voluntad del testador y de que, también por naturaleza, hay posibilidad de que sea revocado y en este caso, que se vuelva una nada jurídica.

De los caracteres del testamento antes explicados, se derivan varias consecuencias:

I. El testamento no vincula al testador ya que no hay un sujeto activo a cuyo favor se haya otorgado, por lo que el testador continúa en el goce de todos sus derechos sobre los bienes de su patrimonio y comprometido a cumplir sus obligaciones como si el testamento no existiera.

II. Antes del fallecimiento del testador, el testamento no crea derechos y ni siquiera expectativas protegibles jurídicamente a favor de los que han sido nombrados beneficiados en el mismo.

III. El negocio jurídico en general - y el testamento por consiguiente - es un instrumento de autonomía privada justamente en el sentido de que es puesto por

³⁸ Binder, Julius, "*Derecho de sucesiones*", traducción y notas de La cruz Berdejo, Labor, Madrid, 1953 cito en Arce y Cervantes José Op cit nota 21, p. 59

la ley a disposición de los particulares a fin de que puedan servirse de él para disponer de bienes propios y en casa propia, pero no para ordenar en casa y bienes ajenos, es decir, para imponer un ajuste en sus intereses. En consecuencia, por su sola voluntad el testador no tiene facultad de vincular u obligar a terceros por medio de sus disposiciones testamentarias. Si quiere obligarlos, no tiene más remedio que interesarlos como beneficiarios en su testamento y en el cumplimiento de sus deberes que en el mismo le quiera imponer. Esto sólo lo puede lograr si subordina su nombramiento de herederos o legatarios a la condición de que se cumplan esas obligaciones o si les impone una carga anexa al beneficio que les concede.

IV. Las disposiciones del testador sobre quien o quienes deban pagar sus deudas o en que proporciones, obligan internamente a los beneficiados en el testamento, pero no a los acreedores del testador, cuyos créditos siguen garantizados con todos los bienes del patrimonio del *"de cuius"*, independientemente de las personas a quienes corresponda recibirlos por virtud del testamento. Como la persona no puede disponer *"inter vivos"* de sus deudas, así tampoco puede disponer de ellas *mortis causa*.

V. El testamento no es anulable por simulación porque esta figura no puede darse en él. Efectivamente la simulación implica que haya partes que *"declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no ha convenido entre ellas"* y como en el testamento no hay partes, no puede existir en él esta causa de nulidad. Lo que sí puede haber en el testamento es una declaración falsa del testador hecha a sabiendas de la falsedad, y entonces se está en el caso de una reserva mental, que generalmente será irrelevante jurídicamente por que, lo que tiene valor en el testamento es lo que existe en ese documento solemne donde está expresada la voluntad testamentaria, sea verdadera o falsa.

Dice Betti sobre este particular: *"La insinceridad -asume la forma de reserva mental, de forma no evidente o (hacia terceros) de simulación- es asunto interno*

del declarante y no paraliza el vigor social y jurídico del negocio. Atañe al fuero interno e interesa a la moral mejor que al derecho”³⁹

3. Elementos de existencia

Se ha establecido que el acto jurídico es la manifestación de voluntad que tiene por objeto, crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, la doctrina ha clasificado los elementos del acto jurídico en dos grupos: los elementos de existencia y requisitos de validez.⁴⁰

3.1 Manifestación de la voluntad.

La manifestación de voluntad es considerada como el elemento psicológico del negocio jurídico, en oposición a los elementos materiales del mismo, que son el objeto y la solemnidad, cuando esta última es requerida legalmente. Este elemento psicológico debe estar integrado por una declaración que concuerde con la voluntad interna que la motivó. *“... El acto interno del querer, una vez que se ha formado, debe manifestarse al exterior, así tenemos una voluntad y una manifestación o declaración de voluntad, un momento interior al que debe seguir una exteriorización...”* La exteriorización puede ser expresa o tácita, la primera se llevará a cabo cuando se hace por medio del lenguaje oral, escrito o mímico, y la segunda se realiza cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria o indubitable revelen un determinado propósito.⁴¹ Tratándose del testamento, donde interviene una sola voluntad, estamos frente a un negocio jurídico unilateral. Este elemento personal es muy necesario en la confección de todo testamento, ya que sin el testador no podría decirse de la existencia del

³⁹ Betti. Emilio, Op Cit nota 17, p. 130

⁴⁰ Cfr Branca, Giuseppe, *“Instituciones de derecho privado”* traducción de Pablo Macedo, México editorial Porrúa, 1978. p 459 Sin embargo puede tener disposiciones atípicas que sí crean derechos a favor de terceros: reconocimiento de hijo, reconocimiento de deuda y perdón de ofensa que, probablemente no son revocables.

⁴¹ Betti. Emilio, Op Cit nota 17 p. 69

testamento y en nuestro país, no es posible pensarse en el otorgamiento de un testamento por medio de un apoderado. Se concluye entonces que la voluntad, es el consentimiento para realizar un acto, que en el caso de los testamentos, tenemos que esta es unilateral, ya que basta la sola voluntad de una persona para que se perfeccione el acto. Para que esta tenga validez, deberá de ser manifestada por sujeto capaz, de manera libre, es decir sin violencias y cierta, o sea, sin lesión, dolo, error o mala fe. Con estos requisitos el acto además de existir será válido para que surta todos sus efectos. Los cuales se explican más adelante⁴²

3.2 El Objeto

En el testamento, además de estarse a la voluntad del testador, también se deberá estar al contenido real, o sea, el objeto, que es el segundo elemento esencial en el negocio jurídico. El objeto del testamento puede consistir en la declaración de herederos o en la declaración o cumplimiento de ciertos deberes.

a) Diversidad del objeto.

El objeto, ya sea directo o indirecto en el negocio jurídico requiere de ciertas características. Requiere ser jurídicamente posible y físicamente posible. Que el objeto directo del negocio sea jurídicamente posible significa que los derechos y obligaciones que de él se deriven no se opongan a una norma jurídica que sea un obstáculo para su realización. El testamento a través del cual se pretendiese transmitir el usufructo, el uso o la habitación, sería inexistente en cuanto a esa cláusula, porque pretende un objeto jurídicamente imposible.

Por lo que se refiere al objeto como elemento esencial, se distinguen dos clases: el objeto directo que tendría como finalidad crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones -hipótesis que sí encontramos en el testamento- y el objeto indirecto, que puede consistir en la prestación o abstención de la obligación, elemento que

⁴² Arce y Cervantes, José, Op Cit nota 21, p.58

también encontramos en el testamento. El objeto indirecto puede además, tener un contenido de carácter moral y no pecuniario.

De manera general tenemos que éste deberá ser lícito, posible, determinable y estar en el comercio, 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 las buenas costumbres no produce la nulidad, sino que el motivo o causa sólo se tendrán por no puesto. Por ejemplo el testador que deja un legado o herencia a una mujer casada debido a los amores adúlteros que tuvo con ella.

3.3 La Solemnidad.

Como elemento de existencia no es otra cosa que el conjunto de requisitos o manifestaciones externas determinadas por la ley; con lo que debe acompañarse o revestirse la expresión de la voluntad de los actos jurídicos. En palabras más sencillas son las formalidades de ley para cualquiera de los tipos de testamento expresamente autorizados.⁴³ De tal manera que, la limitación de los tipos de testamento, la falta de efectos cuando no se cumplen las formalidades y la imposibilidad de expresar la voluntad fuera de las formas establecidas, ha llevado a los autores a considerar que se esta en presencia de un acto solemne, en que la forma es elemento de existencia.

4. Elementos de validez

Los elementos de validez del acto jurídico son los siguientes:

- a) Licitud en el objeto, fin o motivo o condición del negocio.
- b) Capacidad de ejercicio de quien o quienes intervienen en la realización del negocio.

⁴³ Baqueiro Rojas y Buenrostro, Baez, Op Cit nota 20 p. 279

- c) Conciencia y libertad en la manifestación de voluntad, más frecuentemente conocida como ausencia de vicios de la voluntad y,
- d) La forma, o sea, las formalidades a observar en el otorgamiento del negocio jurídico correspondiente.

4.1 Licitud.

El ordenamiento civil, en su artículo 1627 establece que *"... el fin motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres..."*, de lo que desprendemos que la licitud del objeto, motivo, fin o condición del acto consiste en que éste no vaya en contra de las leyes. Los hechos deberán ser lícitos para que puedan estar protegidos por la ley.

4.1 Capacidad.

La capacidad, además de ser uno de los atributos de la personalidad, es uno de los elementos de validez del acto jurídico, por consiguiente, diremos que la capacidad en general ha sido considerada como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y ejercitarlos personalmente. La capacidad general puede ser de dos clases: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

La capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales. En nuestro medio jurídico tienen incapacidad tanto natural como legal: *"...Los menores de edad y los mayores de edad o perturbados en su inteligencia aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción de sustancias tóxicas, como el alcohol...siempre que*

*debido a la limitación o la alteración en la inteligencia que esto les provoquen no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio*⁴⁴.

Por otra parte, el artículo 1110 del C.C.E.G establece que están incapacitados para testar: “...los menores que no hayan cumplido dieciséis años de edad ya sean hombres o mujeres y los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio.” De lo anterior podemos afirmar que podrá testar cualquier sujeto que lo desee, con la salvedad de que esté en aptitud legal para hacerlo, con los requisitos exigidos por la ley y ésta no le prohíba el ejercicio de tal derecho, lo cual se comentará más adelante.

4.2 Ausencia de vicios en la voluntad.

Los seres humanos son libres para realizar actos jurídicos, por ende, su voluntad no debe en ningún momento estar condicionada por alguna otra voluntad externa. Todas las circunstancias que empañan la conciencia y la libertad de la voluntad para exteriorizarse, son consideradas como vicios de la voluntad.

De los artículos 1608 y 2230 del Código Civil vigentes en el Estado de Guerrero, se desprende que el error, el dolo, la mala fe y la violencia son los vicios de la voluntad. El error es una falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto. Así, todo lo que el sujeto concibe como realidad y no mueve a la celebración de un acto o de un negocio jurídico, resulta no ser la realidad misma.⁴⁵ El dolo y la mala fe están señalados en el artículo 1613 de propio Código Civil el cual dice: “Se entenderá por dolo, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él y por mala fe, a quien emita una declaración negocial; y por mala fe la disimulación del error de uno de los negociantes, una vez conocido”

⁴⁴ Artículo 450 del Código Civil del Estado de Guerrero

⁴⁵ Cfr. Braca, Guiseppe Op Cit nota 40. p. 86

Artículo 1618 del Código Civil: *“Existirá violencia cuando se emplee tormento u otra fuerza física cualquiera, o amenazas, que causen en la víctima el temor de perder o sufrir menoscabo en alguno de sus bienes jurídicamente protegidos o de un tercero con quien le unan lazos de parentesco o afectivos.”*

4.3 La forma

La forma es el último de los elementos de validez del acto jurídico que requiere satisfacer ciertos requisitos para que produzca todos sus efectos una vez que se exteriorice el consentimiento o la manifestación de voluntad. Los actos jurídicos deben revestir ciertas formalidades legales a efecto de que se tengan como válidos, ya que de faltar alguno de los elementos, el acto será nulo.

Rojina Villegas clasifica a los actos jurídicos atendiendo a la forma que deben revestir en: actos consensuales, actos formales y actos solemnes.

a) Actos consensuales.

Son actos consensuales aquellos para cuya validez no se requiere de ninguna formalidad, por lo tanto, toda manifestación de voluntad es válida, ya que se puede realizar verbalmente, por escrito, por señas o desprendiéndose de actos que hagan presumir la voluntad.

Como se puede ver, estos actos no requieren ningún requisito para que produzcan todos sus efectos, simplemente van a nacer ya perfeccionados, un ejemplo sería aquel donde una persona llega a un centro comercial y toma una cajetilla de cigarros pagando en la caja el importe de los mismos, y se sale, sin que para ello haya tenido que cruzar palabra con la cajera.

b) Actos formales.

Con respecto a esta categoría de actos jurídicos, se puede decir que existen actos que para que se tengan como válidos, se requiere además de los elementos esenciales para su nacimiento, que se cubran ciertos requisitos especiales, ya que si se careciera de éstos, dichos actos estarían afectados de una nulidad relativa.

c) Actos solemnes.

Los actos solemnes son aquellos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante funcionario determinado, bajo la sanción de inexistencia si no se cumple.

Todo acto que carezca de alguna solemnidad establecida por la ley será inexistente jurídicamente. Al respecto de la solemnidad diremos que son pocos los actos que para su propio nacimiento requieran una formalidad especial. Podemos mencionar el matrimonio, el reconocimiento de un hijo y el testamento.

El testamento es un acto jurídico solemne, ya que para su nacimiento deberán observarse determinadas formalidades, mismas que por la técnica jurídica se elevan a la categoría de solemnidades, como es el hecho de que sea otorgado ante Notario Público.⁴⁶

En relación a la importancia de la forma el Doctor Rogerio de María Carrillo⁴⁷, ex-profesor de Derecho Civil-Sucesiones en la Universidad de Panamá y actual Magistrado del Tribunal Superior de Menores de Panamá, ha expresado lo siguiente: *"El derecho positivo consagra que la forma es esencial en el acto testamentario, el cual para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas. Las solemnidades tienen por objeto garantizar la libre manifestación de la voluntad del testador, su segura conservación y prueba"*.

⁴⁶ Rojina Villegas Rafael.- Op Cit nota 14, p. 465

⁴⁷ Carrillo, Rogerio de María. *"Derecho de sucesiones"*, Curso: Derecho Civil 510b, Segundo Semestre, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 77-78, p.151.

5. DE LA INEFICACIA EN LOS TESTAMENTOS

5.1 Teoría de las nulidades

Nuestro Código, que sigue en esto la doctrina de Bonecasse, contiene un capítulo dedicado a la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos y de conformidad con el artículo 1658 del C.C.E.G, esas disposiciones serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos (por lo tanto a los testamentos), en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales. Por lo que se llegan a establecer que para todos los actos jurídicos y en consecuencia para los testamentos, estos pueden ser: Inexistentes, nulos absolutos o Nulos relativos.⁴⁸

Se establece entonces que en los testamentos, la *forma* es uno de los requisitos inexcusables para la existencia del acto jurídico, de ahí que la ausencia o falta de ella lleve aparejada precisamente la inexistencia jurídica del mismo, haciendo que éste se considere ineficaz. *La Inexistencia*; es sólo una de las formas de ineficacia en los testamentos, la cual alude a aquellos actos aparentes que no llegan a nacer porque les falta uno de los elementos de existencia, como puede ser el consentimiento, el objeto, así como la solemnidad. *Por lo que la expresión de voluntad que se haga fuera de las formas establecidas no será testamento. Así, una misiva o comunicación privada, aunque sea cierta y contenga designación de herederos y legatarios, no tendrán valor de testamento*⁴⁹.

Por otra parte, cuando el acto jurídico pese a que está integrado por sus elementos esenciales, presenta algún vicio de origen en alguno de ellos, decimos que el acto es *Nulo*, privándolo con esto de validez aunque haya nacido. La Nulidad, no siempre afecta a todo el testamento, sino que puede afectar a una cláusula, a la institución de heredero o legatario o alguna modalidad de las impuestas, por lo que el origen de la ineficacia en este caso será por *Nulidad*

⁴⁸ Arce y Cervantes, José, Op Cit, nota 21, p.136

⁴⁹ Baqueiro Rojas, Edgar, "Derecho Civil, Introducción y Personas", 3ª ed. México, Harla, 1995, Colección de textos jurídicos Universitarios, p. 347

Parcial del testamento, dejando subsistentes las demás disposiciones testamentarias.

Es así que, en materia de ineficacia testamentaria, el acto jurídico puede ser despojado de sus efectos en atención a diversos factores, por lo que aunque el resultado final pueda ser el mismo, distinguirlos permite conocer el origen de la privación de efectos o ineficacia del acto testamentario. Por último, la doctrina, la costumbre y la ley, han establecido una terminología propia de la sucesión testamentaria, por lo que además de la inexistencia y nulidad como formas de ineficacia en los testamentos, existen otras como lo son: la revocación, la caducidad de la institución de heredero y legatario, y la inoficiosidad del testamento, lo que ha redundado en un aumento de los casos de ineficacia en los mismos.

CAPITULO TERCERO

EI TESTAMENTO PRIVADO

1. Su evolución histórica en el derecho romano.

Los antecedentes históricos de lo que en este momento conocemos como testamento privado, exponen primero la evolución que ha sufrido la figura del testamento en general a través de las diversas épocas en el Derecho Romano hasta llegar a especificarla como testamento hecho en circunstancias especiales.

De tal manera se tiene que, en el derecho civil antiguo se conquista primero la posibilidad de otorgar testamento en cualquier momento, dejando atrás las opciones de sólo poder hacerlo en tiempo de paz - solo dos veces al año - y en tiempo de guerra. Con lo que surge el testamento mancipatorio "*per aes et libran*", conocido también como testamento que se hace por el cobre y la balanza "*quod per aes et libran agitur*". Trayendo consigo la participación de la figura de los testigos, así como la oportunidad de poder testar en un solo acto.

A finales del siglo VI, este testamento fue perfeccionado, cuando además de la *mancipatio* se agregó la operación de la *nuncupatio* en donde surge la oportunidad de que el testador pueda expresar oralmente sus disposiciones y designar heredero ante el *libripens* y los cinco testigos o manifestar que estaba contenida en un escrito (*tabulae, codees testamenti*) en el que ponían sus sellos (*signatio*) y sus nombres (*superscriptio*) los testigos y generalmente, también el *libripens* y el *familiae emptor*.

Posteriormente en el derecho pretorio, el pretor redujo las formalidades exigidas por el derecho civil, haciendo que el testamento constara en un documento que contuviera la designación del heredero y los sellos de los siete testigos, sin exigirse ya el rito de *la mancipatio*. Dando como consecuencia el uso específico

del testamento *nuncupativo*, en donde el derecho civil admite que un ciudadano pudiese testar oralmente con ayuda de una simple *nuncupatio*, declarando en voz alta el nombre del heredero y su última voluntad delante de 7 testigos y si bien ofreció menos garantía que el realizado "*per aes et libram*" tenía la ventaja de ser mucho más rápido y de realización más cómoda y sencilla, ya que no exigía ninguna otra formalidad para celebrarse, ni la redacción de escrito alguno¹. Sin embargo, en el mismo derecho pretorio también se logró reducir a una declaración solemne de que el testamento presentado por el testador contenía su última voluntad², por ello el testamento *nuncupativo* quedó convertido en testamento abierto para distinguirlo del testamento cerrado en que se hizo costumbre expresar la última voluntad.

Por otra parte, aunque es posible que el testamento *nuncupativo* se conociera en este periodo, se llega a incluir en la época Imperial, ante el reconocimiento expreso de las constituciones imperiales, pero es sólo hasta la época de Justiniano, donde la evolución del testamento *nuncupativo*, da origen a la clasificación de los testamentos en formas públicas, privadas y privilegiadas, y es que la doctrina parece unánime en reconocer la aparición del testamento público en el Derecho romano - justiniano cuando ya se admite el testamento privado, en su más genuina manifestación, oral o *nuncupativo*, ante siete testigos. Esta forma de manifestación oral se reducirá a escritura y no por tal cosa puede decirse que el testamento perdiera sus características (*testamentum nuncupativum in scriptum redactum*), en cuanto que era una forma pública (no secreta) de expresar la última voluntad (se hacía de viva voz), incluso la propia denominación latina (*nuncupativa*) es reveladora de esa manifestación pública y oral de la voluntad, pues "*nuncupativo*" viene del verbo "*nuncupare*" que significa hablar.

¹ Morineau Iduarte, Marta, Román Iglesias González "*Derecho Romano*" 4a ed. México, D.F., Oxford University Press, 1998. (Colección Textos jurídicos universitarios), p. 215

² Sohm, Rodolfo, "*Instituciones de Derecho Privado Romano*" Traducción de Wenceslao Roces, México, P. 330.

Lo expuesto nos permite deducir que la presencia de la forma verbal, como actual característica de nuestro testamento privado - al ser parte de los testamentos abiertos - encuentra su antecedente más remoto en el testamento *nuncupativo* romano. Sin embargo, el requisito de hacerlo en circunstancias especiales no formaba parte del testamento privado de esa época, en razón de que para eso estaban los llamados testamentos privilegiados, haciendo que esta fuera considerada otra forma testamentaria. Es así que el clásico testamento *nuncupativo* ya no se conoce en la legislación mexicana, y la forma verbal a que se refiere el artículo 1501 del C.C.E.G corresponde al testamento excepcional, que consiste en probar con testigos el otorgamiento de esta liberalidad, que no por ello deja de revestir la indispensable solemnidad³.

Entre los testamentos excepcionales que deben ser otorgados dentro de las garantías adecuadas a la auténtica expresión de la última voluntad de cualquier persona, la fracción I del artículo 1565 del propio cuerpo de leyes, regula al testamento privado para el caso de que el testador sea atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no se tiempo para que concurra un notario a hacer testamento⁴.

De esta manera es como se procede a detallar de manera más amplia y específica las diversas épocas en las que fue evolucionando nuestro actual testamento privado.

1.1 Derecho civil antiguo

1.1.1 *Testamento Per Aes Et Libran*

En el derecho civil antiguo, las únicas "*circunstancias especiales*" ante las cuales se podía otorgar testamento, consistían en hacerlo en tiempo de paz, frente a los comicios curiados, cuando la asamblea se reunía para ese fin, dos veces al año,

³ Ignacio de Casso y Romero, Francisco Cervera y Jiménez Alfaro, "*Diccionario de Derecho Privado*" p. 278.

⁴ DE Ibarrola Antonio "Cosas y Sucesiones", 5ª Ed, Editorial Porrúa, S.A., D.F. 1981, p. 353 y 368.

siempre presidida por el pontífice máximo a través de la "*calatis comitiis*", el cual era otorgado por el "*paterfamilias*" y la otra en tiempo de guerra a través de la "*in procinctu*".⁵ Esta situación logro evolucionar, obteniendo con ello la creación del testamento "*per aes et libram*", conocido también como testamento mancipatorio, o como testamento que se hace por el cobre y la balanza "*quod per aes et libram agitur*". Este testamento consistía en una venta ficticia, efectuada por medio de la *mancipatio*. Frente al "*libripes*" y los 5 testigos. El testador mancipaba sus bienes a un tercero llamado "*familiae emptor*" o sea el comprador de patrimonio, al tiempo que designaba a su o sus herederos y daba instrucciones al "*familiae emptor*" sobre la forma en que debía repartir su herencia.

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

Esta forma de testar, presentaba muchas imperfecciones. El jefe de familia no podía usarlo a favor del hijo que tenía bajo su autoridad por que la mancipación no era posible entre ellos. El testador transmitía su patrimonio y el comprador pesaba y entregaba un trozo de cobre (*aes*) que representaba el precio de la operación. No dejaba a cargo del heredero la obligación jurídica, sino un deber moral de pagar las deudas. Por eso hacia el final del siglo VI, este testamento fue perfeccionado y trajo, sin duda, el desuso de otras formas.

Sin embargo esta forma de testar implica el reconocimiento de la libertad testamentaria: en ella culmina la idea de la propiedad privada individualista y su raíz ha de buscarse en las donaciones "*mortis causa*". La donación, que al principio debe ser "*inter Vivos*", por el contrato con el donatario, llega adoptar más tarde la forma válida de un testamento universal. La fase de transición parece hallarse en la encomienda contractual impuesta a un fiduciario, bajo la carga de hacer llegar los bienes a manos de un tercero - "*fiducia cum amico contracta*"-

⁵ Morineau Iduarte, Marta, Op cit nota 1 p. 216

otro tanto ocurre en el derecho griego y en el germánico y el mismo rumbo sigue el romano, el testamento mancipatorio señala aquí la línea divisoria.⁶

1.1.2 Testamento *per aes et libran* perfeccionado

En esta forma de testar ya es de un verdadero testamento, pues las ceremonias de la balanza y el metal se consideraron como solemnidades del acto que tenían como finalidad, no el traspaso de un dominio más o menos efectivo, sino la institución de "*un heres*". El "*familiae emptor*" está encargado de entregar la sucesión al verdadero heredero. El nombre de éste se escribía sobre tablillas que guardaba el testador. Desde entonces ese testamento comprendía dos operaciones distintas:

a) La mancipatio; mediante la cual el testador vendía su patrimonio al "*familiae emptor*", declarando éste que la operación se llevaba a cabo, no para que transfirieran los bienes del testador al título de propietario, sino para prestarse a la confección del testamento, obligándose a entregarlos a los verdaderos herederos. Este rito se conservó como respeto a los antiguos usos.

b) La nuncupatio o declaración del testador; ordenando sus disposiciones y designando heredero. El testador podía expresar oralmente su última voluntad, ante el "*libripens*" y los cinco testigos o manifestar que estaba contenida en un escrito (*tabulae, codees testamenti*) en el que ponían sus sellos (*signatio*) y sus nombres (*superscriptio*) los testigos y generalmente, también el "*libripens*" y el "*familiae emptor*".

Por lo que se concluye que esta forma de testar coarta los derechos del "*familiae emptor*", en esta segunda fase su derecho de propiedad es aparente tan solo.

⁶ Sohm, Rodolfo, Op cit nota 2 p. 334

Hallase ya obligado a responder de toda la herencia para con las personas indicadas en las "*tabulae testamenti*", no es otra cosa en realidad que un ejecutor testamentario.⁷

1.2 Derecho pretorio

El pretor siempre dado a la simplicidad, introdujo modificaciones a la forma de testar. Sin tener en cuenta las ceremonias de la "*mancipatio*", concedía la "*bonorum possessio secundum*" tabulas a quienes pareciesen designados herederos en una *tabulae* firmadas y selladas por siete testigos. Así pues al que presentaba un documento en esa forma y contenía evidentemente la voluntad del testador, el pretor le otorgaba la "*bonorum possessio secundum tabulas*".⁸

Ahora bien, hasta A Pio los herederos legítimos, según el derecho civil, podían hacer valer sus derechos aduciendo que el testamento referido carecía de valor ante el "*ius civile*" por faltar la *mancipatio*. Sin embargo, bajo dicho emperador, se permitió al pretor repeler tales reclamaciones de los herederos legítimos, mediante "*exceptio doli*" otorgada a los herederos indicados en el testamento del "*ius honorarium*".⁹

1.3 Derecho Imperial

En este periodo se simplifica aun más la legislación sobre los testamentos y de la fusión de las reglas del derecho civil, honorario y del derecho nuevo hacia una nueva forma de testar.

El testamento tripartito, llamado así por que tomó sus reglas de legislaciones diferentes, así:

⁷ Idem

⁸ Ventura Silva, Sabino, "*Derecho romano*", México: 10ª ed., Porrúa, 1996 p. 417.

⁹ Morineau Iduarte, Marta, Op cit nota 1, p. 216

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

Del derecho honorario; el numero de 7 testigos con la grabación de sus sellos.

Del derecho nuevo, constituciones imperiales, la firma del testador y los testigos.

Por lo que este testamento era redactado por escrito, debería llevar la firma del testador y la de los 7 testigos, junto con sus sellos, que además debía realizarse le mismo día y en un solo acto.

1.4 Derecho de Justiniano

Es en el de Derecho Justiniano, donde se empiezan a dictar normas particulares en orden a los testamentos, tanto para atenuar, como para agravar las formas ordinarias. Hay casos en que la atenuación o simplificación de las formas comunes responden al dictado de circunstancias extraordinarias.

Por lo que en esta época junto con los testamentos público y privado aparecen los testamentos privilegiados. Por lo que el testamento privado esta separado del testamento especial. El testamento público se transcribía en los registros judiciales que se depositaban ante el príncipe.

a) *Testamentum Publicum*: Esta clase de testamento podía también adoptar dos formas. La de "*Testamentum apud acta conditum*" y la "*Testamentum principi oblatum*". El primero se hacía ante autoridad judicial o municipal, la cual levantaba acto de las manifestaciones y palabras del testador. El segundo se entregaba por escrito para ser registrado y custodiado en los archivos imperiales.¹⁰

b) *Testamentum Privatum*: El privado se llevaba a cabo cuando el testador lo otorgaba ante sus testigos y podía ser oral o escrito. Se requiere la presencia de 7 testigos rogados, (invitados para actuar como tales) y capaces, así como la "*unitas*

¹⁰ Ventura , Silva Sabino Op cit nota 8, P. 418

actus" o sea que se otorguen sin interrupción. El testamento citado podía ser oral, si el testador expresaba su última voluntad en presencia de los testigos en idioma o voz inteligibles o escrito si presentaba a los testigos el documento en que su última voluntad estaba contenida.

El testamento escrito podía ser "*Holographum*", si lo había escrito el mismo testador o alógrafo, si otra persona lo hacía, en el primer caso no era necesaria la *subscripto* del testador, pero si la de cada testigo, con la correspondiente "*signatio* y *superscriptio*" al cerrar el documento; en el segundo caso, el testamento debía suscribirlo el testador y los testigos, quienes debían también poner sus sellos.¹¹

c) *Testamentos Especiales o Privilegiados*: El testamento privilegiado conocido en la actualidad como testamento especial, podía ser militar, rural o hecho en tiempo de peste. Mismo que se detallan a continuación:

1.4.1 *Testamentum pestis tempore conditum*

Es el testamento hecho en tiempo de epidemia por razón del testador, para evitar el contagio, no se exige que los testigos concurren simultáneamente al acto de testar, ni que se pongan en relación directa con el testador.

1.4.2 *Testamentum ruri conditum*.

Es el testamento hecho en el campo, o por razón de lugar, bastaba la presencia de 5 testigos y si algunos no saben o no pueden escribir, cabe que firmen otros por ellos.

¹¹ Ibidem p. 420

1.4.3 Testamento militar

Desde el principado se aplicó a los militares un régimen de amplia libertad que determinó la derogación a su favor de los principios que regían la sucesión testamentaria ordinaria. Tampoco regían para ellos la incompatibilidad, ende la sucesión testada y la intestada podía hacer el testamento con sangre dentro del escudo y la espada en la arena, se decía además que bastaba la presencia de un solo testigo. Justiniano restringía la libertad de testar de los militares, concediendo este derecho únicamente a los que estaban en campaña. Si el testador era licenciado, la validez del testamento solo duraba un año a partir del licenciamiento. A su vez en el caso de despido, el testamento prontamente perdía su eficacia.¹²

2. Concepto y Naturaleza jurídica del testamento privado

El testamento como la declaración unilateral de voluntad que es, debería siempre ser otorgado en condiciones normales de tiempo y lugar. Sin embargo ante las circunstancias de que éstas no siempre se pueden dar, se tomó en cuenta el poder realizarlo en situaciones apremiantes, surgiendo así los testamentos especiales. Se pudiera pensar que el dejar todo hasta el último momento significa no tener cultura testamentaria, lo cual no es así debido a que no tener cultura testamentaria es no haber hecho el intento de otorgarlo en cualquiera de las formas que señala nuestro Código Civil, y eso incluye por supuesto a la forma Privada o Especial, obteniendo como consecuencia el morir intestado. Por lo tanto, *"son aquellos que se llevan a cabo tomando en cuenta determinadas circunstancias y sólo en atención a las mismas se permite recurrir a esa forma privilegiada, no siendo eficaz en los casos ordinarios"*.¹³

¹² DE Ibarrola Antonio, Op Cit nota 4 p. 399

¹³ Baqueiro, Rojas y Buenrostro Báez, *"Derecho de familia y sucesiones"*, 9a.ed., México, Harla 1997, p. 338

El testamento privado forma parte de los testamentos especiales, lo cual significa que este sólo se va a permitir en casos de excepción, es decir; en casos de apremio en que no es posible el otorgamiento de un testamento ordinario, lo que da como consecuencia que su eficacia se vea restringida en cuanto al tiempo. *"Constituye una forma de facilitar, en condiciones extraordinarias, el otorgamiento de disposiciones para después de la muerte."*¹⁴ Por lo tanto se caracteriza por ser *"La formula legal de las disposiciones de última voluntad reconocida para casos verdaderamente urgentes."*¹⁵

De tal manera se tiene que esta forma de testar exige en todo caso, como presupuestos:

- a) peligro real de la inminencia de muerte del testador;
- b) que esta situación extrema coincida con la imposibilidad de la asistencia de un Notario;
- c) que se cumplan rigurosamente las formalidades y requisitos establecidos en la Ley para este testamento
- y d) que con las salvedades correspondientes y dada su naturaleza de testamento abierto simplificado, se cumplan en general todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario, es decir, capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar, presencia del testador, testigos en unidad de acto, entre otros.

Todo lo anterior sólo nos demuestra que la premura del tiempo con la que cuenta el testador, es el justificante principal porque se tiene que acudir a esta clase de testamento. Por lo que se toma en cuenta en los supuestos que nos otorga el Código Civil del Estado.

¹⁴ Ibidem p. 339

¹⁵ Castillo Rodríguez Jerónimo, *"El Testamento Y La Sentencia Como Fuente De Obligaciones"* <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/>, htm - 165k -

Es así como las formas testamentarias toman en cuenta las circunstancias ante las cuales se otorgan los testamentos, de ahí que de acuerdo con nuestro Código Civil, se divida a éstos en cuanto a su forma en Ordinarios y Especiales; siendo los primeros aquellos que se otorgan en condiciones normales, por lo que se da la oportunidad de contar con la fe pública notarial o en su caso la registral. Los segundos sólo se utilizarán ante la imposibilidad de otorgar testamento ordinario, lo que hace que sean considerados *testamentos de excepción*, dentro de los cuales encontramos precisamente al testamento privado.

De esta guisa, las solemnidades orientadas a regular el testamento hecho en inminente peligro de muerte, estarán establecidas acorde a las circunstancias de estar en una situación de emergencia que justifique el no poder contar con la figura del notario público o en su caso de algún juez que actúe por receptoría.

3. Sus diferencias con otros testamentos

3.1 Con los testamentos ordinarios¹⁶

a) Con respecto a las circunstancias en las que se otorgan.

Se tiene que los testamentos ordinarios, son aquellos que se van a realizar en circunstancias normales, mientras que el testamento privado al ser un testamento especial significa que sólo podrá ser otorgado en circunstancias excepcionales o extraordinarias.

Es decir, se admite siempre que exista la imposibilidad de acudir a las formas ordinarias (público abierto, público cerrado y ológrafo) y por motivos de urgencia.

¹⁶ Rams Albesa, Joaquín. "Elementos de Derecho civil y sucesiones", 3ª Ed., Barcelona 1990. Vol. 1. p. 276

b) En cuanto a la redacción.

Dado que los testamentos ordinarios son aquellos que se redactan en circunstancias normales, el Código Civil exige, que su otorgamiento sea más riguroso en cuanto a los requisitos de forma exigidos en el otorgamiento de los testamentos especiales.

c) En relación a la vigencia

La vigencia en los testamentos ordinarios se caracteriza por ser indefinida, es decir; otorgado el testamento de conformidad con todas las formalidades establecidas por la ley para el caso concreto de que se trata, surte sus efectos a la muerte del testador sin importar el tiempo que transcurra entre la fecha en que se otorgue y la fecha en que fallezca el testador, a no ser que sea revocado por el testador. En el caso del testamento especial en este caso el privado, esta sujeto a caducidad, por lo que pierde su eficacia si el testador sobrevive a las circunstancias extraordinarias que dieron lugar al otorgamiento del acto. El testamento privado caduca transcurrido un mes después de que desaparece la emergencia que lo motivo. Teniendo en cuenta el concepto y la Naturaleza Jurídica del testamento privado, procederemos de manera sucinta a precisar los puntos en los cuales radican las diferencias con cada uno de los demás testamentos.¹⁷

3.1.1 Con el testamento público abierto

a) En cuanto a la naturaleza jurídica es de verse que para la validez del testamento privado es necesario acudir al juez civil a fin de que disponga declararlo formalmente válido, acto con el cual esta forma testamentaria adquiere validez, con el fin de dar autenticidad a las declaraciones de voluntad hechas sin

¹⁷ Idem

intervención del notario, empero es de verse que este acto no es requerido para el testamento otorgado por escritura pública, a razón a que esta forma testamentaria tiene desde su inicio la calidad de instrumento público¹⁸

b) Respecto a la redacción en el testamento privado se tiene que ésta será a cargo de los testigos que presencien el acto, ya que si lo hace el testador, estaríamos en presencia del testamento ológrafo, por lo que éstos lo podrán hacer de forma escrita. Sin embargo, esta redacción no será necesaria cuando ninguno de los testigos sepa escribir y en los casos de suma urgencia, permitiendo de esta manera la naturaleza oral del mismo. En cambio en el testamento público abierto, es el notario quien debe redactar en su registro de escrituras de públicas bajo sanción de nulidad.

c) La figura del testigo en el testamento público abierto actúan como solemnidad o "*forma de ser*" del acto certificando la entrega y existencia del mismo. En el testamento Privado, los testigos son "*una forma de Probar*", los cuales deberán demostrar la existencia del acto.

3.1.2 Con el testamento público cerrado

1) Respecto a la Confidencialidad del testamento, se tiene que en el testamento público cerrado a diferencia del testamento privado, el contenido del mismo sólo lo conoce el testador y por cuanto a la actuación de los testigos así como del notario versa sólo para certificar la entrega y existencia del sobre cerrado en el cual se consigna la última voluntad del causante.

En el testamento privado, no hay esta confidencialidad al considerarse abierto, en razón de que el contenido del testamento es del conocimiento de los testigos, y de las personas encargadas de autorizar el acto.

¹⁸ Ibidem p.278.

2) En cuanto a la redacción en el testamento público cerrado se tiene que éste puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, en cualquier caso en papel común, pudiendo ser a maquina o en forma manuscrita, extendida por el testador o por un tercero bajo dictado de aquel quien aprueba el texto bajo su firma, de tal manera sólo se acepta la forma escrita.

El testamento privado no puede por ninguna manera ser escrito por el propio testador por que sólo hay posibilidad de que sea escrito por otra persona a su ruego incluyendo la posibilidad de que sea solo oral.

3) En relación a la recepción del testamento observamos que en el testamento cerrado se hace de manera pública, es decir ante testigos y con la presencia del notario público, quien extenderá un acta que será inscrita en el registro correspondiente, situación que no sucede en el testamento privado, que precisamente se hace con este carácter por no contar con la presencia de notario público, y aunque en ambos se cuenta con la presencia de los testigos, en este caso al igual que en los demás testamentos públicos no son un requisito de solemnidad si no una forma de probar.

4) La vigencia en el testamento público cerrado, al ser ordinario es de forma indefinida mientras que en el testamento privado esta sujeto a caducidad.

3.1.3 Con el testamento ológrafo

1).- El testamento ológrafo legislado en los artículos 1348 a 1362 de Código Civil solo puede ser otorgado por personas mayores de edad (18 años cumplidos), mientras que el testamento privado sigue la regla general en materia de capacidad para testar, es decir, los 16 años cumplidos (artículo 1111 frac I)

2) El testamento ológrafo tiene la característica de ser cerrado, mientras que el testamento privado escrito por el propio testador, previsto por el artículo 1365 del Código Civil, es abierto en presencia de cinco testigos.¹⁹

3.2 Con los testamentos especiales.

3.2.1 Con el testamento militar

1).-El testamento militar en razón al lugar en el que se otorga, es en el riesgo y peligro de la campaña, en el testamento privado basta que esté en peligro de muerte por cualquier otra razón, como lo es por enfermedad grave o accidente.

2) En razón del tiempo, el testamento militar sólo se otorga en acción de guerra o estando herido en el campo de batalla.

3).- El testamento privado puede ser otorgado por cualquier persona capaz en cambio el testamento militar sólo puede ser otorgado por determinadas personas, que pueden ser las acuarteladas, que participan en una operación bélica, miembros de la fuerzas armadas, policía nacional, personas que sigan dichas fuerzas , los prisioneros de guerra.

4).- El testamento militar tiene una vigencia sólo de tres meses contados desde el cese del estado de excepción, en el caso del testamento privado la vigencia es de un mes.

5) El testamento militar es cerrado en cuanto a la forma escrita y el testamento privado, siempre es abierto.²⁰

¹⁹ La Cruz ,Berdejo, J.L " *Anotaciones al Derecho de sucesiones de Binder*", Barcelona, 1953 p. 45

²⁰ Idem

3.2.2 Con el testamento marítimo

1).- El testamento marítimo, es un testamento constituido exclusivamente para la persona que se encuentre en Alta mar, debiendo estar a bordo de navíos de la marina nacional. De tal manera que sólo adquiere validez si el testador fallece durante el viaje o dentro de los treinta días posteriores a su llegada. Por lo que en el testamento Privado puede ser cualquier lugar que justifique la ausencia del Notario.

2).- Cualquier persona capaz puede otorgar un testamento privado, en cambio el testamento marítimo sólo lo otorgan los navegantes de un buque durante su travesía acuática.

3).- El testamento marítimo sólo se admite en forma escrita, no estando permitida la forma oral como es el caso del testamento privado y militar. Observándose también que el número de testigos se reduce a dos en comparación con el testamento privado que sólo en casos muy urgentes se admiten tres.

4) En el testamento marítimo, se le otorgan facultades fedatarias al capitán o comandante de la nave, el testamento privado no se cuenta con persona que pueda suplir a un notario porque sólo se cuenta con la presencia de los testigos.

3.2.3 Testamento hecho en país extranjero

Aunque el testamento hecho en país extranjero este incluido entre los testamentos especiales, en realidad no lo es, por una doble razón, no se trata de un testamento otorgado en caso de urgencia (inminencia de muerte, catástrofe, peste) y no

queda sin efecto como los otros testamentos especiales, en un plazo corto que se cuenta a partir del momento en que ceso el estado especial que lo justificaba.²¹

En este tipo de testamento el testador puede concurrir al notario o ante cualquier funcionario que pueda validamente autorizar el acto jurídico o ante los secretarios de legación, cónsules o vicecónsules mexicanos, quienes autorizarán un testamento ordinario, ha elección del testador. Este precepto consagra el principio de la territorialidad en materia testamentaria (*locus regit actum*) ya que el acto será válido si se ajusta a las leyes del país en que se otorga.²²

4. Testamento Privado en la Legislación Mexicana

4.1 Antecedentes Legislativos

En nuestro país se ha legislado ampliamente sobre el testamento y Estados como Oaxaca y Veracruz ya fijaban antecedentes importantes antes que el Distrito Federal.

4.1.1 Código Civil de Oaxaca de 1827.

Este Código fue el primero elaborado en Iberoamérica y en él se definía al testamento como un acto por el cual el testador disponía, para el tiempo en que dejara de existir, de la totalidad o parte de sus bienes, y el cual podía revocarse. Incapacitaba para testar a aquellas personas que no estuvieran en su entero juicio y sana razón, así como a los menores de catorce años.

También eran incapacitados los hijos naturales y los médicos, cirujanos o boticarios que hubieran asistido a una persona en la enfermedad en la cual falleciera y hubiese hecho testamento a su favor en sus últimos momentos de

²¹ Ibidem p. 60

²² Uribe, Luis F. "Sucesiones en el derecho mexicano", México, Jus 1962, p. 189.

vida. El testamento es un acto personalísimo que no podía ser efectuado por otra persona distinta del autor.

En este Código de Oaxaca existieron sólo dos tipos de testamento:

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

Para el caso de que el testamento se hiciera fuera de la capital del Estado, bastaba la firma de dos testigos. También este ordenamiento estableció el caso de que en el lugar donde se quisiera hacer un testamento no hubiera escribano público, entonces el acto se podía llevar a cabo ante el Juez de primera instancia del lugar o ante el Alcalde Municipal de la localidad. En lo que respecta a los testigos, quedaba prohibido a los herederos, legatarios, parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto grado, a los escribanos o amanuenses de éstos, a los jueces o alcaldes, el testificar en este acto.

b) *Testamento cerrado*; Este se realizaba por escrito, ya fuera por el testador o por otra persona a quien él designara. Se presentaba al escribano el documento que contenía la disposición testamentaria, declarando en ese acto que el contenido era su testamento escrito y lo firmaba o ratificaba si estaba escrito por otra persona.

Este tipo de testamento quedaba vedado a todo aquel que no sabía leer. El Código de Oaxaca, en su artículo 833 disponía que *"... en caso de que el testador no pueda hablar, pero que pueda oír y escribir, podrá hacer testamento cerrado, con la obligación de que el testamento sea enteramente escrito, fechado y firmado de su mano, que lo presente al escribano y testigos y que en el acto del otorgamiento escriba en presencia de aquellos que el presente es su testamento,*

después de lo cual, el escribano extenderá el acta de otorgamiento". Este mismo procedimiento se aplicaba a los mudos, capaces de oír y escribir. A la mujer le quedaba estrictamente prohibido servir de testigo, sólo los hombres podían aceptar este cargo, siempre y cuando no fueren vagos y que no hubieren sido condenados a penas infamantes.

4.1.2 Código Civil de Veracruz de 1869.

A este ordenamiento se le conocía también con el nombre de Código Corona, en honor de su creador, el Lic. Don Fernando de Jesús Corona. Este Código entró en vigor en el año de 1869. Definía al testamento como un acto solemne por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte, en favor de una o más personas, debiendo éste ser un acto personal.

Dividía al testamento en:

- a) Común.
- b) Especial.

A su vez el común se dividía en:

- a) Ológrafo; sin ninguna complicación, sólo requería que el testador escribiera su testamento en su totalidad, señalando el lugar, año, mes y día en que era elaborado, y firmarlo.
- b) Abierto; se otorgaba ante un escribano público y tres testigos, mismos que deberían estar domiciliados en el lugar de vecindad del testador, no importaba que no supieran firmar, ya que sólo bastaba una firma. El testamento era dictado por el testador al escribano público ante la presencia de los testigos, a efecto de que no hubiese discordia entre el sentir del testador y lo escrito por el escribano.

Para el caso de que el testador no hablara el español, se requería la presencia de tres intérpretes, debiendo estos realizar la traducción del idioma de que se tratase al idioma español.

c) Cerrado; a efecto de que se llevara a cabo, requería observar las siguientes formalidades:

Que el testamento fuera firmado y escrito por el testador u otra persona y para el caso de que no supiera o pudiera firmar, debería ser asentado este hecho en el acto de la entrega y de ello daba fe el escribano.

El papel en que debería estar escrito, o el que le servía de cubierta tenía que estar cerrado y pegada la cerradura con goma, oblea, lacre u otra materia semejante, y lo entregaba al escribano ante la presencia de cinco testigos domiciliados en el lugar de otorgamiento y de los cuales tres por lo menos deberían firmar.

El testador hacía entrega del testamento, declarando ante testigos que el contenido de aquel papel era su testamento.

El escribano daba fe de la presentación y entrega con las formalidades debidas. Se estableció en este Código que los sordos, mudos y analfabetas podían otorgar testamento cerrado, siempre que lo autorizara el Juez de Primera Instancia de la localidad.

Los testamentos especiales a que se ha hecho alusión al principio de este inciso, eran otorgados siempre y cuando se dieran en determinado momento y a determinadas personas: Cuando se estaba ante un inminente peligro, accidente o ataques repentinos que pudieran poner en peligro la vida de la persona, en el caso de los militares y los que se encontraban en una población incomunicada.

Los testamentos especiales quedaban sin efecto alguno después de transcurridos tres meses de que el testador tuviera la oportunidad de otorgar testamento común.

4.1.3. Código Civil de 1870 del Distrito Federal.

El Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, fue promulgado el 13 de diciembre de 1870, siendo Presidente de la República el Lic. Benito Juárez García. Fue adoptado sin modificaciones por varios Estados de la República, entre ellos San Luis Potosí, el 11 de diciembre de 1871 y Querétaro, el 16 de septiembre de 1872. El Libro Cuarto de este Código, denominado "De las Sucesiones" y compuesto por los artículos del 3364 al 4126, prevé la sucesión testamentaria y la sucesión legítima, además de una serie de instituciones de Derecho sucesorio aplicables a ambas sucesiones. Destaca la inclusión de la institución denominada "*la legítima*", consistente en atribuir por ley a los ascendientes o descendientes de quien hubiere otorgado testamento, una porción del caudal hereditario, independientemente de que hubieren o no sido instituidos herederos por aquél; de esta manera, el testador sólo podía disponer de la porción restante de sus bienes.

Este Código definía al testamento como un acto por el cual una persona disponía, para después de su muerte, de todos sus bienes o parte de ellos, debiendo tal acto ser personalísimo. La ley reconocía capacidad para testar a todas aquellas personas que tuvieran conocimiento del acto a realizar y con entera libertad al ejecutarlo.

Consideraba incapaces para testar a los varones menores de catorce años y a las mujeres menores de doce, así como a los que habitual o accidentalmente se encontraban en estado de enajenación mental. Resultaba válido cuando era realizado por un enfermo mental, siempre y cuando se encontrara en un período de lucidez. En cuanto a los demás ordenamientos aplicables en esta materia, no rompe con las tradiciones jurídicas anteriores.

4.1.4 El Código Civil de 1884.

Pasados unos años a partir de la vigencia del Código Civil de 1870 se consideró procedente su revisión, publicándose el 31 de marzo de 1884 un nuevo Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, con vigencia a partir del uno de Junio siguiente. Lo componen 3823 artículos y los mismos Título Preliminar y cuatro libros que su antecesor. Substancialmente tiene igual contenido y la única diferencia es que abole la "*legítima*" del Código anterior y la cambia por una libre testamentificación. Así, mediante el otorgamiento de testamento podía disponerse de todos los bienes del testador que pasaban a los herederos por él instituidos. Las clases de testamento que señalaba este Código eran los mismos que reglamentaba el anterior y sólo fueron cambiados los numerales.²³

5. Testamento privado en el Código Civil para el Estado de Guerrero.

5.1 Regulación Sustantiva

5.1.1 Casos en que procede

Como nos hace notar el maestro Rafael de Pina, las circunstancias en que este testamento se encuentra autorizado manifiestan, todas ellas, el apremio de utilizarlo ante el riesgo de que de otra manera, la voluntad de testar del interesado quedase frustrada y en contra de sus deseos, la transmisión de su patrimonio quedase entregada a las reglas de la sucesión legítima y cualquier género de disposición no patrimonial que hubiese tenido el propósito de formular igualmente

²³ Julio Gaona Perez "Antecedentes legislativos del testamentos"
http://www.members.fortunecity.es/robertexto/archivo6/sucesion_anteced.htm

impedida.²⁴ Estas circunstancias las encontramos en el artículo 1363 del C.C.E.G las cuales se transcriben y comentan a continuación:

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

Al respecto el Lic. Antonio de Ibarrola²⁵ nos comenta que a menudo el enfermo es "aprensivo": puede creerse en peligro de muerte y luego resulta infundado el temor de gravedad: ello no obsta a la validez del testamento. Naturalmente, un testamento en esa forma no podrá ser otorgado mediante intérprete o traductor.

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

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

En relación a las dos fracciones anteriores, se tiene que la excepcionalidad de este testamento está directamente condicionada, no sólo a la inminencia de muerte, sino también a la imposibilidad, dada la gravedad del testador, de contar con el tiempo suficiente para que pueda acudir un notario. Por lo tanto, para defender la validez de esta forma de testar resulta obligada la justificación de que no se ha prescindido del notario hábil para actuar de una manera discrecional o voluntaria, sino en función de la premura del tiempo disponible, de las circunstancias de alejamiento, de la dificultad de las comunicaciones o de la no comunicación inmediata, es decir, es preciso justificar una conducta razonablemente explicativa, que será distinta en cada caso concreto. De tal manera, se sostiene que el testamento en peligro de muerte sirve de modo exclusivo para cuando haya riesgo de que fallezca o pierda sus facultades el testador, antes de que pueda acudir el notario. Por lo tanto, no basta que los testigos convengan en la existencia de la enfermedad que días después trajo consigo el deceso del otorgante, para declarar la legalidad del testamento privado,

²⁴ Pina, Rafael de, "Bienes y sucesiones" México, Porrúa, 1977, t. II P 346

²⁵ DE Ibarrola, Antonio De, Op cit nota 4, p.723.

si de sus propios atestos se advierte que en el lapso de tiempo que transcurrió entre su otorgamiento y la muerte del *de cujus*, pudo y tuvo tiempo suficiente para ocurrir ante la presencia de un notario público a celebrar testamento público abierto o que éste concurriera a su domicilio o lugar en que entonces se encontraba; amén de que tampoco será válido si se evidencia que estuvo en condiciones de escribirlo de puño y letra, como se requiere en el testamento ológrafo.

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

Luis Uribe²⁶, hace la observación de que la fracción IV de este precepto en realidad a su juicio es un error, en el sentido de que la ley dedica un capítulo especial al testamento militar el cual precisamente comprende la causa mencionada en la fracción citada.

Los requisitos que se exigen para testar, en esta clase de testamentos, están impuestos con el doble fin de garantizar su autenticidad y de facilitar su otorgamiento en una situación tan claramente excepcional como la que se indica. Sin embargo en opinión del maestro Rafael de Pina, considera que es evidente que las formalidades exigidas para el otorgamiento del testamento privado, no garantizan satisfactoriamente la regularidad del acto. En razón de que esta clase de testamento puede prestarse a fáciles manipulaciones, susceptibles de llegar al resultado de que la voluntad en el mismo, atribuida al testador no sea, en realidad, su verdadera voluntad.²⁷ La inminencia del riesgo de muerte ha de ser evidente; pero no se exige una certeza científicamente comprobada. Basta que el testador enfermo se encuentre en una situación de urgencia en la que no sería razonable esperar la llegada de un notario, por tanto ha de coincidir la gravedad de la enfermedad con la imposibilidad de asistencia del notario. La presencia de este es sustituida por cinco testigos idóneos y el testamento, siempre que sea

²⁶ Uribe, F Luis Op Cit nota 22 p. 185

²⁷ Pina, Rafael de, Op Cit nota 24, p.364

posible será otorgado por escrito. Se hace la observación entonces, que para que el testador pueda realizar esta clase de testamento, este no cuente con el tiempo suficiente para obtener la certeza y seguridad jurídica que ofrece un notario, pero que por el contrario si cuenta con el tiempo necesario para manifestar su voluntad, debido a que tiene vida y lucidez suficiente para hacerlo. En síntesis, esta forma de testar exige, en todo caso, como presupuestos: a) peligro real de la inminencia de muerte del testador; b) que esta situación extrema coincida con la imposibilidad de la asistencia de un notario; c) que se cumplan rigurosamente las formalidades y requisitos establecidos en la ley para este testamento y d) que, con las salvedades correspondientes y dada su naturaleza de testamento abierto, se cumplan en general todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario, es decir, capacidad del testador, ánimo de testar, presencia del testador y testigos en unidad de acto, entre otros.

5.1.2 El testamento privado como supletorio del testamento ológrafo.

Artículo 1364.- *“Para que en los casos enumerados en el artículo que precede pueda otorgarse testamento privado, será necesario que al testador no le sea posible hacer testamento ológrafo.”*

De conformidad con el artículo en mención, nos da a entender que en todos los casos mencionados en el artículo 1363 de nuestro Código Civil, podrá otorgarse testamento privado, pero además es necesario que al testador no le sea posible hacer testamento ológrafo. Por lo que el testamento privado intervendrá como supletorio, es decir en lugar del testamento ológrafo. Sobre el tema en cuestión, se tiene que algunos autores en su opinión, la expresión *“testamento ológrafo”*, esta tomada aquí en su sentido etimológico, es decir que se refiere la ley al testamento redactado de puño y letra del testador. No es necesario que sea depositado en el archivo general de notarias como exige el 1348 del C.C.E.G, ni que se redacte por duplicado y se imprima en cada ejemplar la huella digital: ya que sería un

contrasentido que en casos de suma urgencia se requiriesen formalidades que demandan tiempo y desplazamiento por parte del testador. Así lo comenta el Lic. Rojina Villegas²⁸ al decir: *"...Siempre hemos entendido este último párrafo como refiriéndose a un testamento de puño y letra del testador, simple y sencillamente, no al testamento ológrafo tal como lo reglamenta nuestro Código Civil."* Ya que tratándose de las circunstancias ante las cuales se debe otorgar el testamento privado, *"sería peregrino creer que la ley exija otorgamiento de un testamento ológrafo ante el registrador de la propiedad o ante el archivo de notarias"* Al respecto el maestro Asprón Pelayo,²⁹ no está de acuerdo con la anterior interpretación, al decir que en su opinión, el Artículo 1364 del C.C.E.G si se refiere al testamento ológrafo tal cual, argumentando que al ser el testamento privado, un testamento de excepción, su otorgamiento sólo se faculta cuando no sea posible el acceder a un testamento ordinario, de los cuales forma parte el testamento ológrafo tal como lo conocemos en nuestra legislación.

5.1.3 La redacción

El testamento privado puede ser otorgado ya sea de forma escrita o verbal, en ambos casos es válido, respetado sus respectivas normas. En cuanto a la forma escrita, de conformidad con el artículo 1365 del C.C.E.G, se tiene que la redacción del mismo estará a cargo de los testigos, solo en el caso de que el testador no pudiese escribir.

Artículo 1365.-*"El testador que se encuentre en el caso de hacer testamento privado, declarará en presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito, si el testador no pudiese escribir"*

²⁸ Rojina Villegas Rafael. *"Compendio de Derecho Civil, derechos Reales y Sucesiones"*. Porrúa, México, D. F. 1997 p. 378.

²⁹ Asprón Pelayo, Juan M. *"Sucesiones"* McGraw-Hill, México, 1968, p. 40

Con el análisis del artículo en cuestión, se obtiene entonces que el testamento privado sí puede ser redactado por el propio testador; sin que se le considere testamento ológrafo, por no contar con las formalidades de registro que exige la ley. En cuanto a la presencia de los cinco testigos idóneos señalados en el artículo 1365 del C.C.E.G ante los cuales debe otorgarse la última voluntad del testador, se hace la observación de esta *"debe hacerse en forma simultanea ante la totalidad de los testigos requeridos por la ley"*, así lo puntualiza el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, en amparo directo: *"de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1498 y 1500 del Código Civil del Estado de Jalisco,. El testador al estar ante el supuesto de inminente peligro y no darle tiempo de acudir a un notario, declarará en presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito si aquél no puede escribir."* Ahora bien, una interpretación armónica y racional de estos dispositivos, nos conduce a establecer, que la declaración de la última voluntad del testador debe hacerse en forma simultánea ante la totalidad de los testigos requeridos por la ley; es decir, cuando todos los testigos estén reunidos y no antes, ni en forma sucesiva compareciendo primero unos y después otros; pues la frase *"a presencia de cinco testigos"* no permite una interpretación diferente, habida cuenta que si no fuera así, tampoco existiría continuidad en el acto, concluyendo de esta manera que resulte ser un requisito *"sine qua non"* para que el testimonio sea válido.³⁰

5.1.4 Su forma oral.

Para admitir la manifestación verbal de la voluntad en el testamento privado, se requiere que haya una imposibilidad absoluta de que el testador y los testigos redacten por escrito las cláusulas del testamento. Hipótesis que se encuentra fundamentada en el artículo 1366 del C.C.E.G, el cual dice:

³⁰ Testamento Privado. Simultaneidad de los testigos ante quienes se otorga el.- Octava Época.- instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.- Fuente: Semanario Judicial de la federación.- Tomo: IX, Abril de 1992.- Tesis: III.- Pagina 663. Ponente: Carlos Arturo González Zárate.

Artículo 1366.- *“No será necesario redactar por escrito el testamento cuando ninguno de los testigos sepa escribir y en los casos de suma urgencia.*

Artículo 1367.- *“En los casos de suma urgencia bastarán tres testigos idóneos”.*

Como se podrá observar ante los casos de suma urgencia, el número de testigos de reducen a tres, facilitando de esta manera el otorgamiento del testamento privado. Ante esta situación, ya no impera la forma escrita.

Lo anterior, da entrada a la naturaleza oral que puede tomar este testamento, sin perder validez. Es a partir de aquí donde el testigo, captará con sus sentidos la última voluntad del testador, y se calificará su idoneidad para darle el valor correspondiente a su testimonio. El número de testigos en el testamento cambia, según sea del que se trate. De tal manera se tiene que en el público abierto se utilicen tres y por excepción dos, en el público cerrado por regla general tres y por excepción en el caso de los sordomudos cinco. En el testamento Ológrafo ninguno instrumental pero dos de identidad. En el militar y marítimo dos, pero en el caso del testamento privado, al no contar con la presencia de un notario, tenemos que por regla general son cinco y por excepción en casos sumamente urgentes solo tres. De tal manera se requiere la presencia de cinco testigos como regla general y por excepción en casos sumamente urgentes solo tres, al respecto, se aprovecha a hacer la observación de que el legislador en nuestra opinión comete un error al exigir primero como requisito para que sea válido el testamento, que la última voluntad del testador se declare ante cinco testigos, pero que en los casos de suma urgencia basten tres. En el caso del testamento privado al tratarse de un testamento de urgencia, a nuestro parecer, sería preferible haber limitado el numero definitivamente a tres y no dejar la posibilidad de que pueda atacarse de nulidad un testamento, porque es muy difícil juzgar si la urgencia era de tal carácter que pudiera dar a llamar a más testigos o no se podía realmente

conseguir a otras personas y en consecuencia, tenía que reducirse el número a tres.³¹

5.1.5 Su caducidad

Artículo 1369.- *“El testamento privado sólo surtirá efectos si el testador falleciere de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.”*

Una de las fundamentales diferencias entre los testamentos ordinarios y el testamento privado, consiste en que este último queda sin efecto al mes, contado a partir de que desaparezca la causa que lo motivo. *“La caducidad es una institución que consiste en la extinción de un derecho por el transcurso de un tiempo determinado, generalmente corto y que a diferencia de la prescripción negativa no se interrumpe ni se suspende.”* Pasado un mes, si el autor del testamento no muere, el testamento deja de surtir efectos; de persistir en su voluntad el testador deberá hacer un testamento ordinario o bien, si se encuentra en otra situación de las previstas en el artículo 1363 del C.C.E.G, podrá realizar nuevo testamento privado.

5.1.6 Requisito de ser declarado formal testamento.

El testamento privado requiere para ser declarado formal testamento, de conformidad con los artículos 1370 al 1376 del C.C.E.G.

Artículo 1370.- *“El testamento privado necesitará, además para su validez que se haga la declaración a que se refiere el artículo 1373 teniendo en cuenta las*

³¹ Uribe, Luis F, Op Cit nota 22, p. 185

declaraciones de los testigos que firmaron u oyeron, en su caso, la voluntad del testador”.

Ver comentario al Art. 1373.

Artículo 1371.- “La declaración a que se refiere el artículo anterior será pedida por los interesados, inmediatamente después que supieren la muerte del testador y a firma de su disposición”.

En este artículo se resalta que el ser declarado formal testamento debe ser a solicitud de parte interesada, no pudiendo hacerlo el juez de oficio.³² Por otra parte este precepto no establece un plazo fijo para proceder a la solicitud de la declaración judicial a que se refiere el artículo 1373. La inmediatez exigida por la ley obedece a que, en casos de testamento privado otorgado en forma oral, la fragilidad de la norma podría provocar divergencias en las declaraciones de los testigos, que impidiesen llegar a conocer la verdadera voluntad del testador.

Artículo 1372.- “Los testigos que concurren a un testamento privado deberán declarar”:

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

³² *Ibidem* p 48

Como se habrá observado, las circunstancias arriba mencionadas, le dan a saber al juez además del tenor de la disposición, si ésta se otorgó rodeada de los requisitos que el testador debió cumplir para poder otorgar el testamento privado. Como son que la necesaria identificación plena del testador por parte de los testigos, si estaba en su cabal juicio para poder otorgarlo y los motivos para acudir a esta clase de testamento, todos ellos ya comentados.

Por lo que de acuerdo al 1373 del propio ordenamiento Civil, los dichos de los testigos constituyen el formal testamento de la persona de que se trate.

Artículo 1373-. "Si los testigos fueron idóneos y estuvieron conformes en todas y a cada una de las circunstancias enumeradas en el artículo que precede, el juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien se trate".

Testigos idóneos son todos aquellos que no presentan una tacha que los inhabilite para atestiguar en una disposición testamentaria; es decir, todas aquellas personas que no estén incluidas en la enumeración del Artículo 1300 del Código Civil.

Artículo 1374-. "Si después de la muerte del testador muriese alguno de los testigos, se hará la declaración con los restantes, con tal de que no sean menos de tres, manifiestamente contestes y libres de toda excepción".

Este artículo se armoniza con el 1367, según el cual, en casos de suma urgencia, bastarán tres testigos idóneos, la muerte de uno de los testigos, después de la del testador, se asimila a aquella situación; pero este precepto es más riguroso que el artículo 1367, porque exige que en todo caso los testigos sean mayores de edad mientras que en el supuesto del artículo 1367 del C.C.E.G, basta con que sean idóneos, esto es, tienen que ser sólo mayores de 16 años.

Artículo 1375-. *“Lo dispuesto en el artículo anterior se observará también en el caso de ausencia de alguno o algunos de los testigos, siempre que en la falta de comparecencia del testigo no hubiere dolo”.*

El dolo a que se refiere esta disposición es el proveniente de terceros, que hubiesen impedido maliciosamente la concurrencia del testigo a declarar. La actitud reticente del testigo que se negare a comparecer por su exclusiva voluntad, sería difícilmente atacable de dolo, asimismo carecería de validez una declaración extraída mediante coacción de cualquier especie.

Artículo 1376-. *“Sabiéndose el lugar donde se hallan los testigos, serán examinados por exhorto”.*

Esta norma de naturaleza procesal, tiende a facilitar la declaración de los testigos para favorecer la existencia del testamento. Debe entenderse con carácter supletorio, ya que si los testigos viven en el lugar de radicación del juicio y pueden concurrir a declarar al juzgado competente, lo normal es que así lo hagan, si su domicilio se encuentra fuera de la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional, podrán ser examinados por exhorto.

5.2 Regulación adjetiva

5.2.1 Legitimación Procesal para denunciar el Juicio

Los juicios sucesorios podrán ser:

- I. Testamentarios, cuando la herencia se difiere por testamento.
- II. Intestado o de sucesión legítima, cuando la herencia se difiere por disposición de la ley.

Cuando el testador disponga sólo de una parte de sus bienes, el resto de ellos forma la sucesión legítima.³³ La validez de los testamentos especiales será declarada por el juzgador conforme a las disposiciones del Código Civil.³⁴ Lo que indica que *"la declaración de estar arreglado conforme a derecho"* en esta clase de testamento, es de carácter previa a la iniciación del juicio, ya sea testamentario o intestado.

Pueden denunciar un Juicio sucesorio:³⁵

- I. Los herederos del autor de la sucesión, ya sean testamentarios o legítimos, aunque solo tengan este carácter como presuntos;
- II. Los concubinos;
- III. Los representantes del autor de la sucesión;
- IV. Los acreedores del autor de la sucesión
- V. El Ministerio Público
- VI. La beneficencia pública.
- VII. El denunciante, excepto en los casos de las fracciones V y VI, deberán justificar encontrarse en alguno de los casos previstos en este artículo.

5.2.2 Requisitos de la denuncia.³⁶

La denuncia para la apertura y radicación de un juicio sucesorio deberá contener la expresión de los siguientes datos:

- I. El nombre, fecha, lugar de la muerte y el último domicilio del autor de la sucesión;
- II. Si hay o no testamento;

³³ Artículo 649 del C. P. C. Gro.

³⁴ Artículo 666 del C. P. C. Gro

³⁵ Artículo 652 del C. P. C. Gro

³⁶ Artículo 650. del C. P. C. Gro

- III. Nombres y domicilios de los herederos legítimos de que tengan conocimiento el denunciante, haya o no testamento, con expresión del grado de parentesco o lazo con el autor de la sucesión; indicando si hay menores;
- IV. Nombre y domicilio del albacea testamentario, si se conoce; y
- V. Una lista provisional de los bienes que haya dejado a su muerte el autor de la sucesión y que sean conocidos por el denunciante, con expresión de la ubicación de los bienes o del lugar en que estos se encuentren.

Todo esto independiente de los documentos que deben acompañar la denuncia.

5.2.3 Trámite.

En cuanto al procedimiento, se tiene que éste iniciará a solicitud de legítimo interesado, quien ofrecerá la declaración de los testigos que hayan concurrido al otorgamiento. El Juez, citará al Ministerio Público³⁷, señalará día y hora para una audiencia en la que se recibirá la información testimonial, la que deberá rendirse en los términos que para estos casos prevé el Código Civil para el Estado de Guerrero. Recibida la información, el Juez en la misma audiencia, de estimar probados los requisitos previstos por el Código Civil, declarará la existencia formal del testamento, mandándolo protocolizar y dispondrá que se extiendan los testimonios respectivos a las personas que con derecho lo soliciten. Por lo tanto, el reconocimiento de los derechos de los herederos designados por la voluntad del testador, requiere la verificación previa de la existencia de un testamento válido. Contra la declaración de no estar ajustado a derecho el testamento, procede apelación en ambos efectos; si se declara lo contrario, podrá impugnarse la validez en el juicio hereditario que con él se inicie. La validez del testamento

³⁷ Cuyo representante tendrá la obligación de asistir a las declaraciones de los testigos y repreguntarlos para asegurarse de su veracidad.

puede surgir "ex se" del documento mismo o después de haberse satisfecho los requisitos que legalmente se exigen a las puertas del proceso.

5.2.4 Resolución Final

Si se han cumplido las formalidades del testamento privado, la solicitud será amparada, el testamento será considerado como auténtico y el juez declarará que el testamento contiene la última voluntad del causante y dispondrá de su protocolización. Declarada la validez del testamento privado, de conformidad con las disposiciones del Código Civil, se dictará el "*auto de radicación*". En el cual se convocará a los interesados y al Ministerio Público a una junta³⁸ que se verificará dentro de los ocho días siguientes a la citación, si la mayoría de los herederos reside en el lugar del juicio. Si la mayoría reside fuera del lugar del juicio, el juzgador señalará el plazo que crea prudente, atendidas las distancias.

5.2.5 Impugnación del Testamento Privado

Esta resolución final, por emanar de un proceso no contencioso, no tiene la calidad de cosa juzgada, por lo que puede impugnarse en la vía de proceso de conocimiento, alegando la falta de requisitos de validez del testamento (nulidad de acto jurídico) o la nulidad del contenido de las disposiciones testamentarias. Lo mismo sucede si la solicitud es rechazada definitivamente.

Respecto a la falta de formalidades, la jurisprudencia emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta el III, Enero de 1996 en la tesis VI.3o.19 C, página: 361 refiriéndose a LA RESOLUCION QUE DECLARA QUE el TESTAMENTO PRIVADO que NO SE OTORGO CONFORME A LA LEY NO ES IMPUGNABLE EN AMPARO DIRECTO

³⁸ Artículo 667 del C.P.C.Gro

El artículo 158 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, establece que el juicio de amparo directo procede contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo. A su vez, el artículo 46 del mismo ordenamiento legal, dispone que por sentencias definitivas se entenderá las que decidan el juicio en lo principal, respecto de las cuales las leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas. Escriche define al juicio como: "*La controversia y decisión legítima de una causa ante y por el juez competente; o sea, la legítima discusión de un negocio entre el actor y reo ante juez competente que la dirige y la termina con su decisión.*" De la definición antes transcrita, se desprende que para que exista un juicio es requisito *sine qua non* la existencia de dos personas (actor y demandado), con intereses opuestos sobre sus respectivos derechos u obligaciones. Por tanto, resulta claro que el procedimiento llevado a cabo para la declaración de estar arreglado a derecho un testamento privado, no tiene el carácter de juicio, puesto que en el mismo no se ventila una controversia entre dos personas, sino solamente se dilucida si el testamento privado que presenta el interesado se encuentra o no arreglado a derecho. Lo anterior se corrobora con lo dispuesto en el artículo 1329 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla, que estatuye: "*Contra la declaración de no ser legal el testamento procede queja; si se declara válido, podrá impugnarse en el juicio sucesorio que con él se inicia.*" De la anterior disposición, se desprende que para iniciar un juicio sucesorio testamentario fundado en un testamento privado, es indispensable que éste previamente haya sido declarado válido por la autoridad jurisdiccional. Esto significa que el procedimiento previsto por los artículos 1324 a 1329 de la ley adjetiva civil para el Estado de Puebla, relativo a la declaración de estar arreglado a derecho un testamento privado, es de carácter previo a la iniciación del juicio.

Si el testamento no es impugnado ni se objeta la capacidad de los designados, el juzgador reconocerá como herederos los que estén nombrados en las porciones que les correspondan.

Si el testamento fuere impugnado en la junta por alguno de los herederos nombrados o por algún heredero con derecho a la sucesión legítima en cuanto a su validez, o si se impugnare la capacidad para heredar de algunos de los nombrados, el juzgador dictará resolución que tendrá el carácter de provisional mientras se substancia por separado el juicio ordinario correspondiente con el albacea o herederos afectados. La impugnación no suspenderá los trámites del juicio sucesorio, sino hasta la adjudicación de los bienes en la partición.

Las cuestiones que no afecten la validez del testamento, o la capacidad para heredar sino solo una inoficiosidad, se decidirán en la audiencia y serán apelables las resoluciones respectivas sólo en efecto devolutivo.³⁹

5.2.6 Trámites posteriores al Juicio.

Una vez celebrada la audiencia a que se refiere el artículo anterior y dictado las resoluciones que correspondan, los trámites del juicio testamentario serán los mismos que los establecidos por los artículos siguientes, respecto a las secciones de inventarios, administración y partición.⁴⁰

³⁹ Artículo 669 del C.P.C.Gro

⁴⁰ Artículo 670 del C.P.C.Gro

6. El testigo como formalidad fundamental del testamento privado.

6.1 Antecedentes de los testigos en los testamentos.

Sobre los antecedentes de esta figura en los testamentos, se puede describir su presencia en diferentes épocas, en *La antigüedad* la intervención de los testigos en actos de última voluntad inició con el testamento nuncupativo mediante el cual un ciudadano podía testar oralmente, declarando en voz alta el nombre del heredero y sus últimas voluntades delante de siete testigos. Después el testamento pretoriano se otorgaba por escrito ante siete testigos signando el documento con sus respectivos sellos.

En la Edad Media el testamento en las Leyes de las Siete Partidas (1252) reproduce esta modalidad, exigiendo la presencia simultánea y en un solo acto de siete testigos rogados y convocados al efecto, ante quienes el testador había de manifestar su última voluntad.

En el Fuero Real aparece junto al testamento ante testigos, el *"escriptio de mano de los escribanos...en que pongan su sello conocido que sea de creer"*.

El Ordenamiento de Alcalá (1348) simplifica las solemnidades del testamento que se otorga ante notario y tres testigos vecinos del lugar o ante cinco testigos vecinos del lugar sin notario, por lo que se reduce el número de testigos.

En la Edad Moderna, el requisito que se destaca en el otorgamiento del testamento es la intervención notarial. El notario hace la redacción íntegra del

testamento en el protocolo, da lectura al instrumento, recoge las firmas y hace la custodia de éste.⁴¹

En el Código de Napoleón (1803) el testamento público abierto se otorgaba ante dos notarios y dos testigos. En el Código Civil Español (1889) se otorgaba ante notario y tres testigos y en los Códigos Civiles Mexicanos desde 1884 el testamento público abierto es el que se otorga ante notario y tres testigos.

6.2 Concepto de testigo.

Etimológicamente el término testigo proviene de *testibus*, que significa testificar la verdad de un hecho⁴². Por otra parte Alsina⁴³ manifiesta que dicho término deriva de testando, que significa referir, narrar. El testigo puede ser definido como *"la persona física y hábil, distinta de los sujetos procesales, a quien la ley llama a deponer con relación a hechos pasados que han caído bajo el dominio de sus sentidos"*.⁴⁴

6.3 El testigo testamentario

Como se podrá observar, el concepto de testigo genéricamente hace referencia a toda persona que testifica, porque tiene conocimiento directo y supuestamente verdadero sobre algo. Desde el punto de vista jurídico; es decir, en el mundo del Derecho, el término tiene una doble utilización y significado, por una parte, por testigos se entiende a todas aquellas personas que testifican sobre hechos objeto de litigiosidad de los que conocen por diferentes razones y que pueden servir de prueba en la resolución judicial de los mismos. La segunda acepción de los testigos en el campo del derecho es la que se refiere a todas aquellas personas

⁴¹ Contreras, Rodríguez Rafael, " *El testamento*" México, 5ta edición, Porrúa, 1987 p 325,

⁴² Castro, Máximo, "*Curso de Procedimientos civiles*" Buenos Aires, 1931, Ariel, t. I, p. 334

⁴³ Alsina, Hugo, "*Tratado teórico practico de derecho procesal civil y comercial*" 29 ed., Buenos Aires, Ediar, 1958, t. III., p. 536

⁴⁴ De Pina, Rafael de, "*Diccionario de derecho*" México, Porrúa, 1991, p. 461.

que la ley determina como necesarias de cara a poder testificar de la celebración y validez de determinados actos jurídicos, dentro de los cuales se puede mencionar al matrimonio o al otorgamiento de algunos testamentos. De ahí el concepto sencillo y claro del maestro Espín Canovas⁴⁵ al decir que son testigos testamentarios *"las personas que asisten al otorgamiento o a la revocación de un testamento que requiere solemnidad de última voluntad"*.

En el primer caso, el testigo es considerado un medio de prueba antiquísimo y generalizado en el ejercicio de la resolución de conflictos por la vía contencioso-judicial. Lo anterior lo reafirma el maestro Martínez Garnelo⁴⁶ al decir que *"lo cierto es que la prueba de testigo puede resultar tan peligrosa como necesaria, e incluso es una de las pruebas más antiguas desde el sistema acusatorio e inquisitivo para establecer la culpabilidad o inocencia a un sujeto."* Es, sin embargo, la segunda de esas acepciones sobre las que se disertará la presente investigación, según la cual los testigos vienen a ser una especie de solemnidad que la ley otorga al acto para los que se exigen, queriendo significar con ello la aprobación por presencia de algunos representantes de la comunidad en la que se integra el acto social al que se concurre o sobre la que dejan constancia testimonial.

En este sentido cabe citar lo expuesto por Maria Angustias Martus Calabrus⁴⁷ que, refiriéndose a la importancia de los testigos Instrumentales que participan en la autorización del Testamento, señaló:

"Con todo, las causas de inhabilidad de los testigos testamentarios son más rígidas que las de los testigos de la prueba ante los tribunales. La razón no es otra que la diversidad de funciones atribuidas a unos y otros testigos. Estos- los que sirven de medio de prueba- afirman lo que conocen por haberlo presenciado o por

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Martínez Garnelo, Jesús, *"La investigación Ministerial Previa"* México, Porrúa, 2000, p.210

⁴⁷ Martus, Calabrus, Maria Angustias, *"Las solemnidades del testamento Abierto Notarial,"* Ed. Comares, Granada-España, edición 2000, p.p.99 y 100.

las noticias de terceras personas, debiendo ser, su afirmación valorada por el juez, en virtud de las reglas de la Sana Crítica. Pero aquellos no solo son, o pueden ser, medio de prueba de lo acaecido en el otorgamiento sino que sobre todo, son requisitos esenciales para la validez y eficacia del testamento: son una solemnidad."

Es así como se logra diferenciar a los testigos como medio de prueba en un proceso contencioso judicial señalados por el maestro Martínez Garnelo, con los que sirven de medio de prueba para testificar la validez y existencia en los testamentos, siendo estos últimos los que nos interesan para el desarrollo del presente trabajo.

6.3.1 Naturaleza jurídica del testigo testamentario

La presencia de la figura del testigo en materia testamentaria representa, de conformidad con lo expuesto por la jurista María Angustias, no sólo ser un medio de prueba si no también una solemnidad. Naturaleza que no se discute en el caso del testamento privado, tomando en cuenta que la presencia de los testigos en esta clase de testamento, además de ser un medio de prueba, *constituye la formalidad fundamental que éste requiere para su existencia.*

Robustece lo anterior Núñez Lagos⁴⁸, al decir:

"La presencia de los testigos en algunos testamentos tiene como finalidad el ser un medio de prueba, no dejando de ser por ello como ya lo habíamos dicho una solemnidad, de modo que cuando el acto debe presentarse para su declaración formal, o demostrar su existencia ante el juez, éste debe de llamar a los testigos."

⁴⁸ Núñez Lagos, Rafael, "El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código Civil" Ed. Instituto Reus, Madrid, 1951 p. 310

Agregando que logra señalar como ejemplos específicos los casos de apertura de un testamento público cerrado y la declaración judicial de la validez de un testamento.

Lo expuesto en razón de que la manifestación de la voluntad, en el caso del testamento público cerrado, al ser sólo del concurriendo del testador, hace que la actuación de los testigos así como del notario, verse sólo para certificar la entrega y existencia del sobre cerrado en el cual se consigna la última voluntad del causante

Sin embargo, tratándose del testamento público abierto, se tiene que en opinión de Valadez López, la intervención de los testigos no son "*formas de probar*" sino "*formas de ser*", al decir que "*en efecto la intervención de los testigos en el testamento público abierto no es para probar el acto, sino para cumplir una formalidad*"⁴⁹ puesto que la presencia del Notario público a su consideración es más que suficiente para darle al instrumento valor probatorio pleno, al hacer plena fe del hecho de haber sido realmente otorgado por las personas y en la forma que en el instrumento se expresa.

Por lo que la intervención de los testigos en esta clase de testamento, fomenta opiniones divididas, unas a favor considerando que su presencia representa una garantía para el notario y aún para el mismo testador y otras en contra como la del maestro Altamirano Quintero⁵⁰, el cual estima que los testigos, en el caso del testamento público, son una simple reminiscencia histórica que las legislaciones más modernas han abolido y propone que se reforme la ley y suprima ese requisito de la presencia de testigos porque "*es señal de desconfianza por parte del Estado hacia el notario, por que los testigos que no tienen la obligación de*

⁴⁹ Valadez López Herón, "*La figura de los testigos en el testamento público abierto*", <http://www.notariapublica.com.mx> .l.htm

⁵⁰ Altamirano Quintero, José Luis, "*Los testigos en el testamento*", tesis de la Escuela Libre de Derecho, México, 1981. cito Arce y Cervantes p. 120

guardar el secreto profesional, constituyen un obstáculo para que los testadores tengan la seguridad del secreto de sus disposiciones testamentarias.”

Por su parte el maestro Arce y Cervantes⁵¹ considera que sí es conveniente la presencia de testigos (a quien también obliga el secreto) para dar fuerza, firmeza y certeza, ya que la supresión total de testigos, tendría el peligro de falta de atención tanto del notario *autorizante* como de las personas que ayudan en su trabajo, porque (somos humanos), lo testamentos sin testigos, serán un asunto más quizá dejado en segundas manos, Por lo que cree que los testigos siguen siendo garantía para el Notario y aún para el mismo testador.

De esta forma se tiene que la gran mayoría de los Estados de la República continúa exigiendo la formalidad de los tres testigos instrumentales en el testamento público abierto. Por excepción, los Códigos Civiles de Nayarit, Distrito Federal, Jalisco, Baja California Sur, Veracruz, Estado de México, Querétaro y Sonora, determinan que sólo a petición del testador o del notario podrán concurrir dos testigos, tal requisito es meramente opcional.

6.4 Clasificación de los testigos testamentarios.

Diversas son las condiciones y requisitos exigibles a los testigos, según el tipo de testamento e igualmente varían en cantidad. Es así que, haciendo referencia específica a la insoslayable participación de los testigos en dichos actos, se tiene que de acuerdo a las funciones que desempeñan en materia testamentaria, éstos pueden ser instrumentales o de conocimiento. Los primeros son aquellos cuya presencia es exigida para la validez de un determinado acto jurídico, los cuales intervendrán cuando el otorgante no sepa o pueda firmar el testamento, o cuando el causante sea ciego o declare no saber o no poder leer el testamento por si mismo o simplemente cuando el testador o el notario lo solicite. Añadiendo la

⁵¹ Arce y Cervantes, José, “*De las Sucesiones*” 7ª ed, México. Porrúa, 2003, p. 287

observación de que los testigos instrumentales, podrán intervenir como testigos de conocimiento; En este sentido, distinguiendo a ambos, el tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito⁵², nos dice que los primeros “*son los que presencian el acto solemne del testamento*” y los de conocimiento “*se limitan a manifestar al notario que conocen al testador y que es la persona cuyo nombre le ha proporcionado, sin notar en él signos patentes de incapacidad natural e ignorar que este sujeto a incapacidad civil.*”

6.5 El testigo idóneo.

Establecida la ineludible participación de los testigos en los testamentos, es preciso que quienes intervengan en estos actos con tal carácter sean idóneos para ello, pues de no ser así, deviene en ineficaz la última disposición del testador, cuya validez depende de que en su otorgamiento se hayan observado las formalidades que la ley establece. Entendiéndose por *idóneo* aquel que posee los conocimientos necesarios para el buen desempeño del mismo. Apto, capaz, competente, dispuesto, suficiente con capacidad legal para ciertos actos y encargos; como servir de testigo, por no estar incurso en ninguna de las incapacidades previstas en la ley.

Con apoyo en lo anterior y de acuerdo a la materia, se puede decir que el testigo idóneo será *aquel testigo que cumple con las condiciones previstas en la ley para atestiguar en el testamento*⁵³. Cuando se comprueba que el testigo es idóneo, es cuando se habla de la *idoneidad* del testigo que no es otra cosa que el *resultado del examen de su persona, objetividad e imparcialidad*,⁵⁴ la idoneidad implica un

⁵² Testamentos. Testigos instrumentales, diferencias (Legislación del Estado de México) Octava Época.- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.-Fuente: Semanario Judicial de la Federación.- Tomo XII, Junio de 1994.- Pagina: 683. Ponente: Darío Carlos Contreras Reyes.

⁵³ Pérez, Solórzano José Luis, Derecho Ecuador.com "I"., Revista Judicial, Diseñado por Diario la Hora Quito Ecuador. [http:// www.dlh.lahora.com](http://www.dlh.lahora.com) .Diccionario.l.htm

⁵⁴ idem

complejo de circunstancias, que van desde la comprobación de condiciones físicas y en cumplimiento de requisitos reglamentarios a la demostración de dotes para el cargo o el encargo.

Al respecto, se procede a bien mencionar el comentario hecho por el jurista José María Manresa y Navarro, que textualmente dice:

*"En el sistema seguido por casi todas las legislaciones respecto a las formas para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias, una de las solemnidades generalmente exigidas consiste en la presencia de cierto número de testigos idóneos que, en unión del Notario o sin él, den autenticidad al acto; y por lo tanto, al establecer las reglas comunes a todas las formas de testamentos, precisaba determinar quienes pueden ser testigos en los mismos, ya que su intervención es un requisito esencial en todos ellos"*⁵⁵

De lo anterior se deduce entonces, que el legislador ha tenido a bien exigir ciertas condiciones para poder ser testigo en cualquiera de los testamentos señalados en el código, en el caso del testamento privado, la idoneidad exigida en los testigos representa o concede a juicio del legislador los "candados" o seguridad jurídica suficiente para considerar que esa fue la voluntad del testador para suceder sus bienes. Por lo tanto se puede decir que independientemente del carácter con el que se presenta el testigo (instrumental, de conocimiento, de vista, etc.), para intervenir en el testamento, éste siempre deberá ser idóneo.

Sobre quienes pueden ser testigos idóneos en el testamento privado, el Primer Tribunal Colegiado en materia civil del Tercer Circuito⁵⁶, en amparo directo, resolvió:

⁵⁵ Manresa y Navarro, José María, "Comentarios Al Código Civil Español", Tomo V, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid 1951, p. 464

⁵⁶ Testamento Privado, testimonio idóneo en el (Legislación el Estado de Jalisco).- Octava Época.- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.- Fuente: Semanario Judicial del Federación.- Tomo IX, Abril de 1992.- Pagina 663, Ponente: Carlos Arturo González Zarate.

“La Ley establece como exigencia para que el juzgador esté en aptitud de hacer la declaración de formal testamento, la idoneidad de los testigos, prevista por el artículo 1508 del C.C. del Estado de Jalisco, en la que se deben considerar como tales a todos aquellos que no presentan una tacha que los inhabilite para atestiguar en una disposición testamentaria, es decir, a todas aquellas personas que no estén incluidas en la numeración que realiza el artículo 1436 del propio, código, a saber: los menores de 16 años, los que no estén en su sano juicio, los ciegos, sordos, mudos, los que no entienden el idioma que habla el testador, los herederos, legatarios, los descendientes, ascendientes, los cónyuges o hermanos y los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.”

6.5.1 Los testigos prohibidos.

El Código Civil del Estado, no dice quiénes pueden ser testigos en los testamentos, pero dice quiénes no pueden serlo, así pues, sigue un procedimiento negativo. Por lo tanto, se entenderá que son capaces todos los que no estén excluidos en el artículo 1300 de nuestro Código Civil. Por lo que se considerarán como causas que afectan la idoneidad o capacidad para ser testigos en materia sucesoria las siguientes:

- I.- Los amanuenses del notario que lo autorice;
- II.- Los menores de edad
- III.- Los que no estén en su sano juicio
- IV.- Los ciegos, sordos o mudos;
- V.- Los que no entienden el idioma del testador;
- VI.- Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos. El concurso como testigo de una de las personas a que se refiere esta

fracción solo producirá como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes.

VII.- Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

De tal manera que, la comparecencia como testigos de una o varias de las personas que tienen prohibición de serlo, haría nulo el testamento, (salvo en el caso de la fracción VI) por que sería un testamento cuya forma contraviene la señalada por la ley. Robustece lo anterior el Primer Tribunal Colegiado⁵⁷ en materia civil del Tercer Circuito, en amparo directo, al sostener que procede la nulidad por intervención de testigos no idóneos cuando dice que:

"Al tenor de lo prevenido por el artículo 1425 del Código Civil para el Estado de Jalisco, es nulo el testamento celebrado ante personas que, de acuerdo con el numeral 1436 del propio ordenamiento, no pueden ser testigos de un acto jurídico de esa naturaleza, aunque no se haya alterado la voluntad del testador, porque esta circunstancia de ninguna manera los hace idóneos."

6.6 Las cualidades de los testigos.

De esta forma, el legislador ha considerado que los sujetos antes mencionados, carecen de las cualidades que todo testigo debe tener para ser considerado idóneo, independientemente que el testamento sea ordinario o especial.

Cualidades que han sido señaladas de manera concreta por Manresa Y Navarro⁵⁸, al decir que *"Por razón de las funciones que han de desempeñar, tres son las condiciones o cualidades de que deben estar adornados los testigos que*

⁵⁷ Testamento, nulidad del, por celebrarse ante testigos no idóneos (Legislación del Estado de Jalisco).-Octava Época.-Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.-Fuente: Semanario Judicial de la Federación.- Tomo: V, Segunda parte-1, Enero a Junio de 1990.- Pagina: 501 Ponente: Francisco José Domínguez Ramírez.

⁵⁸ Manresa y Navarro, José María, Op Cit nota 55, p 346

intervienen en el otorgamiento de los instrumentos públicos y privados a saber: 1º Capacidad intelectual; 2º Probidad y 3º imparcialidad.

El maestro Martínez Garnelo⁵⁹ hace mención del testigo de cargo utilizado en materia penal, cuya declaración tiene el fin de establecer la culpabilidad o inocencia a un sujeto, sin embargo dentro de su explicación toma aspectos generales que cualquier testigo debe tener al mencionar que *"para ser testigo se necesita edad en algunas legislaciones, conocimiento, probidad e imparcialidad y por consecuencia neutralidad."* Por lo tanto, se puede decir que las cualidades que el testigo debe cumplir son; la probidad, la imparcialidad, la objetividad, la edad, la capacidad intelectual, la honradez y la confianza.

Mismas que se señalan a continuación:

6.6.1 *Probidad*: En cuanto que es sinónimo de honradez, rectitud, integridad en el obrar. De tal manera que la confianza que se le otorgue al testigo dependerá del estado anímico en que se encuentre éste, sobre su propia veracidad, dejando de lado aspectos adversos, malévolos, falaces, en que puede caer el testigo y que le reste credibilidad a su dicho. Se ha sostenido que la propia ley establece parámetros relacionados con lo que la ley exige para dicho testigo, e incluso la protesta de ley debe ser elemental. A los testigos no debe de calificárseles como frívolos, absurdos o subjetivos; ellos tienen que sujetarse a los motivos especiales para dar testimonio siempre y cuando les conste aquello. Sin duda la confianza que a ley le da a estos testigos tiene relevante trascendencia, tomando en cuenta la vida, la honorabilidad, el prestigio y la inocencia de lo ciudadanos.; nuestro ordenamiento legal establece excepciones, para que no se caiga en aspectos falaces o mentiroso y que por consecuencia la propia ley castigue a estos por su falsedad y su inidoneidad en lo que están narrando.⁶⁰

⁵⁹ Martínez Garnelo, Jesús, Op Cit nota 46, p.215.

⁶⁰ Ibidem p. 217

6.6.2 *Imparcialidad*: Consistente en la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud. De tal manera la imparcialidad en el testigo se contrae a sus relaciones con el otorgante, debiendo ser excluidos los que por consecuencia de dichas relaciones no tengan la debida imparcialidad o se encuentren en condiciones por las que pueda dudarse de ella, como sucede con los parientes, criados y dependientes de los interesados o del notario y con los mismos favorecidos por el instrumento en que intervienen.⁶¹

6.6.3 *Edad*: Al respecto se tiene que todas las legislaciones determinan una edad para que las personas puedan adquirir la plenitud de la capacidad. En la nuestra, la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, como lo señalan los artículos 38 y 39 del Código Civil. Sin embargo, existen actos jurídicos que pueden ser realizados por el menor con plena validez; tal es el caso como la capacidad de hacer testamento a los mayores de 16 años, (artículo 1111 del Código Civil), quienes también pueden nombrar su propio tutor, así como celebrar contrato de trabajo. (Artículo 19 de la Ley Federal de Trabajo).⁶² Por lo tanto, tomando el criterio de que si a esa edad se le permite al menor hacer testamento, también tendrá capacidad para poder ser testigo. Por su parte, se tiene el comentario del maestro Asprón Pelayo⁶³, quien al respecto dice que *"de modo inexplicable, el legislador autorizó que menores de edad sean testigos de un testamento; si bien es cierto que el testador puede tener dicha edad, también es cierto que los efectos se darán para después de su muerte, imagínense un testamento privado, urgente, otorgado por un adolescente ante adolescentes de testigos, ¿habrá conciencia en el acto?"*

⁶¹ Fernández Casado, Miguel. "Tratado de Notaria", p. 491, citado por MANRESA Y NAVARRO, José María, Op Cit. nota 12, p 465.

⁶² Baqueiro, Rojas y Buenrostro, Báez., Op cit nota 13, p238

⁶³ Asprón, Pelayo, Juan M., Op cit nota 29 p. 55

6.6.4 *Capacidad intelectual*: El no contar con ésta, implica la falta de salud del sujeto (en este caso del testigo), que lo priva de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad incluso cuando tenga intervalos lucidos. Esta causa de incapacidad es fácilmente explicable, pues quien se encuentra disminuido o perturbado en su inteligencia o uso de razón, difícilmente puede realizar los actos jurídicos que requiere el ejercicio de sus derechos. Nuestro Código se refiere a esta causa en forma genérica para designar con ello cualquier enfermedad mental, sin dar ningún contenido médico específico, ya que, finalmente lo que se requiere es que todo aquel que ejercite actos jurídicos, tenga el mínimo de discernimiento para percatarse de la trascendencia de sus actos, por lo que dentro de esta generalización quedan incluidas todas aquellas afecciones que en una u otra forma priven de su claro raciocinio a la persona⁶⁴. De tal forma se tiene que el testigo como persona física que es, para poder ejercer su misión en el testamento, al igual que el testador, tiene que tener la lucidez mental y la libertad necesaria para poder estar conciente del acto que este presenciando.

6.6.5 *Honradez y Confianza*.- En lo concerniente a la honradez y confianza del testigo en testamento y su retractación, el Primer tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito⁶⁵ en amparo directo, valora los extremos- verdad y mentira -, en estos términos: *"Cuando el testigo firma el testamento, la ley que consagra su ministerio, lo presume de honrado y digno de toda su confianza y el testador que lo llama, confirma esta presunción de probidad; pero en el momento en que declara contrariamente al testamento que ha firmado, se coloca en la alternativa de ser o de haber sido un perjurio, y no puede declararse la nulidad del testamento con la sola confianza en su dicho, puesto que quizás al decir que el acta es falsa, es cuando incurre en mentira"* .

⁶⁴ Baqueiro Rojas, Edgar, Op Cit. nota 62, p. 213

⁶⁵ Testamento público abierto. Ineficacia de las retractaciones de los testigos instrumentales.- Octava Época.- Instancia: Tribunal Colegiado de Circuito.- Fuente: Semanario judicial de la Federación.- Tomo III, Segunda parte.- Enero a Junio de 1989.- Pagina 823.Ponente: Ignacio Patlán Romero.

6.7 La función del testigo en los testamentos.

En relación a las responsabilidades o misión de los mismos dentro de los testamentos, se tiene que en general éstas son las de ver, conocer, entender al testador y asegurarse de que tiene la capacidad legal para testar.

Gestión

Al respecto, Diego Espín Canovas⁶⁶, Catedrático de derecho Civil, se ha expresado en lo siguientes términos:

“Los testigos no solo constituyen, dando fe del otorgamiento del testamento, un requisito esencial de su validez, sino que, aprovechando su presencia en el acto, cumplen también otras funciones importantes ligadas a la anterior, a saber: servir de medio de identificación, de la personalidad del testador, cuando le conozcan y servir también para apreciar la capacidad legal del testador para ese acto, lo que tendrá especial trascendencia práctica en cuanto se refiere a las facultades mentales del mismo.”

Mismas que se cumplirán de conformidad a las diversas formas o circunstancias ante las cuales se pueden otorgar los testamentos, haciendo que la intervención de los testigos varíe de acuerdo a la naturaleza del testamento.

⁶⁶ Espín Canovas, Diego, *“Manual de derecho civil español”*, Vol. V. 5ª edición, 1978, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España. P. 259.

6.7.1 El carácter, público o privado, con el que intervienen los testigos instrumentales.

6.7.1.1 En el testamento público abierto

La intervención de los testigos instrumentales en el acto testamentario, tiene un carácter activo y su función junto con el Notario, es la de *autorizar*, con el lleno de formalidades y en un solo acto, el testamento abierto que se les presente para tales efectos. Así lo expone el maestro Ramón Ruiz⁶⁷ al decir que los testigos junto con el notario o ante quien cumpla sus mismas funciones como el Comandante de guerra u Oficial, comandante de buque o ante capitán o bien ante agente diplomático o consular, tienen la calidad de "*autorizantes*". Por lo que su intervención es más activa, ya que *co-autorizan* junto con el notario o ante quien lo sustituya, el otorgamiento solemne de la disposición de la última voluntad.

"Es su deber -sigue diciendo- asistir al acto de tal manera que estén en aptitud de desempeñar la función que la ley les encomienda, esto es, han de encontrarse con el testador en relación tal que puedan oír y ver todo lo que el dice y hace; lo primero, para asegurarse de que proceden las disposiciones testamentarias; y lo segundo para certificarse de que conserva durante el acto su cabal juicio y su libertad moral. En igual relación han de estar el testador con el notario mientras lee el acta, a fin de apreciar si han sido transcritas fielmente las disposiciones, e imponerse del resto del acto para darle o rehusarle su conformidad."

Es así como se establece, claramente que la función de los testigos instrumentales en general es la de presenciar el acto de lectura del instrumento, oír la aprobación y ver que los otorgantes lo firmen, aseverando con ello la veracidad del relato notarial. Son los testigos instrumentales, como dice la

⁶⁷ Ruiz, Ramón, "*Otorgamiento del Testamento Público*", reeditado por la revista Notarial núm. 61, México. D.F. citado por Arce y Cervantes José p.120.

doctrina, quienes *"intervienen como coadyuvantes o colaboradores de la fe pública notarial en los casos especificados por el legislador"*⁶⁸,

6.7.1.2 En el testamento público cerrado

La naturaleza pública de esta clase de testamento, hace que las funciones de los testigos, sean concebidas en el mismo sentido que las realizadas en el testamento público abierto. En razón de que para el cumplimiento de sus solemnidades, no deja de concretarse la participación del notario junto con los testigos, circunstancia que se fundamenta en el artículo 1324 del Código Civil de nuestro Estado como parte de las formalidades para el otorgamiento del testamento público cerrado, al decir textualmente lo siguiente:

"El notario dará fe del otorgamiento, con expresión de las formalidades requeridas en los artículos anteriores; esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien, además, pondrá su sello.

Por lo que presentada la solicitud y el sobre, el notario hará constar el estado de éste, con expresión de las marcas, sellos y demás circunstancias distintivas, señalará el día y la hora en que deban comparecer ante él los testigos que intervinieron en la *autorización* del testamento y dispondrá que se les cite.

6.7.1.3 En el testamento privado

En el caso de los testamentos extraordinarios, otorgado solo ante testigos, se tiene que en opinión del maestro Asprón Pelayo⁶⁹, *"el papel de estos sí se explica,*

⁶⁸ Del Arco Torres, Miguel Ángel y Pons González Manuel, *"Diccionario de Derecho Civil"*, Ed. COMARES, 1999, Granada-España, p 130

pues en este tipo de testamentos realmente actúan como testigos, ya que no son el testamento, ni de ellos depende su autorización, pero son portavoces del testador y son los relatores de las circunstancias bajo las cuales se otorgó el testamento.”

Por lo que en el caso del testamento hecho en inminente peligro de muerte los testigos *no autorizan* el testamento, a diferencia de los testamentos abiertos otorgados ante Agente diplomático o consular dada la condición del autorizante, sino que son considerados como “*meros depositarios*” del contenido de la declaración y medio de prueba del hecho del otorgamiento, pues su validez y eficacia queda condicionada a que el testador muera en un determinado plazo y a que se eleve a escritura pública y se protocolice en el plazo de tres meses, siendo así mismo garantes de esa declaración en cuanto que se les exige conozcan al testador.

⁶⁹ Asprón, Felayo, Op Cit nota 29. p. 56

CAPITULO CUARTO
TESTAMENTO PRIVADO; ANÁLISIS CRÍTICO AL
ARTÍCULO 1368 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE
GUERRERO

1. Estudio al artículo 1368 del Código Civil del Estado de Guerrero

En los siguientes apartados se analizará la interpretación teórica y práctica de este artículo, así como presentar las posibles lagunas de la ley y en el caso de encontrarlas brindar posibles soluciones a estas tomando en cuenta los diferentes cuerpos legislativos y lo presentado en doctrina al respecto.

1.1 Significado gramatical y técnico de las palabras.

Para el análisis de cualquier obra jurídica se debe prestar especial atención a cada una de las palabras utilizadas, con el fin de localizar cuales de estas pueden llegar a ser esenciales dentro del enunciado. La utilización de sinónimos puede llevar a cometer errores ya que estos no siempre abarcan lo mismo que las palabras correctas. A continuación se fragmentará el artículo 1368 del C.C.E.G en busca de los conceptos claves y su valor dentro de la disciplina jurídica.

ART. 1368.- *"Al otorgarse el testamento privado se observarán en su caso las disposiciones contenidas en los artículos 1323 al 1330"*

Este artículo se compone de un enunciado, el cual se encuentra dividido en dos partes, la primera menciona la frase *"Al otorgarse el testamento privado"*, indicando así que el artículo en cuestión, forma parte de los requisitos a cumplir para la válida constitución del mismo. De tal manera que el *testamento privado* es la institución jurídica a quien va dirigida la acción, justificando de esta manera que

el presente trabajo haya estudiado sus conceptos, antecedentes y alcances jurídicos para comprender su naturaleza jurídica.

La segunda parte señala “*se observarán en su caso las disposiciones contenidas en los artículos 1323 al 1330*”, indicando así el requisito a cumplir para el otorgamiento del testamento en cuestión, consistente en “*observar*” las disposiciones señaladas. Por lo que la palabra “*observar*”, representa la acción misma del supuesto jurídico, encontrado como sinónimo de la misma la frase “*prestar atención*”.

Por último en cuanto a las “*disposiciones*” las mismas se refieren a lo dicho o estipulado en los artículos 1323 al 1330.

1.2. Significado global según la redacción

En relación a lo expuesto se tiene entonces que el significado global de la disposición en cuestión, es que al artículo 1368 del C.C.E.G, como parte de las formalidades requeridas para el otorgamiento del testamento privado, nos remite a *prestar atención* o tomar en cuenta las disposiciones señaladas en los artículos 1323 al 1330, por lo que se pretende que los artículos a los cuales se refieren este precepto, tengan efectos jurídicos, en el testamento privado.

1.3. Ubicación y relación con otros artículos del mismo código.

El artículo 1368 se encuentra ubicado en el Libro Cuarto “*De las sucesiones*”, Título Segundo correspondiente a la “*Forma de los testamentos*” del C.C.E.G. específicamente en el Capítulo V referente al testamento privado.

Por su parte, las disposiciones a las cuales nos remite y que son correspondientes del artículo 1323 al 1330 del propio Código, efectivamente también se encuentran en Libro Cuarto, título Segundo referente a la “*Forma de los testamentos*”, pero dentro del Capítulo III que trata del testamento público cerrado.

1.4. Antecedentes históricos jurídicos y extrajurídicos.

Los antecedentes históricos de este artículo son los mismos que los antecedentes al Código Civil. Era necesaria una nueva legislación en materia civil, cada uno de los Estados de la Federación fue realizando su código y reglamentando esta rama del derecho dentro de su territorio. El Código Civil del Distrito Federal funcionó como base para muchas legislaturas locales.

En relación con los antecedentes extrajurídicos se observa que antes de las regulaciones en materia civil gran parte de las acciones de esta materia eran ignoradas por la mayoría de la población. También se presentó que en materia de Registro Civil el Estado permaneciera sin control de su población, este era llevado por otras instituciones como la iglesia, constituyendo un problema por parte de la administración pública.

1.5 Derecho comparado con el Código Civil del D.F.

La legislación civil mexicana esta encargada primordialmente a cada uno de los Estados, por lo que es deber de cada uno regular en lo que concierne a la materia sucesoria. Nuestro Estado cuenta con su legislación en esta materia concentrada en el Código Civil para el Estado de Guerrero, por lo que al tratarlo como base, es conveniente realizar una comparación con el código de la misma materia a nivel federal, obteniendo lo siguiente:

En el Código Civil del Estado de Guerrero el artículo 1368 como ya habíamos mencionado se encuentra ubicado en el Libro Cuarto "*De las sucesiones*", título Segundo correspondiente a la "*Forma de los testamentos*" específicamente en el Capítulo V referente al testamento privado.

ART. 1368.- "*Al otorgarse el testamento privado se observarán en su caso las disposiciones contenidas en los artículos 1323 al 1330*"

En el Código Civil del Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, la regulación del mismo supuesto jurídico referente al testamento privado, la encontramos en el artículo 1570, ubicado en el Libro Tercero, *"De las sucesiones"*, título Tercero, correspondiente a la *"Forma de los testamentos"*, específicamente en el Capítulo V.

Artículo 1570.- *"Al otorgarse el testamento privado se observarán en su caso las disposiciones contenidas en los artículos 1512 al 1519."*

Las disposiciones señaladas en el artículo 1368 y correspondientes a los artículos 1323 al 1330 del C.C.E.G, se refieren a la regulación del testamento público cerrado. Por encontrarse ubicadas, en el Libro Cuarto, título Segundo, Capítulo III.

Las disposiciones señaladas en el artículo 1570 y correspondientes a los artículos 1512 al 1519 del Código Civil del D.F, se refieren a la regulación del testamento público abierto. Por encontrarse ubicadas el Libro Tercero, título Tercero, específicamente en el Capítulo II.

1.6 Naturaleza jurídica de sus disposiciones

La naturaleza jurídica de las disposiciones señaladas por el artículo 1368 de nuestro Código Civil nos indica que la misma corresponde al otorgamiento del testamento público cerrado. Dichas disposiciones están previstas en los artículos 1323 al 1330 del C.C.E.G y sus correlativos en la República Mexicana que resumidamente dicen lo siguiente:

Tanto el testador como los testigos y el notario deberán firmar en la cubierta, y éste último, pondrá su sello y timbrará el sobre de acuerdo con las disposiciones de la ley general del timbre.

Cuando alguno de los testigos no sepa firmar es menester llamar a otro a efecto de que firme en nombre del primer sujeto y ante su presencia, para que existan en la cubierta que contenga la disposición testamentaria siempre tres firmas.

Sólo en los casos de suma urgencia podrá firmar uno de los testigos, ya sea por el que no sepa hacerlo, ya por el testador. El notario deberá hacer constar expresamente esta circunstancia bajo pena de suspensión de oficio por tres años. Respecto a este tipo de testamento cerrado, existe una incapacidad, o sea, que algunas personas no lo podrán llevar a cabo y éstos serán los que no sepan leer o escribir, ya que necesariamente tendrían que recurrir a otra persona para que escribiera el testamento y no habría la certeza del testador de si lo escrito por un extraño fuese su sentir interno, así como si se llegase a realizar la disposición testamentaria a través de otra persona que no fuese el testador, se perdería la esencia de la disposición testamentaria secreta.

El sordomudo podrá hacer testamento cerrado con tal que esté escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario ante cinco testigos escriba en la presencia de todos sobre la cubierta, que en aquel pliego se contiene su última voluntad y va escrita y firmada por él.

Si el testador no pudiese firmar la cubierta, lo hará otra persona en su nombre y ante su presencia. Una vez que se cierra y autoriza el testamento, se entrega al testador, quien podrá conservarlo consigo, darlo a guardar a otra persona de su confianza o en su defecto, depositarlo en el Archivo Judicial, en donde se hará asentar en el libro correspondiente la razón del depósito o entrega del testamento y será firmado por el director de la dependencia y por el testador, a quien se le entregará una copia autorizada. (Anexo 1)

De tal manera que el testamento público cerrado se define como *“aquel en que el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto.”*⁷⁰

⁷⁰ Rojina Villegas Rafael. *“Compendio de Derecho Civil, derechos Reales y Sucesiones”*. Porrúa, México, D. F. 1997 p. 247.

Haciendo que sus dos notas esenciales sean la publicidad del otorgamiento, por la intervención del Notario y en su caso, los testigos y el secreto del contenido de la voluntad testamentaria.

Por su parte, el maestro Xavier O'Callaghan⁷¹, Magistrado y Catedrático de Derecho Civil, opina sobre la naturaleza jurídica del testamento público cerrado al decir textualmente que:

La naturaleza jurídica de este testamento es doble: la declaración de la voluntad testamentaria se contiene en un documento privado que no pierde este carácter por su presentación ante Notario, pues se hace en pliego cerrado y, por tanto, no lo advera ni protocoliza; por otra parte, (sigue diciendo) el acto de otorgamiento ante Notario, en que éste da fe de la entrega del pliego y de la declaración del testador de que en él se encuentra su declaración de voluntad testamentaria, es documento público.

De tal manera que se denomina público, porque aunque se otorga en papel privado, la validez del testamento está sujeta al depósito del mismo ante el notario, se le llama cerrado, por el hecho de guardarse dentro de un sobre cerrado y timbrado por el notario.

Las características de formalidad del testamento son muy simples, pero distintas al testamento público abierto. Resumo entres puntos de que se trata:

a) Es un testamento escrito, en papel común, rubricado en todas sus hojas y al calce por el testador, en sobrecerrado, que esta firmado también en la cubierta por el testador, tres testigos, excepcionalmente por cinco testigos y el notario. El testador le manifestará al notario que en se sobre se encuentran sus últimas disposiciones.

⁷¹ O'Callaghan, Xavier, "Derecho de Sucesiones", Compendio de Derecho Civil, Tomo V. Ed. REUNIDAS, 1999. p. 123

b) El Notario levantará un acta de la cual mandará una copia a su apéndice y entregará el testamento, en sobre cerrado, autorizado debidamente sellado y firmado al testador quien podrá guardarlo o darlo a laguna persona de su confianza o bien llevarlo para su custodia al archivo general de notarias.

c) El testamento tendrá que ser abierto por los familiares del testador o por quienes se presuman virtuales herederos frente a un juez competente a donde concurrirán con el notario los testigos que firmaron en la cubierta. Todos incluyendo el notario reconocerán sus firmas frente al juez, quien finalmente declarar la validez de dicho testamento.

Con lo que se concluye el tema de la naturaleza jurídica del artículo 1368 del C.C.E.G, con el cometario que al respecto ofrece el maestro Asprón Pelayo⁷², el cual haciendo un juicio crítico riguroso, es decisivo al calificar de *“verdaderamente absurda esta disposición, tomando en cuenta que el testamento privado es un testamento de excepción cuya regulación no puede ajustarse al de un testamento ordinario, por ir contra su naturaleza”*

2. Realidad social de la norma

2.1 Aspecto técnico jurídico

En realidad el aspecto técnico jurídico mantiene problemas al plantear el Código Civil una disposición que al leerse no tiene lagunas pero al ser aplicada presenta muchos detalles que cuestionan la intención del legislador para tomarlo en cuenta como parte de los requisitos del testamento privado.

Detalles como el que las disposiciones que conforman el testamento privado, están diseñadas para una situación excepcional, en la que no se pueda contar con la presencia del Notario Público, haciendo que la función de la figura del testigo,

⁷² Asprón Pelayo, Juan M. *“Sucesiones”* Mc Graw-Hill, México, 1968, p 49.

como formalidad fundamental del testamento privado, no se ajuste en las disposiciones mencionadas para con el testamento publico cerrado.

2.2 Aspecto práctico

En relación con la práctica, se tiene que la contravención de naturalezas jurídicas por parte de ambos testamentos, hace que en la práctica este resulte ineficaz, por lo que se elige ignorarlo ante la incongruencia del mismo. Siendo que la ley debe ser lo más clara y efectiva posible y no prestarse a confusiones.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1-. El artículo 1368 de nuestro Código Civil como parte de los requisitos exigidos del testamento privado viene a contravenir la naturaleza jurídica del mismo, en virtud de que nos remite a observar disposiciones correspondientes a la regulación del testamento público cerrado. Robustece lo anterior el maestro Asprón Pelayo al decir que el testamento privado es un testamento de excepción cuya regulación no puede ajustarse al de un testamento ordinario, por ir contra su naturaleza, explicando que las condiciones en que se otorga el testamento privado hecho en inminente peligro de muerte, no consienten que se extienda esa facultad más allá de los límites racionales marcados por la misma circunstancia perentoria y extraordinaria que le da nacimiento, la cual debe justificar la imposibilidad de contar con la presencia del delegado de la fe pública notarial. De tal manera que estas circunstancias no se cumplen o exigen en el testamento público cerrado, confirmándolo así el maestro Rojina Villegas al señalar que este último en su concepto es un testamento hecho y pensado para circunstancias ordinarias en las que se cuenta precisamente con la presencia del Notario Público.

2-. Lo expuesto da como resultado la ineficacia actual del artículo en cuestión, esto es si tomamos en cuenta que el objeto de toda solemnidad, de acuerdo con el Doctor De María Carrillo, es garantizar la libre manifestación de la voluntad del testador, su segura conservación y prueba, vemos que ante la diferencia de naturalezas jurídicas, este objetivo no se logra cumplir. Por lo que a pesar de que las formas menos solemnes del testamento privado, como dice el maestro De Ibarrola, no excluyen ni dejan de ser necesaria la concurrencia de todos los requisitos, es que se determine que el artículo 1368 de nuestro Código Civil no debería ser considerado como parte de las formalidades requeridas para la regulación del testamento privado, en virtud de que llega a exigir que se observen

disposiciones en circunstancias muy diferentes a las requeridas para con él mismo.

3-. Así también se tomó en cuenta la figura de los testigos en relación a la naturaleza de su intervención en ambos testamentos. Por lo que partiendo del hecho de que en el caso del testamento privado, éstos constituyen la formalidad fundamental que el mismo requiere para su existencia, es que se les llegue a considerar más que una solemnidad, como un medio de prueba. Así lo confirma el maestro Asprón Pelayo al decir que aquí el papel de estos sí se explica, pues en este tipo de testamentos realmente actúan como testigos, ya que no son el testamento, ni de ellos depende su autorización, pero son portavoces del testador y son los relatores de las circunstancias bajo las cuales se otorgó el testamento, describiendo la naturaleza de su intervención como meros depositarios del contenido de la declaración y medio de prueba del otorgamiento. En el caso de los testamentos públicos, en donde actúan junto a la figura del Notario su presencia resulta ser más cuestionada, puesto que para muchos autores entre ellos Altamirano Quintero, considera que es señal de desconfianza por parte del Estado hacia el Notario, por su parte el maestro Valadez López también refuerza lo anterior al decir que en el caso de los testamentos públicos los testigos no son formas de probar sino formas de ser. Por último Don Ramón Ruiz los califica como co-autorizantes junto con el Notario, en el otorgamiento solemne de la disposición de la última voluntad.

Con lo que se concluye diciendo que dada la contingencia especial de premura en que se otorga el testamento privado, ocurre que no se encuentren testigos suficientemente versados en las normas jurídicas aplicables al caso haciendo que en la práctica resulte no poder cumplirlas cabalmente. Que si bien es cierto que éstos comparten la misión en general de ver, conocer y entender al testador, así como de asegurarse de la capacidad legal del mismo para testar, no se puede negar que según sea el tipo de testamento, la naturaleza de su participación será también diversa.

4-. De tal guisa es que se llega a cuestionar si la supresión del artículo en mención, llega afectar la naturaleza jurídica del testamento privado, haciendo que éste llegue a ser ineficaz, para lo cual se consideraron los siguientes hechos. Por una parte, tenemos que la ineficacia de acuerdo con el maestro Baqueiro es la ausencia de efectos jurídicos. Por otra tenemos que siguiendo la teoría de las Nulidades expuesta en la doctrina de Bonecasse, un acto jurídico, -en este caso testamentario-, puede ser despojado de sus efectos en atención a diversos factores, ya sea por inexistencia o nulidad, además de la revocación, caducidad de heredero y legatario y la inoficiosidad. Aunado a lo anterior se tiene que la inexistencia alude a aquellos actos aparentes que no llegan a nacer por que les falta uno de los elementos de existencia, así lo confirma el maestro Baqueiro Rojas al decir que estos pueden ser el consentimiento, el objeto así como la solemnidad. Por último y no por eso menos importante se tiene que en la Nulidad el acto debe presentar algún vicio de origen en sus elementos esenciales, como vicios en la voluntad, ilicitud en el objeto, y falta de forma, de ahí que la expresión de voluntad que se haga fuera de las formas establecidas no será testamento. En virtud de lo anterior, llegamos a la conclusión que la derogación del artículo 1368 del C.C.E.G, no logra afectar los elementos de existencia o de validez del acto jurídico, que de ser así, nos llevaría a una ineficacia por inexistencia o por nulidad, de tal manera que la supresión del mismo no quiere decir que se eliminen las formalidades del testamento privado, pues las demás normas no dejan de garantizar en la medida de lo posible su seguridad jurídica.

5-. Por lo que, de llegarse a efectuar las disposiciones en cuestión, significa que se cuenta con la presencia de la figura del Notario Público, incumpléndose a todas luces, el requisito consistente en la imposibilidad de contar con la presencia del fedatario público en el testamento privado, trayendo como consecuencia ahora sí, la ineficacia por *Nulidad*, por encontrarse viciada su forma. Esto en razón de que la excepcionalidad del testamento privado está directamente condicionada, no

sólo a la inminencia de muerte sino también a la imposibilidad, dada la gravedad del testador de contar con el tiempo suficiente para que pueda acudir un notario.

Con lo que se está de acuerdo con el maestro Rojina Villegas al decir que la imposibilidad de la intervención notarial, no puede interpretarse en el sentido de que sea una fórmula para prescindir discrecionalmente del notario, cuando existe la posibilidad de que pueda concurrir.

PROPUESTA

La presencia del artículo 1368 del C.C.E.G, genera de primera impresión una confusión para el juzgador al momento de revisar el cumplimiento de los requisitos de otorgamiento para poder dar la declaración de validez del mismo, situación que podría ser resuelta, no cambiando o ignorando lo dispuesto por el Código Civil de nuestro Estado, sino derogando el artículo en cuestión, no logrando afectar con ello la naturaleza jurídica del testamento privado, puesto que si no logra surtir efectos al considerarlo ineficaz, nuestro ordenamiento civil no debería ordenar su observancia para la constitución del mismo. Lo cual en mi opinión esto sería lo más correcto en relación a la diferencia de naturalezas jurídicas por parte de ambos testamentos. Por lo que en concreto es que se proponga:

1. Derogar el artículo 1368 del C.C.E.G con la finalidad de que no exista confusión al juzgador al momento de ofrecerse el testamento privado.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR CARVAJAL Leopoldo.- "*Segundo Curso de Derecho Civil*". México, Porrúa, 1963
2. ALSINA, HUGO, "*Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*" 29 ed., Buenos Aires, Ediar, 1958,t. III.
3. ALVA Carlos Humberto.- "*Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano*". Instituto Indigenista Interamericano, México, 1949
4. ARAMBURU, Mariano, "*La capacidad Civil*", Reus, Madrid,1931
5. ARCE Y CERVANTES, José, "*De las sucesiones*", 7ª ed, México, Porrúa, 2003.
6. ASPRÓN PELAYO, Juan M., "*Sucesiones*", México, Mc Graw-Hill 1996
7. BAQUEIRO ROJAS, Edgar Y BUENROSTRO, BÁEZ Rosalía, "*Derecho de Familia y Sucesiones*", 9a.ed, México , Harla,1997
8. BETTI, Emilio "*Teoría General de las obligaciones*", 8va ed, México Porrúa 1960
9. BINDER, Julius, "*Derecho de sucesiones*" Parte general, Traducción de Lacruz Berdejo, Labor, Madrid, 1953
10. BRANCA, GIUSEPPE, "*Instituciones de derecho privado*" traducción de Pablo Macedo, México, Porrúa
11. CASTÁN TOBEÑAS, José, "*La dogmática de la Herencia y su actual crisis*", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960
12. De CASTRO Y BRAVO, Federico, "*El negocio Jurídico*", Instituto Nacional de estudios Jurídicos, Madrid,1967
13. CASTRO, Máximo, "*Curso de Procedimientos civiles*" Buenos Aires,1931, t. I
14. CARRILLO, ROGERIO María. "*Derecho de sucesiones*", Curso: Derecho Civil 510b, Segundo Semestre, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
15. CICU, Antonio, "*Derecho de sucesiones*" traducción de José Manuel González Porras, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964

16. CUAHUTEMOC, García Amor, "El Testamento", México, 1998.
17. ESPINAR LA FUENTE, Francisco, "La herencia Legal y el Testamento," Bosh, Barcelona, 1979
18. IBARROLA Antonio de, "Cosas y sucesiones," México, Porrúa, 1998
19. IGNACIO DE CASSO Y ROMERO, Francisco Cervera Y Jiménez Alfaro, "Diccionario De Derecho Privado" 1997
20. LEMUS GARCÍA Raúl.- "Derecho Romano". México, Limsa ,1964
21. MARGADANT S. Guillermo F. "Derecho Romano" 21 ed. México, Esfinge 1995
22. MARTUS CALABRUS, María Angustias, "Las solemnidades del testamento Abierto Notarial," Ed, Comares, Granada-España, edición 2000,
23. MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio.- "El Derecho Mexicano antes de la Conquista". E. T. Hermanos. Tomo I. Trillas, México, 1976
24. MORINEAU IDUARTE, Marta, ROMÁN IGLESIAS González "Derecho Romano" 4a ed. México, Oxford University Press, 1998. (Colección Textos jurídicos universitarios),
25. MANRESA Y NAVARRO, José María, "Comentarios Al Código Civil Español", Tomo V, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid 1951
26. NÚÑEZ LAGOS, Rafael "El derecho de Sucesión ante la tradición española y el Código Civil", Instituto Reus, Madrid,1951
27. PADILLA SAHÁGUN, Gumersindo, "Los elementos del derecho Privado", México, Mc Graw Hill, 1999
28. PALLARES, Eduardo.- "Diccionario de Derecho Civil Procesal", México, Porrúa, 1978
29. PINA, Rafael de, "Bienes y sucesiones" México ,Porrúa,1977, t. II
30. RAMS ALBESA, Joaquín." Elementos de Derecho civil y sucesiones", 3ª Ed, Barcelona 1990. Vol. 1.
31. ROJINA VILLEGAS Rafael. "Compendio de Derecho Civil, derechos Reales y Sucesiones". Porrúa, México, D. F. 1997

32. SAVIGNY, Federico Carlos, "*Sistema de derecho Privado Romano*," Cit. Por Rafael Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil, "*Bienes, derechos reales y sucesiones*", México, Porrúa, 1998

33. SOHM, Rodolfo, "*Instituciones de Derecho Privado Romano*" Traducción de Wenceslao Roces, México, 1970

34. TOSCANO, Salvador, "*Derecho y Organización Social de los Aztecas*", México, U.N.A.M, 1937

35. URIBE, Luis F. "*Sucesiones en el derecho mexicano*", México, Jus 1962

36. VENTURA SILVA, Sabino, "*Derecho Romano*", 10ª ed, México, Porrúa, 1996

LEGISLAGRAFÍA

Código Civil del Estado de Guerrero.

Código de procedimientos Civiles para el Estado de Guerrero

Código Civil comentado para el D.F y para toda la República.

Ley de Concursos Mercantiles

Jurisprudencia

DOCUMENTOS EN INTERNET

Andrés Francisco Escalona Valencia, "*Conceptos Jurídicos Fundamentales Del Derecho Hereditario*" <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/E/SujDerHer-Escalona.htm>

Castillo Rodríguez Jerónimo, "*El Testamento Y La Sentencia Como Fuente De Obligaciones*" <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/.htm> - 165k -

Julio Gaona Pérez "*Antecedentes legislativos del testamentos*" http://www.members.fortunecity.es/robertexto/archivo6/sucesion_anteced.htm

Pérez, Solórzano José Luis, Derecho Ecuador.com "I"., Revista Judicial, Diseñado por Diario la Hora Quito Ecuador. <http://www.dlh.lahora.com> .Diccionario.I.htm

Valadez López Herón, "*La figura de los testigos en el testamento público abierto*", <http://www.notariapublica.com.mx> .I.htm

REVISTAS

ESPIN CANOVAS, Diego, "*Manual de derecho civil español*", Vol. V. 5ª edición, 1978, Revista de Derecho Privado, Madrid España.

RUIZ, RAMÓN, "*Otorgamiento del Testamento Público*", reeditado por la revista Notarial núm. 61, México, septiembre, 2000

ROMÁN GARCÍA VARELA, "*El testamento en peligro inminente de muerte*", ABZ. Ideas útiles para Abogados, México, Segunda Época, núm., 147, Septiembre Agosto 2002.

ANEXOS

Anexo 1

Artículos ubicados en el LIBRO CUARTO De las Sucesiones, TITULO SEGUNDO De la Forma de los Testamentos, correspondiente al CAPITULO III Del Testamento Público Cerrado.

ARTÍCULO 1323.- El testador al hacer la presentación, declarará que en aquel pliego esta contenida su ultima voluntad.

ARTÍCULO 1324.- El notario dará fe del otorgamiento, con expresión de las formalidades requeridas en los artículos anteriores; esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien, además, pondrá su sello.

ARTÍCULO 1325.- Si alguno de los testigos no supiere firmar se llamara a otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia de modo que siempre haya tres firmas.

ARTÍCULO 1326.- Si al hacer la presentación del testamento no pudiere firmar el testador, lo hará otra persona en su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos.

ARTÍCULO 1327.- Solo en los casos de suma urgencia podrá firmar uno de los testigos, ya sea por el que no sepa hacerlo, ya por el testador, el notario hará constar expresamente esta circunstancia, bajo la pena de suspensión de su oficio por tres años.

ARTÍCULO 1328.- Los que no sepan o no puedan leer, serán inhábiles para hacer testamento cerrado.

ARTÍCULO 1329.- El sordomudo podrá hacer testamento cerrado, con tal que este escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que, al presentarlo al notario, con cinco testigos, escriba sobre la cubierta, y en presencia de todos, que en aquel pliego se contiene su ultima voluntad ya escrita y firmada por el. El notario declarará en la cubierta que el testador lo escribió así, observándose, además, lo dispuesto en los artículos 1322, 1324 y 1325.

Artículo 1322.-

El papel en que esta escrito el testamento o el que 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.

ARTÍCULO 1330.- En el caso del artículo anterior, si el testador no puede firmar la cubierta, se observará lo dispuesto en los artículos 1326 y 1327. El notario dará fe de la elección que el testador haga de uno de los testigos para que firme por el.

Anexo 2

TESTAMENTO PRIVADO, SIMULTANEIDAD DE LOS TESTIGOS ANTE QUIENES SE OTORGA EL. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1498 y 1500 del Código Civil del Estado de Jalisco, el testamento privado está permitido, entre otros supuestos, cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra notario o confeccionarlo, en cuyas condiciones el testador declarará presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito si aquél no puede escribir. Ahora bien, una interpretación armónica y racional de estos dispositivos, nos conduce a establecer, que la declaración de la última voluntad del testador debe hacerse en forma simultanea ante la totalidad de los testigos requeridos por la ley; es decir, cuando todos los testigos estén reunidos y n antes, ni en forma sucesiva compareciendo primero unos y depuse otros; pues la frase "a presencia de cinco testigos" no permite un interpretación diferente, habida cuenta que si no fuera así,

tampoco existiría continuidad en el acto, la cual de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1503 en relación con el 1453 del propio Código, es un requisito sine qua non para que el testimonio sea válido.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 81/91. Ignacio Pérez Martínez. 12 de julio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arturo González Zárate. Secretario: Ricardo Lepe Lechuga. Semanario Judicial de la Federación. Tribunal Colegiado de circuito. Vol. IX. ABRIL. Clave III.1º. C.292 C. Segunda Parte. Pág. 663. Octava Época.

Anexo 3

TESTAMENTO PRIVADO, TESTIMONIO IDONEO EN EL. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). La ley establece como exigencia para que el juzgador esté en aptitud de hacer la declaración de formal testamento, la idoneidad de los testigos, prevista por el artículo 1508 del Código Civil del Estado de Jalisco, en la que se debe considerar como tales a todos aquellos que no presentan un tacha que los inhabilite para atestiguar de una disposición testamentaria, es decir, a todas aquellas personas que no estén incluidas en la enumeración que realiza el artículo 1436 del propio Código, a saber: los menores de dieciséis años, los que no estén en su sano juicio, los ciegos, los sordos o mudos, los que no entiendan el idioma que habla el testador, los herederos o legatarios, los descendientes, ascendientes, los cónyuges o hermanos y los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 81/91. Ignacio Pérez Martínez. 12 de julio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arturo González Zárate. Secretario: Ricardo Lepe Lechuga. Semanario Judicial de la Federación. Tribunal Colegiado de circuito. Vol. IX. ABRIL. Clave III.1º. C.293 C. Segunda Parte. Pág. 663. Octava Época.

Anexo 4

TESTAMENTOS PRIVADOS, TESTIGOS EN LOS. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA). De conformidad con el artículo 1457 del Código Civil del Estado, los testigos que concurran a un testamento privado, deberán declarar circunstancialmente sobre el lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento, de manera que si un testigo en el interrogatorio respectivo manifiesta no recordar el día, mes y el año en que se efectuó el testamento, tal testimonio no reúne el requisito señalado en el precepto legal citado, por lo que tiene validez.

TRIBUNAL COELGIADO DEL DECOMOTERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 449/88. Ángela o Angelina Martínez Jiménez. 27 de Octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Ángel Morales Ibarra. Secretaria: Margarita Márquez Méndez. Semanario Judicial de la Federación. Tribunal Colegiado de circuito. Vol. II. Segunda Parte. Pág.583. Octava Época.

Anexo 5

TESTAMENTO PRIVADO, FORMALIDADES DEL. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). La formalidad fundamental que el testamento privado requiere para su existencia la constituye la presencia de los testigos que asistieron al acto, quienes expondrán circunstancialmente los hechos que reseña el numeral 1501 del Código de Procedimientos Civiles Vigente en el Estado de Veracruz, ante el juez que conozca del caso, quien a su vez declarará conforme al diverso 1508 del mismo ordenamiento, que sus dichos son el formal testamento de la persona de que se trate; por lo que resulta intranscendente que no se haya asentado en el texto del documento que sí se había realizado la lectura en voz alta del mismo, pues independientemente del numeral 1445 del Código invocado, aplicable en su caso al testamento privado, no se advierte tal exigencia, ya que únicamente requiere que se le dé lectura a lo redactado, para que el testador manifieste si está conforme, lo que se desprende de su firma puesta al calce de lo escrito; de las

declaraciones aludidas se obtiene la certeza de que se leyó al testador lo redactado en el multicitado documento, por que así lo expresaron los cinco testigos que asistieron a su otorgamiento y ello es suficiente para que el juez declare sus dichos contestes, como el formal testamento de la persona de que se trate.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 150/85. Luis y Eduardo Aguirre Domínguez. 8 de octubre de 1985. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Barredo Pereira. Semanario Judicial de la Federación. Tribunal Colegiado de Circuito. Vols, 199-204. Sexta parte. Pág. 160. Séptima Época.

Anexo 6

TESTAMENTO PRIVADO, CASO EN QUE LOS HERMANOS DEL CUJUS PUEDEN SER TESTIGOS DEL (LEGISLACION DEL ESTADO DE OAXACA). El artículo 1406 del Código Civil del Estado de Oaxaca establece que los hermanos no pueden ser testigos del testamento, pero la misma fracción IV del referido artículo establece que en caso de infracción a esa limitación, sólo traerá como consecuencia la nulidad de la disposición que beneficie a dichos hermanos; de modo que si en un caso la disposición testamentaria verbal de de cujus, según el dicho de los testigos, fue en el sentido de declarar única y universal heredera a una persona distinta de las hermanas del autor de la herencia; no se está en el caso de que las requeridas hermanas quedarán inhabilitadas para beneficiarse con el testamento, dado que en el mismo no fueron instituidas herederas.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 217/80. Sucesión testamentaria de Celerino Montesinos León. 22 de septiembre de 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Barredo. Semanario Judicial de la federación. Tribunal Colegiado de Circuito. Vols.175-180. Sexta parte. Pág. 216. Séptima Época.

Anexo 7

TESTAMENTOS PRIVADOS, JUECES COMO TESTIGOS EN LOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). Si bien de acuerdo con los artículos 63 y 64 de la Ley orgánica del Poder Judicial, un juez no puede actuar por receptoría, en cambio no por ello está impedido legalmente para intervenir como simple testigo en los testamentos privado, ya que en el último extremo la circunstancia de que en el testamento se mencionara el cargo que desempeña, no desvirtúa su dicho, ni le resta verosimilitud, sino por el contrario, la función pública a su cargo le da respetabilidad.

Amparo directo 3872/60. Enriqueta Vázquez. 15 de noviembre de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José castro Estrada. Semanario Judicial de la federación. Tercera sala. Vol. LIII. Pág.90. Sexta Época.

Anexo 8

TESTAMENTOS PRIVADOS, VALIDEZ DE LOS (LEGISLACION DEL ESTADO DE TLAXCALA). Si el de cujus falleció escasos tres días después del momento en que hizo su testamento privado, esta circunstancia demuestra la suma gravedad en que se encontraba al tiempo de producir su última voluntad, lo que lleva a concluir que el testamento aludido fue otorgado en el caso del artículo 3069 del Código Civil.

Amparo directo 3872/60. Enriqueta Vázquez. 15 de noviembre de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José castro Estrada. Semanario Judicial de la federación. Tercera sala. Vol. LIII. Pág.106. Sexta Época