



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

GABRIELA OCHOA MADRIGAL

LOS TESTAMENTOS SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE JALISCO

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jal., Octubre de 2005



59769



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA
BIBLIOTECA

GABRIELA OCHOA MADRIGAL

LOS TESTAMENTOS SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE JALISCO

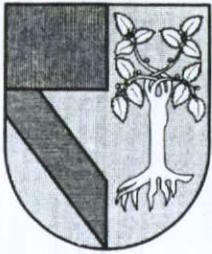
Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jal., Octubre de 2005.

CÓDIGO: TE DE R 2005 OCH
AÑO: 59,769 y 1
FECHA: 28/04/06
DONATIVO DE _____
\$ _____

109 h. ; 28 cm. + 1 disco flexible

500. Publicado también en forma electrónica en formato PDF para la comunidad universitaria de la UP 346.054 OCH 2005
502. Tesis (Licenciatura) - Universidad Panamericana Campus Guadalajara, 2005
504. Bibliografía: h. 106-109
1. Tesis y disertaciones académicas - Universidad Panamericana Campus Guadalajara
 2. Testamentos - Jalisco - Legislación
 3. Derecho sucesorio
 4. Derecho civil - Legislación



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

ESCUELA DE DERECHO

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

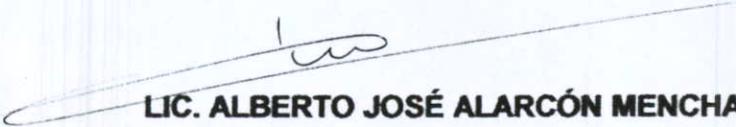
C. GABRIELA OCHOA MADRIGAL

Presente.

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **“LOS TESTAMENTOS SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE JALISCO”** presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar ocho ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA

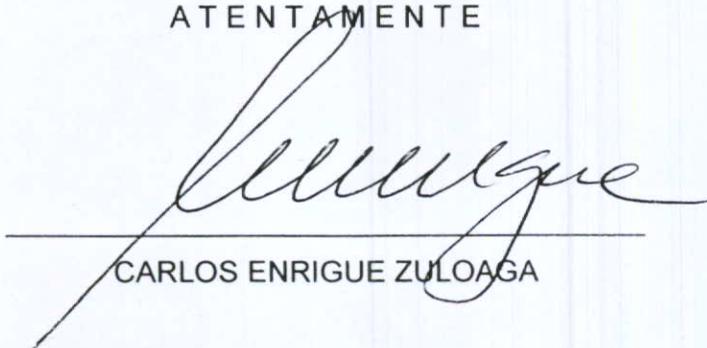
Carlos Enrigue

Guadalajara, Jalisco a 25 de octubre de 2005

Licenciado Alberto Alarcón Menchaca
Escuela de Derecho
Prolongación Calzada Circunvalación Poniente No. 49
Cd. Granja, 45010, Zapopan, Jalisco, México

Me permito hacer de su conocimiento que la Señorita Gabriela Ochoa Madrigal ha terminado su Tesis Profesional de nombre "LOS TESTAMENTOS SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE JALISCO", la cual ha sido revisada y aprobada por su asesor considerando éste que ya está lista para presentar su examen profesional.

ATENTAMENTE



CARLOS ENRIGUE ZULOAGA

DEDICATORIA

A mis padres por su dedicación, amor y esfuerzo durante la carrera y a lo largo de mi vida.

Al Licenciado Carlos Enrique Zuloaga por su incondicional apoyo y asesoría profesional durante la elaboración de esta Tesis.

A Blanca Carranza Palacios, María Guadalupe Vargas Franco y Consuelo Huerta Ibarra del departamento de Derecho de la Universidad Panamericana por su gran ayuda.

ÍNDICE

<i>INTRODUCCIÓN</i>	1
<i>CAPÍTULO I. LA HERENCIA</i>	4
<i>CAPÍTULO II. LOS PRINCIPIOS DE LA HERENCIA</i>	15
<i>CAPÍTULO III. LA SUCESIÓN POR TESTAMENTO</i>	29
<i>CAPÍTULO IV. TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO</i>	54
<i>CAPÍTULO V. TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO</i>	65
<i>CAPÍTULO VI. TESTAMENTO OLÓGRAFO</i>	73
<i>CAPÍTULO VII. TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO</i>	78
<i>CAPÍTULO VIII. TESTAMENTO EXTRAORDINARIO O ESPECIAL</i>	83
<i>CAPÍTULO IX. OTRAS FORMAS DE TESTAR</i>	92
<i>CAPÍTULO X. SUPUESTOS DE LA SUCESIÓN LEGÍTIMA</i>	98
<i>CONCLUSIONES</i>	101
<i>PROPUESTAS</i>	103
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	106

INTRODUCCIÓN

Con esta tesis se pretende, además de satisfacer un requisito esencial para obtener el título de Licenciado en Derecho, adentrarse en el tema de las sucesiones desde el punto de vista que las genera, sin entrar a estudiar el procedimiento sucesorio; por lo tanto este estudio abordará el tema de los diferentes tipos de testamentos que existen en Jalisco, haciendo al mismo tiempo una breve comparación con los que contempla el Código Civil para el Distrito Federal; eso no impedirá que se cite legislaciones extranjeras que permitan conocer los orígenes de nuestros testamentos y de hacer unas consideraciones acerca de la propia legislación mexicana.

Aunque no se esté conforme con las teorías clásicas sobre la sucesión, el testamento es más que un medio para transmitir la propiedad, ya que en él pueden darse figuras como el reconocimiento de hijos, sin que esto tenga necesariamente un contenido económico; sin embargo resulta de mucha utilidad, incluso porque puede llegar a convertirse en una fuente de estudios históricos, por ejemplo respecto de las situaciones civiles del testador tales como con quien o quienes celebró matrimonio, cuantos hijos tuvo, quienes eran sus padres y una serie de declaraciones que sin ser determinantes para los efectos económicos, son de utilidad hasta para el Juez, ya que en él, se puede establecer la razón de ánimo que tuvo el testador para hacer o no consideraciones de las razones que lo llevaron a hacer su testamento en determinada forma. Es por esto que se expondrán temas como la herencia y las diversas formas de testamentos, haciendo una introducción respecto de la naturaleza de la herencia y su historia, así como de las sucesiones intestadas.

El testamento es una figura jurídica importante dentro del derecho de sucesiones, pues es el medio por el cual la persona que lo realiza, es decir, el testador dispone para después de su muerte lo que deba de hacerse de sus bienes y derechos transmisibles expresando su voluntad sobre todo aquello que,

sin tener carácter patrimonial, pueda ordenar de acuerdo con la ley. Por ello, el objeto de este trabajo es difundir la importancia que tiene el testamento y dar a conocer a grandes rasgos los diferentes tipos que existen en las legislaciones mencionadas.

Por lo tanto, no se pretende en ninguna forma establecer nuevas teorías o instrumentos que sorprendan por su novedad, lo que se intenta es hacer un trabajo honrado sobre las figuras, que refleje el fruto de la investigación que cuidadosamente se ha realizado; se intenta coordinar las diferentes disposiciones de manera que resulte más sencillo para el lector tocar los temas que en el Código Civil del Estado Jalisco aparecen como deshilvanados. Es por esto que cuando simplemente se mencione el Código Civil y no se señale particularmente a cual se refiere se estará haciendo referencia al Código Civil del Estado Jalisco, pues es en este Código en el que se basa el presente trabajo, aunque se intentará para mayor facilidad en la lectura señalar exactamente el texto que se comenta.

En forma secundaria se puede decir que con este trabajo se cumplirá un deber de información ya que a lo largo de la carrera y vida profesional del que la realiza, se ha podido percatar de lo mal informados que se encuentran las personas con respecto a los testamentos. Es muy común que las personas mueran sin haber otorgado testamento, o que teman hacerlo, por considerar que perderán sus posesiones. Estas y otras falacias semejantes, producto de la falta de conocimiento, provocada por la carencia de difusión de datos y de comunicación al respecto, llevaron a considerar necesario hacer un breve estudio sobre los diferentes tipos de testamentos que existen en el Estado de Jalisco comparándolo brevemente con el del Distrito Federal, y otras legislaciones que tienen alguna relación con las anteriores.

Desde luego no se deja de reconocer que el tema es árido, muchas veces difícil de seguir, porque las diferencias que son sutiles, no por sutiles son intrascendentes y muchas veces una situación sin importancia aparente resulta

determinante para la validez de este o aquel acto. Sin embargo el tema tiene que ser estudiado y se ha intentado de mantener los análisis en forma unitaria para que quien lea esto tenga una mayor facilidad, en el entendido de que muchas veces se analizan temas casi idénticos en las legislaciones, pero sin percatarse de las sutilezas que las hacen diversas de otras; es por esto que se comentará haciendo únicamente la diferencia al Artículo relativo.

CAPÍTULO I. LA HERENCIA

La herencia es un concepto complicado ya que después de muchos siglos de aplicación no existe en el mundo un consenso general al respecto, debido a que su existencia y definición dependen del concepto que se tenga en cada sociedad acerca de lo que constituye la propiedad privada, sin el cual no es posible pensar en un régimen hereditario, lo que parece lógico porque si no hay propiedad privada no hay bienes que transmitir.

Por lo anterior se puede decir que la herencia es una figura característica de los derechos evolucionados. La palabra herencia viene de *hereditas*, en relación con *herus*, dueño, la cual, en sentido subjetivo es la Sucesión Universal o sea la sustitución de una persona en la universalidad de los bienes, derechos y obligaciones dejados a su muerte por otra; en sentido objetivo la herencia es la masa o conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por la muerte, este concepto se encuentra en el Artículo 2652 del Código Civil del Estado de Jalisco, el cual fue tomado del Artículo 659 del Código Civil Español que establece que: "La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen con la muerte" ¹.

La sucesión hereditaria supone dos personas, el difunto, de quien nace la sucesión y el sucesor quien adquiere dicha posición jurídica, el primero es designado por las denominaciones de *causante*, *auctor* o *de cuius* y el segundo es el sucesor universal o heredero. Nuestro Código llama derecho hereditario al derecho de la sucesión *mortis causa* y se designa heredero a quien hereda a título universal, y legatario a quien hereda a título particular.

¹ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *Código Civil*. Editorial Aranzadi 2001; El Cano Navarra, Pamplona 2001. En el mismo sentido se establece en los Artículos 1289 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, el 3364 del Código Civil de 1870 y 1872, 550 del Proyecto Sierra y 549 del Proyecto García Goyena. p.905.

La herencia se genera por la muerte del de cujus y se transfiere por la voluntad del testador; o por disposición de ley, en el primer caso se llama testamentaria, y en el segundo legítima o in testamentaria, siendo ésta la forma adecuada de denominarla aunque en algunos casos la herencia puede ser mixta es decir en parte testamentaria y en parte legítima.

En México el sistema testamentario es muy diferente a los sistemas testamentarios del mundo occidental, más adelante se hará un estudio acerca de las causas y diferencias que las caracterizan.

Se ha discutido si la herencia es un derecho real o un modo de adquirir, el maestro Castán Tobeñas establece:

Ha sido muy discutida la cuestión de si el derecho hereditario es un derecho real o un modo de adquirir la propiedad. En el sistema romano, que exige la aceptación como condición para adquirir la herencia, se estima ésta simplemente como un derecho real. En el sistema germánico, en que la herencia se transmite por el mero hecho de la muerte (según la regla *le mort saisif le vif*), el derecho hereditario parece ser un verdadero modo de adquirir. Por lo que respecta a nuestra patria, hay opiniones contradictorias. Azcárate y Valverde consideran la herencia como un modo de adquirir. Sánchez Román considera el derecho hereditario como un derecho real, porque exige para su constitución el título y el modo.

En el terreno legal es indudable que el Código Civil da explícitamente a la sucesión el carácter de modo de adquirir (Artículos 657 y 661, y sobre todo el 609). Pero, doctrinalmente, el derecho hereditario tiene una naturaleza propia, y no encaja bien en el marco estrecho de los derechos reales y de los modos de adquirir el dominio.... Tiene de común con los derechos reales la circunstancia de ser un derecho absoluto, pero su naturaleza es compleja, y universal más que real, porque se refiere a un conjunto de relaciones jurídicas que tanto pueden ser reales como personales.²

Cabe mencionar que se considera indiscutible que en nuestro derecho la herencia comprende todos los bienes derechos y obligaciones de una persona, obviamente los que no se extinguen con la muerte, con la intención de que el patrimonio del difunto conserve su unidad.

Por ello cuando los herederos heredan a título universal también responden de las cargas de la herencia hasta donde alcance la suma de éstos, en el caso de

² CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil*, Tomo II. Editorial Reus. S.A., Madrid 1932. pp.452 y 453.

que cuando se adquiriera por legado, el legatario sólo responde de las cargas que expresamente le dejó el autor de la sucesión, aunque puede suceder que haya responsabilidad subsidiaria con los herederos. El Código Civil establece que si toda la herencia se distribuyó en legados éstos serán considerados como herederos.

Por la manera en que se hace el nombramiento se puede dividir en sucesión voluntaria (en el caso de los testamentos) o por ministerio de ley (sucesión legítima). La primera se divide en unilateral (la sucesión testamentaria) y la segunda bilateral, así, hay países en los que se permite la declaración bilateral también llamada sucesión contractual, como ya se comentó anteriormente este sistema que se explicará más adelante no es válido en México pero si en otros países.

Sin embargo no en todos los países ni en todos los tiempos ha existido la libertad absoluta de testar y por lo mismo en muchos países esta voluntad es limitada, es decir que algunas personas estaban predeterminadas por ley para heredar.

Esta situación no siempre ha sido igual, por lo que se considera necesario establecer la siguiente breve explicación del derecho sucesorio desde los tiempos antiguos hasta la fecha:

En las primeras sociedades no pudo existir una verdadera sucesión debido a que no existía el derecho de propiedad, y al no existir este derecho de propiedad no era posible transmitir lo que no se consideraba que se tenía, únicamente se heredaba la posición de mando.

La sucesión legítima (en el sentido estricto del término), resulta ser una variante de la sucesión testamentaria en los países en que se encuentra normada, aunque más que ser una variante es una limitante a la facultad voluntaria del

testador de destinar la totalidad de sus bienes a quien éste mejor le parezca, ya que se limita al testador en cierto porcentaje de sus bienes, en cuanto a los sujetos que pueden recibirlas, haciendo que forzosamente ciertas partes del caudal tengan que ser heredadas a los herederos legítimos, estableciendo con esto una sucesión forzosa, de encontrarse en este supuesto cierto porcentaje de los bienes tendrá que ser heredado a los herederos legítimos, sin que este hecho pueda ser evitado, diferenciando los porcentajes que corresponderían a estos en el caso de heredar, dado que en el intestado los porcentajes que le correspondería al heredero serían sobre el total del caudal hereditario mientras que en la legítima (que ya se comentó será por testamento) recibirán los porcentajes señalados en la ley.

Otro tipo de sucesión es la que se denomina como sucesión *ab intestato* o in testamentaria que se da entre otras causas en el supuesto de que el autor de la sucesión fallezca sin haber hecho disposición testamentaria en cuyo caso heredarán los parientes más cercanos que no tengan impedimento para hacerlo.

Puede darse también la sucesión mixta que se da cuando el *de cuius* no dispuso de la totalidad de sus bienes o cuando el testamento por cualquier causa sea declarado inválido en su totalidad o en relación a ciertos bienes, incluyéndose en esta misma situación aquellos casos en que la transmisión al heredero no pueda darse. De haber sucedido esto se abrirá la in testamentaria respecto a esos bienes.

Las modalidades antes descritas son válidas prácticamente en el ámbito universal, más no en México, donde existiendo el libre testamento, quien lo realiza no está obligado a disponer de su patrimonio a favor de ninguna persona en especial, por lo que en nuestro país sólo existen tres tipos de sucesiones, y éstas son: la testamentaria que consiste en que el *de cuius* dispone en alguna forma de testamento (hay varios tipos de testamentos que se describirán más adelante) y por lo tanto quienes la reciben son los designados por el autor del testamento,

siempre que no tengan impedimento para hacerlo. En segundo término existe en nuestro país la sucesión in testamentaria denominada también legítima (con un sentido diferente al descrito anteriormente) la que se da cuando el De cuius no hizo testamento, o éste no fue válido o los herederos designados son incapaces de heredar. Y un tercer tipo sería la sucesión mixta, la que se da cuando existe un testamento válido pero no se dispuso de todos los bienes o algún heredero fue incapaz de recibir la herencia.

Esta situación no siempre ha sido igual, es por eso que es necesario establecer una pequeña explicación de la evolución del derecho sucesorio desde los tiempos más antiguos hasta la fecha, al respecto el maestro Castán Tobeñas considera:

En sociedades más adelantadas aparece el derecho de sucesión, porque la individualización, cada vez mayor, de la propiedad, hace que perdure ésta aun después de la muerte de la persona individual, pero no empieza la sucesión bajo la forma de sucesión voluntaria, sino con el carácter de sucesión necesaria y familiar, y ordinariamente como transmisión del patrimonio indiviso. La sucesión legítima es cronológicamente muy anterior a la sucesión testamentaria, la cual presupone un desenvolvimiento de los conceptos jurídicos y un reconocimiento de la propiedad individual que no se encuentran en los pueblos primitivos. Así, en los pueblos orientales, como Egipto, India y pueblo Hebreo, no se conocía el testamento, lo único que podía hacer el padre en vida era descendencia, para dejar sus bienes a un extraño, tenía que acudir a la adopción. En Atenas, la institución de heredero sólo podía existir a falta de hijos, y revestía también la forma de adopción. Los germanos tampoco conocieron el testamento, porque existía entre ellos obligación de transmitir los bienes dentro de la familia, y únicamente podían hacer uso de la *affatoma*, que era una traslación solemne de la propiedad que se hacía durante la vida, a falta de herederos legítimos, o, todo lo más, con el consentimiento de estos. En el derecho romano fue donde la sucesión testamentaria adquirió todo su desenvolvimiento e importancia, pasando la legítima a ser una forma meramente supletoria y tomando el testamento el carácter de acto unilateral con que ha pasado al derecho moderno.³

Es importante recordar lo siguiente:

Los romanos para establecer la posición de un hombre frente al derecho hablaban de los *status* (estados) y precisamente de tres estados: *status libertatis*, *status civitatis* (estado de ciudadanía) y *status familiae* (estado de familia). Cuando una persona en Roma poseía los tres estados arriba señalados, tenía potencialmente en derecho público: el *ius suffragii* activo (derecho de sufragio, derecho a elegir), el *ius honorum* (derecho de los honores, derecho de sufragio pasivo, a ser elegido) la *provocatio ad populum* (apelación al pueblo reunido en comicios para evitar la

³ *Ibidem*; p. 456 y 457.

ejecución de la sentencia de muerte). En derecho privado, existía el *ius commercii* (derecho para comerciar y de dejar y recibir algo en testamento).⁴

Por lo tanto, se puede decir que el régimen hereditario nace como consecuencia del concepto de propiedad, aunque al principio chocaba la idea de que alguien tuviera que disponer de sus bienes, no se concebía que el individuo pudiera actuar jurídicamente después de su muerte y como el testamento sólo surte efectos después de la muerte, pues se les hacía inconcebible.

La sucesión legítima es una consecuencia de la protección al patrimonio familiar. Se considera que los miembros de la familia son los llamados a continuar ese patrimonio, que ningún extraño puede tener expectativas sobre el mismo, y que los parientes son los únicos que tienen derecho para recibir el patrimonio o parte de él. Por eso, cuando se piensa que la propiedad sea perpetua, también se reglamenta la transmisión hereditaria a favor de los parientes consanguíneos; no se admite, ni habría razón, para que la sucesión hereditaria pudiera beneficiar a extraños. Además son razones de orden religioso las que permiten esta continuidad del patrimonio a través de los miembros de la familia. En los derechos primitivos el heredero se presenta más que como un continuador del patrimonio, como un representante del culto familiar y como un depositario de la potestad en el hogar. Su función jurídica va principalmente a referirse a la continuación de la potestad doméstica, el culto religioso y, como consecuencia, también a suceder en los derechos y obligaciones de carácter patrimonial. Todavía en el derecho romano primitivo el heredero principalmente es heredero forzoso en cuanto a la continuación del culto y de la potestad. Y se presenta como heredero voluntario para suceder en los derechos y obligaciones patrimoniales. Podrá el heredero renunciar a los bienes de la sucesión, pero no a la obligación que tiene de continuar el culto de la familia y la potestad en el hogar. Todo el sistema romano del *pater familias* y de la patria potestad, dependen de esta idea: que el heredero es sobre todo un representante del *pater familias* para continuar la potestad en el hogar.⁵

Se ha discutido mucho respecto de cuál es el carácter con que se da esa continuidad de la persona y del patrimonio del autor de la herencia.

En los primeros tiempos del derecho romano el principal fin del testamento era que existiera una continuidad en la potestad, en el culto y en el patrimonio, actualmente la cuestión hereditaria se ha convertido únicamente en una cuestión de transmisión económica, pero no siempre ha sido así, los autores se han

⁴ Registro Nacional de Avisos de Testamento editado por la Secretaría de Gobernación, la Dirección general de compilación y consulta del Orden Jurídico Nacional con la colaboración del Diario oficial de la federación. Septiembre de 2004. México D.F.

⁵ ROJINA VILLEGAS Rafael. *Sucesión Legítima*. Editorial Jus, México 1945. p.14.

cuestionado cuál es la verdadera naturaleza de la herencia, y quienes sostienen esa posición establecen que el derecho hereditario persigue como finalidad organizar un sistema jurídico, alegando que es necesario organizar un sistema jurídico que permita la continuidad patrimonial y que al tiempo pueda extender el estatus de la persona, por ejemplo, hay actos como el reconocimiento de hijos o la demanda de paternidad, que no tienen objetivos económicos.

Existen teorías como la de la ficción que establecen que la continuación de personalidad es sólo un hecho de ficción, porque la personalidad jurídica se extingue por la muerte, legislaciones como el Código de Napoleón o el Proyecto García Goyena establecen las teorías de continuación de la persona y bienes del difunto, pero como mencioné anteriormente lo que hay en realidad es una ficción al declarar que el heredero continúa la personalidad jurídica del difunto, también es erróneo decir que continúan todos los derechos, así como decir que el heredero es el representante del difunto, ya que la representación jurídica supone la existencia de un representante y de un representado, y en el caso de la herencia ya no hay representado, pero alguna vez sirvió para explicar la naturaleza de la herencia.

Otra teoría explica a la herencia como una causahabencia:

De tal manera que no es la personalidad del difunto la que continúa, sino que es una personalidad nueva, la del heredero, que como causahabiente a título universal, tiene directamente en su patrimonio todo el conjunto de derechos y de obligaciones que fueron del difunto y que por su naturaleza no se extinguieron con su muerte. Y esta idea de considerar al heredero como un causahabiente a título universal, responde a la finalidad económica de que la muerte no cause trastornos perjudicando a todos aquellos terceros que han entrado en relación jurídica con el difunto. Y también este mismo concepto de heredero como causahabiente a título universal, constituye la forma jurídica correcta de explicar, sin recurrir a ficciones, por qué en el momento de la muerte todos aquellos derechos reales y personales no quedan sin sujeto. Asimismo nos explica que el sujeto que continua esos derechos reales y personales no es un representante del difunto, si no un titular en su propio nombre, que recibe la universalidad que constituye la herencia, para convertirse, a partir del momento de la muerte, en sujeto activo o pasivo de las relaciones patrimoniales de carácter real o personal del autor de la sucesión.⁶

⁶ *Ibidem*; p.20 y 21.

La escuela clásica francesa sostuvo la teoría de que toda persona debe tener un patrimonio y sólo uno y que este es indivisible e inalienable, por lo que el heredero es un continuador del patrimonio como universalidad; así mismo estableció que no hay una continuidad patrimonial absoluta de los elementos del patrimonio, ya que cambia el propietario, pero subsiste la entidad patrimonial, de una universalidad llamada herencia, el Artículo 2656 del Código Civil de Jalisco, que es igual al 1284 del Código Civil del Distrito Federal establece que el heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda. A pesar de esta transmisión del patrimonio se debe decir cuales son los derechos patrimoniales que se extinguen con la muerte, tanto de naturaleza real como personal así como los demás derechos subjetivos de la persona que pueden ser objeto de transmisión hereditaria.

Son transmisibles por herencia la propiedad, las servidumbres, los derechos de autor, la prenda y la hipoteca, y son bienes que se extinguen con la muerte del titular el usufructo, el uso y la habitación. En cuanto a los derechos personales se puede decir que todos los derechos personales son transmisibles por herencia, aunque se exceptúan los derechos personales nacidos del contrato, sin que entren dentro de esta categoría la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento ilegítimo y otros que no dependen de la persona del acreedor, estos no son considerados como derechos personalísimos y por lo tanto si pueden ser transmisibles hereditariamente. Las obligaciones contractuales que constituyen una excepción, por ejemplo los derechos de crédito relativos a la remuneración de los servicios prestados, en este caso si son relativos a dinero y si son transmisibles, pero por ejemplo si el autor de la sucesión tenía un contrato de depósito, por el cual recibía un bien en custodia y a cambio le era pagada una cantidad, podrá ser transmisible el dinero que se le adeudare, pero no puede pretender el heredero sustituirse en la custodia del bien que el *de cujus* custodiaba.

Hay ciertas obligaciones que son transmisibles por herencia, pero sólo hasta el límite de lo heredado, como por ejemplo el derecho a alimentos; hay otros derechos que no pueden heredarse como el derecho a la libertad y los derechos políticos.

Por lo mencionado anteriormente se puede considerar que el derecho hereditario puede ser visto desde tres puntos de vista: el individual que se puede fundar en el principio de la propiedad privada, el familiar que se puede ver como derivado de la organización de la familia, y el social representado por el interés del Estado y que por lo tanto existen elementos personales reales y formales.

Según Sánchez Román citado por Castán Tobeñas⁷, los elementos personales son la capacidad del causante y del heredero en lo que se puede considerar como testamentifacción activa y pasiva. Los elementos reales se reducen a la condición hereditaria de las cosas, es decir que las cosas que se heredan estén en el patrimonio del causante y que sean como ya mencioné aptas para ser transmitidas (bienes transmisibles por herencia) y los elementos formales que se constituyen por el título por el cual se hereda (el testamento o la declaración de ser heredero legítimo), y por supuesto la aceptación que el heredero haga de la herencia.

Actualmente:

Los Códigos civiles modernos han aceptado como principios básicos del derecho sucesorio: a) La alienabilidad de todos los bienes y la igualdad de las personas, con la consiguiente abolición de las antiguas vinculaciones y toda clase de privilegios sucesorios. b) La unidad de patrimonio hereditario, y consiguiente organización de la sucesión con arreglo al parentesco, sin atender a la naturaleza de los bienes ni a la procedencia de estos. El antiguo sistema real o trocal ha sobrevivido, durante mucho tiempo, en Inglaterra, siempre ligada a sus tradiciones y poco propicia a aceptar influencias continentales; pero aún allí ha acabado por desaparecer, a virtud de la ley sobre derecho de propiedad de 29 de junio de 1992. Así mismo en la actualidad, las teorías que se llaman localizadoras presentan como aspiraciones más significadas en orden al derecho de sucesiones: limitar la libertad de disposición testamentaria; cercenar cada vez más los derechos de los parientes, principalmente los colaterales, en la sucesión intestada; mejorar, por el contrario, la posición del cónyuge viudo, y sus derechos, tanto en la

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Op. cit.*; p.451.

sucesión testamentaria como en la intestada; acrecer, también, la participación del Estado en las herencias, ya concediéndole una cuota legitimaria, ya mejorando su posición en la sucesión abintestato, ya aumentando el impuesto de transmisión de bienes, y proteger la pequeña propiedad mediante instituciones encaminadas a mantener la indivisibilidad hereditaria de las casas obreras o de los bienes rústicos necesarios para alimentar una familia.⁸

En la historia de la herencia han existido figuras que pretenden que se mantenga esa unidad del patrimonio hereditario, por ejemplo la del mayorazgo, que pretendía que la unidad económica del *de cujus* se mantuviera reunida, en la realidad este intento no ha sido atractivo desde los puntos de vista operativos y del Estado y produjeron que la mayoría de países que habían adoptado este sistema lo cancelaran.

El mayorazgo consistía en:

El derecho de suceder en los bienes vinculados, esto es, en los bienes sujetos al perpetuo dominio en alguna familia con prohibición de enajenación. El célebre mayorazguista Molina dice ser un derecho que tiene el primogénito más próximo de suceder en los bienes dejados con la condición de que se conserven íntegros perpetuamente en su familia, y añade que no debe abandonarse esta definición por el motivo de haber algunos mayorazgos en que no sucede el primogénito, y otros que no son perpetuos sino temporales, pues que semejantes modos de suceder, no son mayorazgos, ó cuando mas lo son impropios. Llámese también mayorazgo el conjunto de bienes vinculados, y la persona que los posee o ha de heredarlos. Esta palabra viene de las latinas *major natu*, mayor de nacimiento, primogénito, porque el derecho de suceder suele pasar de primogénito en primogénito por orden sucesivo.

El mayorazgo puede ser de tantas especies cuantas son las maneras de instituirle que pueden concurrir al hombre; pero suele dividirse en perpetuo y temporal, y en regular e irregular. El irregular puede ser de una de las nueve especies que siguen, a saber: 1ª de agnación verdadera; 2ª de agnación fingida o artificiosa; 3ª de simple masculinidad; 4ª de feminidad; 5ª de elección; 6ª alternativo; 7ª saltuario; 8ª de segundo-genitura; 9ª incompatible.

Cualquiera persona hábil para testar y contratar podía en lo antiguo libremente instituir mayorazgo o vínculo en contrato o en testamento, de parte o de todos sus bienes, con tal que no se perjudicase en su legítima a los herederos forzosos; mas desde mayo del año 1789 no se pueden fundar mayorazgos ni aún por vía de agregación o de mejora de tercio y quinto, ni por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente por medios directos o indirectos la enajenación de bienes raíces o estables, sin preceder licencia del soberano, la cual se concede a consulta de la cámara, previo informe o conocimiento de si el mayorazgo o mejora llega o excede, como deberá ser, a tres mil ducados de renta, de si la familia del fundador puede por su situación aspirar a esta distinción para emplearse en las carreras militar o política con utilidad del estado, y de si el todo o

⁸ *Ibidem*; p.459.

la mayor parte de los bienes consiste en raíces, lo cual ha de moderarse disponiendo que las dotaciones perpetuas se hagan y sitúen principalmente sobre efectos de rédito fijo, como censos, juro, efectos de villa, acciones de banco u otros semejantes, a fin de que quede libre la circulación de bienes estables para evitar su pérdida o deterioro. Es nula pues toda vinculación que se haga sin facultad superior, y los parientes inmediatos del fundador o testador tienen derecho para reclamarla y suceder libremente; mas no por esto están prohibidas las mejoras de tercio y quinto sin vinculación perpetua.

Obtenida la competente autorización, puede fundar mayorazgo, sin perjuicio de los herederos forzosos, así por contrato entre vivos como en última voluntad, cualquiera persona que no sea inhábil para testar y contratar; y no solo puede fundarlo por sí misma, sino también por medio de comisario, dándole al efecto suficiente poder. La mujer casada puede fundar mayorazgo en testamento sin licencia de su marido; mas para fundarle en contrato ha de intervenir precisamente dicha licencia, porque la mujer puede testar, pero no contratar sin este requisito. El hijo de familia que tiene edad para testar, puede fundar mayorazgo de la tercera parte de sus bienes en testamento y última voluntad sin licencia de sus ascendientes.

Después de instituido el mayorazgo, puede el fundador revocarlo, añadir, variar y mudar sus llamamientos, o poner las condiciones y gravámenes que le parezcan, a no ser que habiéndole instituido en contrato, le haya confirmado con juramento de no hacer mudanza alguna, o haya dado la posesión de los bienes al primer llamado, o le haya entregado la escritura ante escribano, o le haya fundado por causa onerosa con tercera, como por ejemplo de casamiento u otras semejantes; en cuyos casos nada podrá hacer de lo insinuado si no se reservó facultad para ello.⁹

⁹ ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal y Forense*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 1993, pp.422 y 423.

CAPÍTULO II. LOS PRINCIPIOS DE LA HERENCIA

Hay temas que para su estudio se pueden referir indistintamente a las sucesiones tanto in testamentarias o legítimas como a los testamentos, ya que son puntos comunes en ellos.

El primero es el que establece que aunque no se manifieste expresamente, toda herencia se recibe a beneficio de inventario, lo cual quiere decir que quien hereda sólo responde de las deudas del autor de la sucesión en la medida de lo recibido, este principio ha sido reconocido en casi todos nuestros Códigos Civiles, de la misma forma se encuentra contenido en el Proyecto García Goyena y en los Códigos Civiles de 1870 y de 1884 y actualmente aparece en el Artículo 3019 del Código Civil para el Estado de Jalisco, el cual es igual al Artículo 1678 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que la aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario aunque no se exprese. De esto se deriva la consecuencia de que el heredero no responde con sus bienes personales de las deudas heredadas así como igualmente tampoco puede pagar sus deudas personales de lo heredado antes de liquidar a los acreedores hereditarios, en caso de que exista remanente, el heredero podrá disponer de él cuando se le adjudique.

Existen diferencias al respecto entre nuestro derecho con el derecho francés e italiano, en el primero la aceptación puede darse de diversas formas, el Artículo 774 del Código Civil Francés establece que: “una sucesión puede ser aceptada pura y simplemente o bajo beneficio de inventario”,¹⁰ en el código Civil Italiano se establece en el Artículo 484 que “la aceptación a beneficio de inventario se da mediante declaración recibida por un notario o del canciller que ordenó el

¹⁰ *Code Civil. Litec 1994-1995. Paris.*

mandamiento en el cual se ha abierto la sucesión e integrada en el registro de las sucesiones conservado en la misma oficina”¹¹.

Por lo anterior, se debe establecer que en ambos países no se da la recepción de la herencia automáticamente a beneficio de inventario, sino que al aceptar la herencia se tendrá que manifestar la forma de cómo se acepta.

Una segunda situación que se tiene que tomar en cuenta es que en nuestro país existe una separación de patrimonio, esto opera por ley y constituye una excepción fundamental a la teoría clásica del patrimonio personalidad; el heredero tiene dos masas autónomas los derechos y obligaciones desde que acepta la herencia hasta que se liquida la misma. Durante ese tiempo se mantienen autónomos los dos patrimonios, ya que los acreedores de la herencia no pueden ejercitar sus derechos ejecutándolos sobre los bienes personales del heredero, ni los acreedores personales del heredero pueden ejecutar sobre los bienes de la herencia, lo que si pueden hacer los acreedores es embargar los derechos hereditarios, sujetos estos al beneficio de inventario para que si queda activo con eso se pague.

El Artículo 3019 del Código Civil de Jalisco que es igual al 1678 del Código Civil para el Distrito Federal, que fue transcrito anteriormente, establece que “la aceptación en ningún caso produce la confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos.” Con lo que se da el fundamento legal del principio antes descrito.

Ya se ha establecido que las vías sucesorias establecen que la transmisión de la herencia puede darse por vía testamentaria o por vía legítima, la primera es la que se hace por cualquier forma de testamento de los establecidos en la ley, la sucesión legítima está condicionada por la muerte del autor de la sucesión. La primera es más compleja en este sentido, porque puede darse una transmisión

¹¹ *Codice Civile. Edizioni Simone. Pompei.*

universal en el caso del heredero único o una transmisión a título particular en el caso del legatario, o cuando hay varios herederos. Por cierto la transmisión de patrimonio como universalidad jurídica sólo se da en esta forma (testamento universal), aunque se puede decir, que también se da, en el caso de la expropiación total de bienes. En los dos casos se mantiene el principio de beneficio de inventario. En el segundo caso sería dudoso porque al haber una indemnización se rompería la universalidad.

En el Caso del legatario los legados pueden ser de dar o de hacer o de adquirir cosas determinadas o determinables, en ninguno de los dos casos hay una transmisión de patrimonio, y como principio general no responde a beneficio de inventario, salvo que se haya condicionado el legado y en ellos simplemente se transmite un bien en sentido general, cosas o servicios de un valor determinado o determinable.

El Artículo 2657 del Código Civil para el Estado de Jalisco, que es igual al 1285 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que 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 y al no ser heredero universal, el legado de cosa cierta se transmite con pleno dominio desde el momento de la muerte del autor de la sucesión, y tan es así que el riesgo que corre la cosa es a cargo del legatario porque ya es dueño de la misma.

Existen dos casos en que el legatario es responsable, el primero se da en el caso de que toda la herencia se haya distribuido en legados, el Artículo 2658 del Código Civil para el estado de Jalisco, igual al 1286 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que cuando toda la herencia se distribuye en legados, los legatarios serán considerados como herederos. El segundo caso se da cuando los bienes legados son de cosa no determinada pero determinable, por lo que la propiedad se transfiere no como se menciona en el párrafo anterior sino cuando ésta se determina, porque hasta el momento en que esto suceda será dueño de la

cosa y si ésta se pierde será la masa hereditaria la que tenga la pérdida, por ejemplo si en un testamento se establece un legado que consiste en un perro no determinado, si éste se pierde antes de determinarlo, se pierde para la masa y se tiene que adquirir un animal de la calidad señalada en el testamento para entregarlo y si no se señaló calidad debe entregarse uno de calidad media, todo esto se concluye de la interpretación del Artículo 2662 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al 1290 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que el legatario adquiere derecho a legar puro y simple así como al de día cierto desde el momento de la muerte del testador, por lo que si no se ha determinado, será hasta que se determine cuando lo adquiriera.

El legado puede ser considerado como fuente de obligaciones para el legatario, así

Tiene interés precisar esta naturaleza del legado, porque el testamento se presenta de esta suerte, a través del legado, como una fuente de obligaciones.

Hasta ahora en la clasificación clásica, tanto romana como la que deriva del Código francés, o la clasificación moderna de las fuentes de las obligaciones, no se menciona al testamento como fuente; y en nuestro concepto el testamento es una fuente de obligaciones cuando se instituyen legados de hacer o de cosas en especie, en virtud de que el legatario se presenta como un acreedor de prestaciones de hacer o de cosas fungibles, equivalentes. Y el heredero gravado con el legado se presenta como deudor o sujeto pasivo, o bien, la sucesión, cuando el legado afecta a la masa hereditaria. Sólo que la obligación nacida de esta fuente tiene características especiales; el testamento como acto jurídico unilateral crea estas obligaciones, por una manifestación de voluntad del testador condicionada a varios supuestos normativos que adelante se precisarán. Es decir, la manifestación de voluntad de una persona que no es el sujeto pasivo, da nacimiento a una obligación. En los demás actos jurídicos la manifestación de voluntad del deudor es la que da nacimiento a la obligación, y en esto no hay nada de anormal, el contratante se obliga por su manifestación de voluntad, el contrato como acto jurídico es fuente de obligaciones que lógicamente concebimos porque el contratante quiere obligarse. En la fuente que se llama declaración unilateral de voluntad, el que emite la declaración resulta obligado. Pero en el testamento, la manifestación de voluntad del testador va a obligar al heredero o a la sucesión. Es decir, se trata de un acto jurídico en que el deudor resulta obligado independientemente de su voluntad. Sin embargo, esta situación anormal se normaliza a través de los siguientes supuestos:

I. El heredero debe aceptar para resultar obligado. Nadie puede ser heredero contra su voluntad, y ningún heredero puede resultar deudor del legado si previamente no acepta la herencia. Encontramos en la aceptación de la herencia la explicación lógica de esta obligación que ha creado el testador, pero condicionada a la aceptación del heredero; si el heredero repudia la herencia no resulta obligado por el legado.

II. La herencia debe ser solvente. Si hay insolvencia, como el heredero la recibe a beneficio de inventario, no responderá de los legados, supuesto que los bienes han sido aplicados primero al pago de las deudas.

III. Debe el heredero ser capaz de heredar; puede la herencia ser solvente y el heredero aceptarla, pero si resulta incapaz por causas de indignidad, por ejemplo; algún delito, o no nace a cargo de él la obligación de pagar el legado.

IV. Debe el legatario aceptar el legado; si el legatario acreedor repudia el legado tampoco nace la obligación especialísima creada por este acto jurídico.¹²

El Artículo en comento es prácticamente universal pues se encuentra establecido desde la Ley 5 título 2 libro 56 del Digesto, Ley única, Párrafos 1 y 5 título 541, Artículos 1014 francés, 843 Sardo, 1004 Holandés, 1618 de Luisiana, 684 austriaca y 1 Bávaro, se contempla en el Artículo 706 del Proyecto García Goyena y en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 del Distrito Federal.¹³

Por lo tanto la existencia de la herencia queda sujeta a la existencia de supuestos, unos esenciales y otros no, pero se encuentran en muchos casos: entre los primeros, se dan la solvencia de la sucesión y la aceptación del heredero o legatario, no sólo son obligatorios sino que sin ellos no existe la herencia, en cambio los segundos no son esenciales, ya que si alguien no acepta el legado o herencia la ley suple a quién entrará en lugar del que no acepte, y aún en caso de que no hubiera sustitución de herederos la ley proveerá a quien se destinen los bienes (si no hay herederos heredará la beneficencia pública Artículos 2911 y 2942 del Código Civil del Estado de Jalisco y 1636 y 1637 del Código Civil del Distrito Federal.)

El problema surge en el sentido de que el término sucesión legítima no quiere decir lo mismo en todos los países y en todas las situaciones, por lo que haré un breve estudio de derecho comparado al respecto, para eso el maestro Escriche establece al respecto que:

Herencia legítima o Abintestato es la que se refiere a los parientes del difunto intestado en el orden prescrito por la ley. Los bienes de los que mueren

¹² ROJINA VILLEGAS, *Op. cit.*; p.68 y 69.

¹³ BATIZA, Rodolfo, *Las Fuentes del Código Civil de 1828*. Editorial Porrúa. México. 1979. p.681.

abintestato deben entregarse por entero y sin deducción alguna a los parientes a quienes pertenezcan por derecho de sucesión; y estos han de hacer el entierro, exequias y sufragios al difunto, según su clase y la costumbre del país. Sólo en el caso de no cumplir los herederos con esta obligación, se les completará a ello por sus propios jueces, sin que por dicha omisión, y para el efecto referido, se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes.

Cuando los herederos abintestato están ausentes, o son menores sin tutor que pida el inventario, podrán los jueces respectivos nombrarles defensor o tutor y mandar inventariar y depositar con asistencia de estos en persona segura los bienes de la herencia para evitar su ocultación y extravío; mas no es necesario que el juez asista a la confección del inventario.¹⁴

El Artículo 806 del Código Civil Español establece que *“legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”*¹⁵.

Es necesario hacer una precisión de esta normativa de derecho comparado y es que como ya se comentó anteriormente, el libre testamento se da en México por cuestiones particulares, y con eso se rompe la tradición del derecho continental y esta diferencia consiste en que hay muchos países en los que existen herederos forzosos, o sea que el testador no puede omitirlos de su testamento, por lo que si el testador los omite, la ley prevé que heredarán abintestato de tal manera que la sucesión legítima y la sucesión intestada no significa en derecho español lo mismo, pues la legítima puede darse respecto de la testamentaria y la intestada se da en los supuestos que el Artículo 912 del mismo Código.

Por lo anteriormente expuesto se puede decir que no es válido confundir la sucesión legítima con la intestada, ya que la legítima en el derecho continental puede ser aplicada en los casos de sucesión testamentaria pues en este caso se trata de bienes de los que el testador no puede disponer en virtud de que la ley los ha reservado a determinados herederos llamados herederos forzosos.

¹⁴ ESCRICHE, Joaquín, *Op. Cit.*: p.282.

¹⁵ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier *Código Civil, Con Concordancia, Notas y Jurisprudencia* Editorial Aranzadi, El Cano Navarra, España, 2001. p.806.

El derecho español en el Artículo 807 de su Código Civil establece que: *“son herederos forzosos: 1º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este código”*. Sin embargo el Artículo 808 y siguientes establecen en forma clara los bienes que constituyen la legítima y se forma para los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre, sin embargo de estas dos terceras partes pueden ser tomadas por el testador de una de estas dos para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes, al respecto hay una sentencia del Tribunal Supremo Español que establece:

La mentada disposición testamentaria obviamente viene a evidenciar la voluntad expresa de la testadora, manifestada, al dejar sin efecto un testamento anterior designando heredero universal de sus bienes, y atribuir en el último válidamente otorgado, la condición de herederos por terceras partes iguales a los aquí contendientes padre e hijos, presupone una clara voluntad expresa de distribuir igualitariamente su haber, institución que , al implicar una voluntad de mejora expresa, dable dentro de sus facultades dispositivas de última voluntad, con las que no priva al heredero forzoso demandante de la cuota de legítima estricta, el tercio señalado en el art. 808 del CC, voluntad de la testadora que es Ley de la sucesión y que ha de ser mantenida, de acuerdo con el art. 675, del mismo Código.¹⁶

La sucesión intestada tiene una larga historia en los derechos forales españoles de los que se puede establecer como muestra los siguientes: Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, de Aragón. Código de Sucesiones por Causas de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña.

Habiendo establecido que existen herederos forzosos y legítima la porción de bienes de los que el testador no puede disponer, tenemos que establecer que parte de la herencia es la que constituye la legítima, manifestando obviamente que ésta sólo es válida con reservas para España (ya que hay sitios en que no es aplicable) la regla no es universal pues varía dependiendo de diferentes

¹⁶ STS 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432).

circunstancias, el Artículo 808 del Código citado establece que *“constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre sin embargo pueden estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte es de libre disposición”*. En otras palabras se puede decir que son tres partes las que forman la herencia, la primera es aquella de la que no puede disponer el autor de la sucesión sino en favor de sus hijos y descendientes, la segunda se puede destinar a cualquiera de estos herederos pero se podrá excluir a otros de esta porción y la tercera es de libre disposición.

Sin embargo respecto de la legítima de los padres o ascendientes, a estos les corresponde como legítima la mitad del haber hereditario de los hijos y ascendientes excepto en el caso en que concurren con el cónyuge viudo en cuyo caso se estará a las terceras partes.

El precepto referido induce un orden específico de sucesión en cierta clase de bienes, diferente de la sucesión forzosa con la que tiene que ser compatible con la legítima.

Sin embargo si bien el testador no puede privar a los herederos de la legítima, ni imponer gravámenes ni condiciones, ni sustituciones de ninguna especie en la regla general hay excepciones, como el usufructo del viudo y las causas de excepción se fijan en la propia ley española al establecer:

Artículo 756: Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1. Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos.
2. El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.
3. El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa.
4. El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera

procedido ya de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar.

5. El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.

6. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.”¹⁷

7. “Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los Artículos 142 y 146 del Código Civil.

El apartado 7 ha sido añadido por el Artículo 10 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.¹⁸

Artículo 853: “Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el Artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes: 1. Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra...”

Se tiene que diferenciar los dos aspectos que mencionan los Artículos 156 y 853, ya que la desheredación y la indignidad son conceptos distintos debido a que la desheredación puede darse fundada en alguna de las causas de indignidad que menciona el Artículo 852, la indignidad constituye un modo de incapacidad relativa para suceder haya habido o no desheredación. Se debe recordar que en España existe la sucesión legítima y por eso la voluntad de desheredar tiene que estar justificada, situación que no se da en nuestro país donde basta con la voluntad exteriorizada en forma (o sea generalmente ante notario) para que la desheredación tenga lugar y se formalice. Por lo ya mencionado se puede percatar la gran importancia que tiene en España este hecho, a diferencia de nuestro país donde no tiene la importancia que en España.

¹⁷ Código Civil Español Op. cit.

¹⁸ (BOE núm. 277, de 19-11-2003, pp. 40852-40863).

La capacidad para heredar es igualmente importante en las dos legislaciones (México y España), siendo diferentes las causales que manejan los legisladores de ambos países.

En primer término se declara incapaz de heredar a los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor o los concebidos cuando no sean viables, sin embargo puede señalarse que los hijos que nacieran de ciertas y determinadas personas pueden heredar, por ejemplo: declaro herederos a los hijos que tengan mis sobrinos x o y, aunque no hayan nacido a la hora de hacer el testamento pero sí durante la vida del testador.

La segunda causa que genera la incapacidad para heredar es el delito, lo que es común a las testamentarias y a los intestados, puesto que a lo que se refiere la incapacidad para heredar es a las cualidades personales de los presuntos herederos o legatarios, lo que mantiene unidad sin importar si el origen de la transmisión es por herencia o en sucesión intestada. El Artículo 2957 del Código Civil del Estado de Jalisco semejante al Artículo 1316 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Artículo 2957. Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o por intestado:

I. El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate o a los ascendientes, descendientes, cónyuge, concubina o concubinario o colaterales hasta el cuarto grado;

II. El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, cónyuge, concubina o concubinario o colaterales hasta el cuarto grado, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aun cuando aquella sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su

vida, su honra o la de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, concubina o concubinario o hermanos;

III. El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente;

IV. El coautor del adulterio, ya sea que se trate de la sucesión de éste o de la del cónyuge inocente;

V. El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, concubina o concubinario o colaterales hasta el cuarto grado;

VI. El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos;

VII. Padres que abandonaren a sus hijos, o los prostituyeren o atentaren a su pudor, respecto de los ofendidos;

VIII. Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de proporcionarle alimentos, no la hubieren cumplido;

IX. Los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no cuidaren de recogerlo o de hacerlo recoger en establecimientos de beneficencia;

X. El que usare de violencia, dolo o fraude con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento; y

XI. El que conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, sustitución, o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió corresponder a éste o a las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con estos actos.”

En el Código Civil para el Distrito Federal las incapacidades que he mencionado y la de delito cometido en contra del autor de la herencia son numeradas en los mismos términos pero por diferente causa, por eso comentaré las causas de delito conforme al Código Civil para el Estado de Jalisco.

La fracción primera necesita que exista una condena firme por haber logrado dar muerte al autor de la sucesión, a sus ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos de esta persona (el autor de la sucesión).

En la segunda fracción se contempla que será incapaz de heredar el que haya acusado aún fundadamente por un delito que merezca pena capital o de prisión, con la salvedad de que haya sido preciso el acto acusatorio para que quien lo hizo salve su vida su honra o las de su descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos, situación en la que no se inhabilita para heredar por causa de delito. Este Artículo tiene sus raíces desde los Códigos Civiles 1870 y 1884 para el Distrito Federal.

Las fracciones tercera y cuarta inhabilitan tanto al cónyuge adúltero como al coautor del adulterio, si se trata de suceder al cónyuge inocente, pero se requiere que el adulterio haya sido declarado judicialmente.

ADULTERIO COMO CAUSA DE INCAPACIDAD PARA HEREDAR. ES MENESTER SENTENCIA PENAL PREVIA QUE DECLARE ADULTERO AL CONYUGE CULPABLE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO).

El Artículo 1250 del Código Civil de Jalisco, igual al 1316 del Distrito y Territorios Federales, enumera las incapacidades para adquirir bienes por testamento o por intestado, por razón de delito; y aunque no todas responden a la acepción legal y jurídica de delito, la incapacidad por adulterio si requiere la comprobación del delito de adulterio mediante sentencia del orden penal, porque una sentencia civil que decida la procedencia de la causal de divorcio por adulterio, ya no sólo incapacita al cónyuge culpable para heredar al inocente, sino que le hace perder el carácter mismo de heredero, en virtud de que por el divorcio dejan de ser cónyuges. En consecuencia, la causal III del Artículo 1250 del Código Civil de Jalisco (1316 III del Código Civil del Distrito Federal), requiere la comprobación previa, mediante sentencia, del delito de adulterio.

Amparo directo 7958/60. María Ramírez Maldonado. 2 de agosto de 1965. 5 votos.
Ponente: Ramón Canedo Aldrete.

La tesis antes mencionada, esta basada en el Código Civil de Jalisco anterior, por lo que el Artículo actual equivalente al mencionado en la tesis es el 2957 del mismo Código.

De la misma forma será incapaz para heredar por delito el que pretenda heredar cuando haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión cometido en contra del autor de la herencia, descendientes, cónyuges, ascendientes o hermanos, tal y como lo establece la fracción quinta del Artículo en comento, esto resulta evidente, ya que las relaciones familiares implican una reciprocidad de cariño que impide a quien no mantiene esa reciprocidad a no adquirir derechos y a ser privado de estos cuando se ha actuado en contra del autor, como es el caso de quien comete un delito en contra del autor de la herencia.

Respecto de la fracción sexta acerca de la exposición de menores se comentará posteriormente.

La fracción séptima excluye de la capacidad de heredar a los padres que abandonen a sus hijos, los prostituyan o atenten contra el pudor de estos, en un sentido amplio la guarda de un hijo comprende todos los derechos que se ejercen sobre su persona, en sentido estricto comprende el derecho de retener al hijo en el lugar escogido por los padres, donde tiene su domicilio legal y ese derecho de guarda trae como consecuencia el derecho de los padres a velar sobre el cuerpo del hijo, lo que comprende también el derecho de autorizar o prohibir la reproducción fotográfica, pública de su hijo.

El padre no solamente tiene el derecho sino también el deber de ejercer su guardia sobre el hijo por eso el abandono de un hijo es un delito (Artículo 342 y s. C. Penal Ley siete de abril de 1898) no obstante el temor de los abortos y de los infanticidios hace necesaria una cierta tolerancia. Por eso un decreto del 19 de enero de 1811 ha consagrado los sistemas de los tornos, aparatos movibles que permiten depositar un niño en el hospicio sin ser vistos. Estos tornos han sido cerrados uno después de otro a partir de 1823; pero los inconvenientes de esta clausura se han manifestado tan claramente que la ley del 27 de Julio de 1904 prevé nuevamente la admisión de niños en los hospicios a puerta abierta sin que la persona que los lleve este obligada a dar a conocer ni el nombre del niño ni el

lugar ni la fecha de nacimiento. La presentación del niño se hace sin otro testigo que la persona nombrada para el servicio de admisión que está obligada al secreto profesional.¹⁹

Si el abandono es grave el prostituir o atentar contra el pudor de los menores a su cargo es un acto despreciable, condenable por todos los conceptos que mereció hasta la condena de Jesucristo al establecer: *"Y al que escandalizare a uno de estos pequeñuelos que creen en mí, más le valiera que le colgasen al cuello una piedra de molino de asno y le hundieran en el fondo del mar. ¡Ay del mundo por los escándalos! Porque no puede menos de haber escándalos; pero ¡ay de aquel por quien viniere el escándalo!"*²⁰

¹⁹ PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés* tomo I. Ediciones del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp.345 y 346.

²⁰ NACAR FUSTER, Eloíno y COLUNGA, Alberto. *Sagrada Biblia*. Edición de Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 1985. Mt. 18,6-7. p.1068.

CAPÍTULO III. LA SUCESIÓN POR TESTAMENTO

Es conveniente, establecer el concepto de testamento, pues aunque la idea es universal, existen particularidades en cada Estado y situación.

Modestino elaboró una definición clásica que establece "*testamentum est voluntatis nostre iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*"²¹. Esta definición según muchos autores se puede aplicar en el derecho moderno, aunque hay autores que al contrario consideran que esa posibilidad no se daría en derecho romano, ya que no diferencia entre éste y el codicilo.

La palabra testamento proviene del latín *testamentum* que a su vez viene de *testis* testigo y de *testo* atestiguar, sin embargo hay quienes lo hacen derivar de *testatium et mens* que significa testimonio de la mente.²²

La sucesión en Roma, se da en principio cuando se establece el derecho de propiedad, ya que para esa forma de pensar no era posible, que se considerara que ese derecho se extinguiera tras la existencia de un individuo y si bien el hombre muere el culto permanece (no se debe de olvidar que la religión romana se formaba al divinizar a los fallecidos que se convertían en *lares* (deidades) de su propia casa, el hogar no podía extinguirse ni se podía abandonar la tumba y el derecho de propiedad debe de considerar que subsiste en ella, esto tomando en cuenta que el culto de una familia y la propiedad eran una misma cosa, por eso en Grecia y en Roma no era posible adquirir la propiedad sin el culto ni el culto sin la propiedad. Cicerón establece que "*la religión prescribe, que los bienes y el culto de cada familia sean inseparables y que el cuidado de los sacrificios corresponda siempre a quien le toca la herencia*"²³

²¹ DIGESTO, Libro XXVIII Título Primero fragmento primero.

²² MANDETA, Marco. *Il Testamento*. Utet 2002, Torino, Italia. p.62.

²³ CICERÓN de LEGIBUS citado por FUSTEL DE COULANGES *La Ciudad Antigua*. Porrúa, México, 2003. p.48.

De este principio han emanado todas las reglas del derecho de sucesión entre los antiguos. La primera es que, siendo la religión doméstica como ya hemos visto, hereditaria de varón en varón, la propiedad también lo es. Como el hijo es continuador natural y obligado del culto, también hereda los bienes. Así encontramos la regulación sobre la herencia, regulación que no es el resultado de una mera convención entre los hombres, sino que se deriva de sus creencias, de su religión, de lo que hay de más poderoso en las almas. La razón de que el hijo herede, no es la voluntad personal del padre. El padre no necesita hacer testamento: el hijo hereda con pleno derecho, ipso jure heres existit, dice el jurisconsulto. Es también heredero necesario, heres necessarius. No tiene que aceptar ni rechazar la herencia. La continuación de la propiedad, como la del culto, es para él tanto una obligación como un derecho. Quiéralo o no, la sucesión le incumbe, sea la que sea, aun con sus cargas y sus deudas. El beneficio de inventario y el beneficio de abstención no se admiten para el hijo en el derecho griego, y sólo más adelante se introdujeron en el derecho romano. Para tener una idea clara de la herencia entre los antiguos no tenemos que representarnos los bienes de la herencia como algo que se transmite de una mano a otra. La fortuna se mantiene inmóvil, como se mantiene inmóvil el hogar y la tumba a la que está asociada, es el hombre quien pasa quien se prolonga en sus generaciones.²⁴

Justiniano en sus Instituciones establece confirmando lo que se ha dicho antes que: "ceteri qui testatoris juris subjecti non sunt extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, extranei heredes videntur. Qua de causa et qui heredes a matre instituuntur, eodem numero sunt, quia feminae in potestate liberos non habent. Servís quoque heres institutos a domino et post testamentum factum ab eo manumissus, eodem numero habetur."²⁵

Platón, en su Tratado de las Leyes que en realidad no es más que un comentario sobre las leyes atenienses de su tiempo supone que en su lecho de muerte un ateniense exclama:

¡Oh, dioses!, ¿nos es bien duro que no pueda yo disponer de mis bienes a favor de quien me plazca, dejando más a este, menos a aquel, según el mayor o menor afecto que me han demostrando, y del cual he recibido pruebas bastantes en el curso de mi enfermedad, en mi vejez y en los diversos acontecimientos de mi vida?"..... a lo que el legislador le responde: "Mis queridos amigos, les diremos, vosotros que más que ningún otro apenas podéis contar con un día de existencia, os es difícil en el estado en que os halláis juzgar bien de vuestros negocios, ni tampoco conoceros a vosotros mismos, como lo ordena Apolo Pitio. Por lo tanto, os declaro, en calidad de legislador, que no considero que os pertenecéis a vosotros mismos, ni que os pertenecen vuestros bienes, sino que todo pertenece a toda vuestra familia, lo mismo a vuestros antepasados que a vuestra posteridad; y con más razón aun declaro que toda vuestra familia con sus bienes pertenece al Estado. Sentado esto, si mientras la enfermedad o la vejez os hacen fluctuar entre la vida o la muerte, hay aduladores que, insinuándose en vuestro espíritu, os

²⁴ FUSTEL DE COULANGES, *Op. cit.*; p. 49.

²⁵ ORTOLÁN M. *Instituciones de Justiniano*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. "Todos los que no están sometidos a la potestad del testador se llaman herederos extraños. Así nuestros propios hijos, que no están bajo nuestra potestad, cuando son instituidos por nosotros, son herederos extraños. Sucede lo mismo, y por la misma razón, con los hijos instituidos por su madre, porque las mujeres no tienen patria potestad sobre sus hijos; y con el esclavo instituido heredero por su señor, pero manumitido por éste después de la formación del testamento." pp.156 y 157.

comprometen a hacer vuestro testamento contra las buenas reglas, yo no lo consentiré en cuanto de mí dependa; sino que haré mis leyes, teniendo esto en cuenta, consultando el bien público y el de vuestra familia, y subordinando como es de razón a estos objetos el interés de cada particular. Caminad hacia el término en que la naturaleza humana concluye, sin mostrarnos duros ni conservar resentimientos contra nosotros; cuidaremos de vuestros parientes empleando para ello todas nuestras fuerzas, sin desatender a unos para favorecer a otros.²⁶

Por lo anterior se puede ver como el testamento no era completamente desconocido, pero sí era difícil de hacer ya que se necesitaban muchas formalidades y cuestiones como desheredar a la familia, cuestión que violaba la ley que la religión había establecido, puesto que la autoridad primera no pertenecía al padre sino que en cada casa había algo superior al mismo padre: la religión doméstica al dios que los griegos llamaban hogar-señor o que los romanos designaban *lar familiae Pater*, esta era la que fijaba los rangos en la familia y el padre tan sólo ejecutaba las normas que las deidades familiares habían establecido.

El Código Civil Francés no lo define, sino que sólo establece sus efectos.

El Código Civil Italiano establece en el Artículo 587 *"Il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse.*

*Le disposizioni di carattere non patrimoniale che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale"*²⁷

El testamento ha tenido como característica principal la libertad del testador, lo que deriva de la necesidad de quien fallece y de los que reciben la herencia de tener la certeza que la voluntad del testador ha sido emitida libremente, lo cual

²⁶ PLATÓN. *Las Leyes*. Porrúa, México, 1991. pp.234 y 235.

²⁷ Codice Civile Edizioni Simone 1992. Pompei (Na). Versión libre. Testamento: el testamento es un acto revocable con el cual una persona dispone de todas sus propiedades o parte de ellas al tiempo en que muere. Las disposiciones de carácter no patrimonial que la ley permite que estén contenidas en un testamento, tengan validez, cuando se contengan en un acto que tenga la forma de testamento aunque en éste falten las disposiciones de carácter patrimonial.

resulta lógico puesto que de no ser clara la disposición no se podrá consultar con el autor pues éste habrá fallecido, considero importante aclarar que “*el testamento, como los romanos lo concibieron no tiene precedentes en la historia del derecho antiguo y se nos presenta como una de las creaciones más originales y características del genio jurídico latino*”²⁸.

Una de las formas que se ha tomado en cuenta para proteger esa voluntad es la de que el testamento se realice ante testigos, esta forma ha sido conservada desde hace muchos años variando dependiendo de los tiempos y de las diferentes formas, la otra forma de protección ha sido la figura del notariado, también con las variantes de cada forma y lugar.

Si se pudiera considerar la importancia de los testigos en la historia del derecho se tendría que buscar en varias épocas como el derecho romano, la edad media, hasta llegar a los testigos en los testamentos de los códigos modernos, siendo los más destacados los que se mencionan a continuación:

1. El testamento *Calatis Comitiis*, que era una forma arcaica eminentemente religiosa que se manifestaba por el testador ante el pueblo cuando se celebraban comicios que eran presididos por los pontífices, en este testamento el pueblo era quien actuaba como testigo.

2. El testamento *In Procinctu*, que “*se hacía ante el ejército formado en orden de batalla y dispuesto para el combate y puede considerarse que era sustituto del anterior en aquél caso supremo*”²⁹

3. Álvaro D'ors habla de un testamento denominado como testamento *Per aes et libram* que era el que se celebraba con formalidad, pero lo que atestiguaba la voluntad del testador eran las tablillas (*tabulae testamenti*) y por eso el pretor consideró que el testamento eran las mismas *tabulae* y ofreció la *Bonorum*

²⁸ BIONDI BIONDO, *Sucesión Testamentaria y Donación*. Bosh, Barcelona, 1960. p.383.

²⁹ BONFANTE Pedro, *Instituciones de derecho Romano*. Editorial Reus, Madrid, 1965. p.614.

possessio secundum tabulas a quien apareciere instituido como heredero, en unas tablillas selladas con los sellos íntegros de siete testigos. Estos testigos eran los cinco de la *mancipatio*, mas el *librepens* y el *emptor familiae*³⁰.

Del mismo modo se puede hablar de un testamento pretorio, mencionado por el mismo autor escrito con siete testigos frente al testamento civil oral de cinco testigos.

4. El testamento *Tripertitum* se refiere a la designación que realizó el emperador Justiniano porque deriva de tres fuentes: el derecho civil antiguo, el derecho pretorio y las constituciones imperiales. Sus requisitos son *unitas actus*, o sea unidad de tiempo y de contexto, la presencia de *siete testigos* que debían ser simultáneos, rogados y voluntarios.

El testamento podía ser *ológrafo* y *allografo*. En el primero no era necesaria la firma del testador, pero en ambos se requería firma y sello de cada uno de los testigos. En el testamento oral o *nuncupativo*, se requería que el testador manifestara claramente su voluntad ante testigos³¹.

Entre los testamentos de la edad media, se pueden establecer siguiendo a Martos Calabrús, el *breviario de Alarico* que se distinguía entre el testamento civil y pretorio, recordando que el civil exige cinco testigos; el pretorio exige siete testigos y el *nuncupativo* también requería de siete testigos.

En la alta edad media la forma más utilizada fue la forma oral, subsistiendo la forma escrita en los ambientes más cultos y en los monasterios ya que muchos de los actos *mortis causa* eran disposiciones piadosas que se conservaban por los beneficiarios, algunos fueros que regularon las sucesiones fueron el *fuero de Soria* y el *fuero real*, emitidos en 1255 donde establecían diversas formas de

³⁰ D'ORS ÁLVARO, *Derecho Privado Romano*. Ediciones Universidad de Navarra Pamplona, España, 1977. pp.147 y 148.

³¹ BONFANTE, Pedro, *Op. cit.*; p.616.

testamentos escritos como *la Pública* cuya principal novedad fue que en este aparece por primera vez el notario y *la Privada* que era sellada por el autor del instrumento. En cuanto a los testigos se exigía como fundamento de certeza la asistencia de estos pero no se mencionaba nada respecto al número y en ningún caso se encuentran menos de dos varones; no se debe olvidar que sólo los hombres podían ser testigos ya que las mujeres solamente podían serlo en los testamentos ante párroco y sólo si eran mujeres de buena fama.

En la Baja Edad Media el testamento más utilizado fue el denominado como *nuncupativo* (que significa precisamente testamento), el cual requería de siete testigos en la ciudad y cinco en el campo, ante los cuales el testador declaraba su voluntad. Para que el testamento fuera válido se requería que los testigos fueran con el juez para que recibiera el contenido de sus declaraciones, teniendo el notario que recogerlas por escrito, convirtiéndose de esta manera el testamento en uno público.

Existió también el testamento establecido en *las siete partidas* el cual contenía parte del testamento nuncupativo del Derecho pretorio y parte del testamento escrito. También se requería la presencia de testigos; se requerían siete para el abierto, el cerrado y el del ciego; cinco para el de aldeanos y dos para el de caballeros.

En el año 1247 surgió la *Compilación de Huesca*, que pertenecía al derecho aragonés y regulaba diferentes formas de testamento, como el público que era ante notario y dos testigos.

En el año 1348 se abre el *Ordenamiento de Alcalá*, el cual simplifica las solemnidades externas del testamento. Se requiere menor número de testigos, dependiendo el tipo de testamento (tres o cinco), y se elimina el requisito de rogación. Surgen diferentes formas testamentarias: la que se hace ante notario y tres testigos vecinos, y la que se hace sin notario ante cinco testigos vecinos.

Existen caracteres legales del testamento, los siguientes caracteres completan el concepto legal del testamento:

1. Es un acto jurídico *mortis causa*, ya que por definición nuestro legislador lo define como una disposición en la que declara o cumple deberes para después de su muerte. (Artículo 2666 del Código Civil para el Estado de Jalisco y 1295 del Código Civil para el Distrito Federal).

La noción de acto jurídico se perfila por su oposición a los simples hechos jurídicos y de otra parte a los negocios jurídicos. En el acto jurídico el Ordenamiento atiende a la voluntariedad y conciencia de una acción humana y por estas características le atribuye efectos jurídicos. La categoría del acto jurídico se opone a los simples hechos jurídicos en la cultura jurídica francesa, mientras que en la tradición que procede de la Pandectística alemana se destaca la diferencia del acto jurídico en sentido estricto con el negocio jurídico. El acto jurídico pertenece al concepto todavía más abstracto que se llama hecho jurídico. El estudio de los distintos hechos jurídicos (naturales, humanos, etc.) no nos compete aquí su estudio. El acto jurídico es, por tanto, un hecho jurídico en cuanto produce efectos jurídicos, mas es posible que estos dependan de un supuesto de hecho del que formen parte uno o varios actos jurídicos. La distinción con el simple hecho jurídico no es difícil porque aquél se caracteriza solamente por producir efectos jurídicos, el acto jurídico, en cambio, requiere además voluntariedad y conciencia.³²

Por lo anterior se puede concluir que siendo el testamento un acto voluntario que pretende generar resultados en lo jurídico, es un acto jurídico, aunque tenga efectos después de la muerte.

2. Es *unilateral*, en el sentido de que ha de ser otorgado por una sola persona, el Código del Distrito aunque establece que es un acto personalísimo no dice expresamente que es un acto unilateral como en el del Código de Jalisco, rechazando el Código los antiguos testamentos mancomunados, cuestión que viene estableciéndose desde el Artículo 3238 del Código Civil de Jalisco promulgado por el Gobernador Francisco Tolentino el 30 de octubre de 1885, en el que se establecía que “el testamento es un acto personal que no puede desempeñarse por procurador” la normatividad es expresa en Jalisco e implícita en el Distrito Federal; lo anterior se encuentra contenido en los Artículos 2666 y 2667 del Código Civil para el Estado de Jalisco y sus correlativos 1296 y 1297 en

³² Voz Enciclopedia Jurídica Básica. Editorial Civitas, Madrid 1955.

el Código Civil para el Distrito Federal. Por unilateral se entiende aquel "acto o contrato del que se derivan obligaciones para una sola de las partes."³³

3. Es *personalísimo*, pues no puede dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. (Artículos 2666, 2667, 2668 del Código Civil para el Estado de Jalisco y sus correlativos 1295, 1296 y 1297 del Código Civil para el Distrito Federal), sin embargo puede suceder que el testador encargue a un tercero, después de su muerte que haga la elección de los actos de beneficencia pública o privada a los cuales puedan adjudicarse ciertos legados, tal y como lo establece el Artículo 2670 del Código Civil para el Estado de Jalisco y su equivalente 1299 del Distrito Federal.

4. Es *libre*, pues debe de estar hecho sin violencia, dolo ni fraude. (Artículos. 2666, 2815, 2817 del Código de Jalisco). Aquí se tiene que señalar cual es el carácter de estos conceptos, ya que por violencia se debe entender el empleo de fuerza física cualquiera o moral que causen en la víctima el temor de perder o sufrir menoscabo en alguno de sus bienes jurídicamente protegidos o de un tercero con el que le unan lazos afectivos o de parentesco, tal y como lo establece el Artículo 1292 del Código de Jalisco y su equivalente 1819 del Distrito Federal; el temor reverencial no es considerado como vicio del consentimiento, pero considero que la violencia impide la libertad natural requerida por el testador; en cuanto al dolo el Código de Jalisco y de forma muy parecida al del de Distrito establecen que habrá dolo cuando se emplea cualquier sugestión o artificio para inducir en el error, la definición que dan los cuerpos de leyes mencionados anteriormente se conceptualista para los contratos, de esa manera considero que cuando se establece el dolo en los testamentos se refiere a que alguien induzca al error al testador empleando sugestión o artificios para inducir a un error que tenga como consecuencia la violación a la libertad indispensable en el testamento.

³³ DE PINA RAFAEL, DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Porrúa, México, 1998. p.488.

5. Es *formal o solemne*, en cuanto es menester que revista la forma y solemnidades fijadas por la ley, so pena de nulidad del acto. (En el Código Civil del Distrito no se establece en las normas generales de los testamentos esta característica, por lo que dicha solemnidad sólo se regula en el Código del Estado en su Artículo 2666). Por solemnidad se entiende la sujeción a la exigencia de una rigurosa forma o al establecimiento de formalidades cuya inobservancia acarrea su nulidad.

6. Y es esencialmente *revocable*, hasta el punto de ser nulas las antiguas cláusulas derogatorias o *ad cautelam*, tal y como se deriva del Artículo 2666 del Código Civil de Jalisco, igual al 1295 del Código del Distrito, que expresamente permite la revocación pero sólo en cuanto a la disposición de bienes y derechos, por lo que considero que si en el testamento se realizó libremente alguna otra declaración, como por ejemplo la declaración de reconocimiento de hijo ésta no podrá ser revocada.

Una de las cuestiones fundamentales en el aspecto de la sucesión testamentaria es el saber quién tiene capacidad para testar, como todo acto jurídico se requiere capacidad, así lo establece en forma general el Artículo 2676 de Jalisco, igual al 1305 del Código del Distrito Federal. Sin embargo tenemos que ver que los antecedentes de ambos Códigos, el Código del Distrito de 1870 así como el de 1884 y el Código Tolentino de 1872 establecían con mayor precisión el concepto al decir "la ley sólo reconoce capacidad para testar a las personas que tienen: I. perfecto conocimiento del acto y II. Perfecta libertad al ejecutarlo; el Código Civil de Jalisco de 1933 tiene ya la configuración actual, sin embargo los Códigos actuales inmediatamente establecen las normas, no de capacidad que se mantiene la general sino las que manifiestan la incapacidad y estos son los menores que no han cumplido dieciséis años de edad y en segundo término los que habitual o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio, sin embargo esta segunda afirmación no es absoluta pues quienes habitual o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio pueden hacerlo en ciertas condiciones.

El Código del Distrito califica como demente a los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio, lo cual me parece inadecuado y prefiero el término que usa el Código de Jalisco que los menciona como personas que no disfrutan de su cabal juicio, lo que considero que no necesariamente tiene que equipararse con la demencia, en casos como cuando se trata de demencia senil o los casos de incapacidad por enfermedad u otras que no constituyen locuras.

Cuando el sujeto que no tiene su cabal juicio desee dictar su testamento podrá hacerlo en los intervalos de lucidez pero el legislador ha querido fijar normas protectoras para estos, las que son diversas en la legislación capitalina y en la de Jalisco; en la capitalina se establece como requisito para que el demente pueda testar validamente en un intervalo de lucidez que el tutor o en su defecto la familia del demente presente un escrito al juez que corresponda, es necesario notar que el Artículo trata de dos supuestos uno que trata de un incapacitado sujeto a interdicción, esto es sujeto a tutela, el otro caso es cuando la incapacidad no es permanente y la familia podrá solicitarlo, aquí habrá que establecer la fundamentación legal de qué es la familia y quiénes forman parte de ella, que al respecto existe la siguiente opinión:

La familia es la comunidad base de la sociedad civil. Es en la familia donde el hombre desarrolla sus mejores capacidades. El amor, la justicia, la paz y el patrimonio fuerte de las familias son parte de los grandes objetivos de la gestión política y todo ello se forma en la familia. Cuando una persona sucede con "seguridad" mediante un testamento libremente reflexionado y correctamente asesorado, produce efectos sociales trascendentes, pues evita costos inútiles de administración de justicia, produce certeza entre los herederos y sobre todo, crea paz familiar.³⁴

El juez va a nombrar a dos médicos de preferencia especialistas para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental, los médicos referidos deberán tener especialidad en estados mentales, quienes lo analizarán en presencia del juez y rendirán ante el mismo el dictamen acerca de que el supuesto incapacitado tiene claridad mental suficiente y conoce el acto que está

³⁴ ARREDONDO GALVÁN, Francisco Xavier. *La Simplificación de los Testamentos ante Notario*. Revista de Derecho Notarial. México, D.F. Marzo de 1994. p.5.

realizando y se hará constar en un acta formal el resultado, firmando el notario los testigos el juez y los médicos que intervinieron en el reconocimiento y que emitieron el dictamen y redactado el testamento lo firmarán, mas será requisito de concluir el testamento, establecer expresamente que durante todo el acto conservó el testador su perfecta lucidez de juicio, ya que para juzgar la capacidad del testador debe entenderse especialmente el hecho de cual fue el estado en que se encontraba en el lapso mientras se hallaba al hacer el testamento.

En Jalisco el Código establece diversas condiciones para el testamento hecho por una persona que no goza de su cabal juicio, las que deberán cumplirse bajo pena de nulidad del testamento si no lo hacen.

Podrán solicitarlo al juez el tutor, o de no haberlo, deberán pedirlo sus familiares o incluso el propio incapacitado, pero cuando éste lo haga deberá anexar un dictamen médico que afirme que se haya en el estado de lucidez necesaria; es importante señalar que este dictamen médico es útil sólo para concurrir ante el juez y es diverso del dictamen que servirá para hacer el testamento.

Al recibir la solicitud el juez de inmediato nombrará dos médicos de preferencia psiquiatras, la legislación del Estado sí señala la especialidad de estos médicos, salvo que en la plaza donde se celebra el acto no haya médicos de dicha especialidad, en donde podrán ser simplemente médicos, lo anterior no es adecuado, pues un médico de otra especialidad que no sea la de psiquiatría, digamos un especialista en huesos, un oftalmólogo o un neurólogo difícilmente podrá conocer, salvo en casos muy evidentes el estado mental de un individuo, ya que fueron nombrados para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su salud mental, lo que se puede considerar que no podrá hacerlo certeramente.

El examen que deberá llevarse a cabo a la brevedad posible deberá celebrarse en presencia del juez, del secretario, quienes podrán realizar cuantas preguntas estimen convenientes para cerciorarse de la capacidad.

Pero el Artículo que regula estas condiciones no establece qué sucedería en caso de una divergencia de opiniones, por ejemplo si uno de los médicos y el juez opinan diferente acerca de la capacidad del presunto testador. De ese reconocimiento se tendrá que levantar un acta formal, que puede ser en dos sentidos, el primero que no se encontró capaz al supuesto testador en cuyo caso terminará el acto con esto y puede darse que se declare que existe esa capacidad en cuyo caso se procederá a hacer el testamento si bien existe la limitación de que el presunto incapacitado sólo podrá hacerse en la forma de testamento público abierto y tendrán que firmarlo además del testador y el notario, el juez, el secretario y los médicos que intervinieron en el reconocimiento, debiendo establecer al término de éste que el testador durante todo el acto (el reconocimiento y el testamento) conservó perfecta lucidez de juicio. Ratifico que para apreciar la capacidad del testador, se atenderá únicamente al estado en que se halle al hacer el testamento.

Las normativas anteriores tienen antecedentes en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 para el Distrito Federal y Código Portugués, así como en el proyecto García Goyena, los que lo toman del Digesto (Leyes 13 Título 1 Partida 6, Leyes 5 Título 1 Libro 28 del Digesto, Párrafo Primero Titulo 12 Libro 2 de las Institutas de Justiniano y la Ley 10 del Fuero Juzgo).

Por otra parte se debe analizar la capacidad para heredar la cual se encuentra regulada en el Artículo 1313 del Código Civil para el Distrito Federal, el que con la excepción de una definición y de un inciso es casi idéntico al Artículo 2954 del Código de Jalisco. Es evidente que el Artículo del Código capitalino contiene un error al mencionar que todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sea tienen capacidad para heredar, lo que interpretado a

contrario *sensu* nos llevaría a afirmar que los que no somos habitantes del Distrito Federal no tenemos derecho a heredar, el Código de Jalisco con mayor precisión y técnica en su Artículo 2954 establece que podrá heredar toda persona. Es necesario aclarar que la incapacidad para heredar no es genérica ni absoluta y sólo se da con relación a ciertas personas y en ciertos casos o de ciertos bienes; las causas que utiliza el Código del Distrito en este supuesto son:

I. "*Falta de personalidad*"; a este respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en la Tesis que a continuación transcribo:

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: XXVI, Cuarta Parte
Tesis: Página: 121

HERENCIA. LA CAPACIDAD PARA HEREDAR PRESUPONE LA EXISTENCIA DEL HEREDERO.

Aun cuando nuestros Códigos no reprodujeron las frases lapidarias del Artículo 725 del Código Civil de Napoleón que establece: "para suceder es preciso necesariamente existir en el instante de la apertura de la sucesión", el principio está aceptado con todas sus consecuencias en el Artículo 1287 del Código Civil, precisamente al resolver el caso de los comurientes o sea: cuando las personas con derechos recíprocos de herencia perecen en un mismo desastre o en el mismo día sin que se pueda averiguar a ciencia cierta quiénes murieron antes, se tendrán por muertos al mismo tiempo y "no habrá entre ellos la transmisión hereditaria". Quiere decir esto que si se sabe que uno murió después que otro sí habrá la transmisión hereditaria, porque solamente el vivo pudo recibir la sucesión del muerto, y aun cuando después falleciere aquél, operaría la transmisión hereditaria del Artículo 1659. Con razón y por tal motivo el Artículo 119, fracción VI, del Código Civil, ordena que en toda acta de fallecimiento se haga constar la hora de la muerte, si se supiere.

Amparo directo 7517/58. Pablo Rubio Urriolagoytia. 26 de agosto de 1959. 5 votos.
Ponente: Gabriel García Rojas.

Esta Tesis contradice lo establecido en el Artículo 19 del Código Civil de Jalisco (22 del Código Civil para el Distrito Federal) que establece que desde el momento que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código, pero la contradicción es aparente porque el propio texto establece que la capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento por lo que en este sentido confirma la norma de personalidad, ya que el no nacido si bien existe no tiene personalidad.

II. "*Delito*"; a este respecto la Suprema Corte de justicia de la Nación se ha pronunciado en la Tesis que ha continuación transcribo:

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: XLI, Cuarta Parte
Tesis: Página: 101

INCAPACIDAD PARA HEREDAR POR CAUSA DE DELITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO).

Comúnmente la palabra delito ha sido empleada para denotar los casos ilícitos, los actos prohibidos por la ley, los casos vergonzosos que perjudican la estabilidad social; por tal motivo, los hechos aducidos en este juicio deben contemplarse, no a la luz del significado técnico de la palabra delito, sino desde el punto de vista del significado común y, desde esta perspectiva, resulta indudable que la causal establecida por el Artículo 1227 del Código Civil de Tabasco, fue probada por la propia confesión del quejoso, quien desde la fecha en que se separó de su familia jamás volvió a ocuparse de ella, lo que entraña un abandono efectivo reprobado por la sociedad, que sin ser el delito de abandono de persona, porque no atenta directamente contra la vida de los hijos, si es un abandono civil, porque el quejoso se desatendió completamente de la educación y alimento de sus hijos y del sostenimiento de su hogar. Este abandono dejó a su familia por más de veinticinco años sin el apoyo paternal, en condiciones que, para los efectos civiles, demuestran que el quejoso es inhábil para heredar al hijo que abandonó, aun cuando no haya sentencia penal que establezca la comisión del delito, porque no se trata de una infracción penal, sino a la ley Civil, de carácter continuo, que se realizó cuando el niño más necesitaba de su padre y se prolongó hasta el momento de su fallecimiento.

Amparo directo 6865/59. Victorio I. Pérez. 17 de noviembre de 1960. Mayoría de 3 votos. Ponente: Gabriel García Rojas (engrose). Disidente: Mariano Ramírez Vázquez.

III. "*Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento*";

El Código Civil Alemán en su Artículo 2339 fracción primera párrafo tercero establece que es indigno para suceder a quien por engaño doloso o antijurídicamente mediante intimidación ha determinado al causante a otorgar o invalidar una disposición por causa de muerte.

Esta presunción se da cuando se este en situaciones tales como un testamento de un menor o a favor de tutores y curadores, situación en la cual estos serán incapaces de adquirir por testamento de un menor a no ser que sean

instituidos como herederos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayoría de edad del menor, cuando ya se hayan aprobado las cuentas de la tutela, esta incapacidad no puede referirse a los ascendientes ni hermanos del menor.

De la misma manera se presume que existe un influjo contrario a la libertad en los términos del Artículo 2964 del Código Civil para el Estado de Jalisco el cual es parecido al Artículo 1323 del Código del Distrito, no pudiendo de esta forma heredar el médico que haya atendido al testador en su última enfermedad siempre que el testamento haya sido hecho en ese tiempo, la prohibición alcanza al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del médico, salvo que estos sean herederos legítimos, igualmente estará impedido el notario, los ministros de culto (si es que estos no son parientes del mismo dentro del cuarto grado).

Así mismo es incapaz de heredar según lo regulado en ambos códigos, el notario que hizo el testamento, su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, si participaron testigos tendrán el mismo impedimento. En caso de que el notario desobedeciera sufrirá la pena de privación de oficio.

Los ministros de culto pueden heredar siempre y cuando sean parientes dentro de cuarto grado del heredero ya que resulta evidente la influencia que pueden tener al atender en su estado de gravedad, quedarán igualmente imposibilitados los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de estos en los casos en que el citado ministro haya prestado auxilios espirituales durante la enfermedad de quien hubiera fallecido o si eran directores espirituales de los mismos. El tema es discutido desde las antigüedades y existen prohibiciones al respecto de sucesiones para religiosos profesos, normativas como el fuero juzgo, el fuero real y las partidas, sin embargo el primer antecedente normativo que restringía a los religiosos profesos de las sucesiones fue la Ley de las Cortes de Navarra de 1795, la cual establece lo siguiente:

La incapacidad del religioso que se pretende establecer en orden a la sucesión abintestato es algo que afecta civilmente (con independencia de toda prescripción canónica) al estado de las personas, como pudiera ser la edad, el sexo, la prodigalidad, etc., etc.; y por ello no hay razón de considerar al estado religioso como causa modificativa de esta capacidad, pues es un ciudadano más, ya que en todo caso su condición se regulará por el Derecho canónico, que no puede ser embebido en el derecho civil.

En fin, todo lo expuesto hace confiar plenamente en que cuando llegue la hora de revisar la tarea legislativa que llevando a efecto, y antes de su sanción definitiva, habrá de rectificarse la postura adoptada en nuestros proyectos, excluyendo de sus textos esta incapacidad del religioso profeso para heredar abintestato en Navarra; y subsanando este lapsus dar entrada a la sucesión a tales religiosos, como criterio más ortodoxo foralmente, confirmado por una costumbre inmemorial, la más principal de nuestras fuentes del Derecho.³⁵

Al respecto es adecuado que se impida a quien atienda espiritualmente al testador en su última voluntad o a su director espiritual ser herederos, pero esta prohibición no puede llevarse al extremo de impedirle que herede cuando tiene derechos legítimos para ello, ya que el origen de la voluntad no es la influencia que pudiera tener, sino el parentesco.

Existe una incapacidad especial en el Código de Jalisco que consiste en el supuesto de que no exista reciprocidad con otros estados (dicho en sentido restrictivo) o de otros países, si en estos dos supuestos se impide a los habitantes de Jalisco heredar, en tanto que en el Código del Distrito únicamente se habla de reciprocidad internacional, existiendo a este respecto las siguientes tesis:

CAPACIDAD PARA TESTAR, LEYES QUE RIGEN LA.

En un principio general de derecho que la capacidad para testar forma parte del estatuto personal, o sea, que se rige por las leyes nacionales del testador. Amparo directo 6859/55. Leopoldo Ricardo Gavito Bournon. 15 de marzo de 1957. Cuatro votos. Ponente: José Castro Estrada.

EXTRANJEROS, CAPACIDAD PARA HEREDAR DE LOS.

La condición de extranjero de una persona generalmente no la inhabilita para heredar, a menos de que por falta de reciprocidad internacional los nacionales no gocen de ese derecho en la nación de la que es originario el que pretende heredar en una sucesión que se tramite dentro del territorio nacional, según lo establece el Artículo 1313, fracción IV, del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal.

³⁵ SALINAS QUIJADA, Francisco *Los religiosos profesos heredan abintestato en Navarra*. Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1969. pp.637 y sig.

Amparo directo 5118/62. Carmen Granados Velarde. 23 de octubre de 1963. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela.

El inciso en comento pretende evitar indebidas influencias contra la libertad del testador o faltar a la verdad o integridad del testamento, esto es que los herederos no podrán haber influenciado al testador ni con hechos ciertos ni falsos porque contrarían lo establecido en el Artículo, 2666 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al Artículo 1295 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que se establece como una de las condiciones del testamento el hecho de que este sea libre y por tanto ajeno a toda influencia directa exterior.

IV. *“Utilidad Pública”*; En ambos códigos se establece como incapacidad para heredar la utilidad pública no siendo esta una causal de incapacidad sino una situación de hecho, así la relación personal entre el testador y el presunto heredero no se afecta porque los bienes sean materia de utilidad pública, lo que tendrá que ver con la transmisión de los bienes de la herencia, pero no con la capacidad de las personas.

V. *“Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento”*; es esta la última causa que prevé la excepción a la regla, es decir cuando a quien se le confirió algún cargo en el testamento no lo aceptó, así lo regula el Artículo 2972 de Jalisco, equivalente al 1331 del Distrito Federal, que establece que *“por renuncia o remoción de un cargo son incapaces de heredar por testamento los que, nombrados en él tutores, curadores o albaceas, hayan rehusado sin justa causa, el cargo, o que por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio”* de este modo el numeral previene que no comprende esta incapacidad a los que hayan tenido una excusa desechada por el juez, ni los que hayan servido en el cargo o hayan sido removidos, cuando la causa de su remoción fue la expiración del término para su ejercicio sin que haya habido culpa de éste, sí se considerarán como incapaces a los que llamados para desempeñar la tutela legítima se rehúsen a desempeñarla, pero esta incapacidad se limita a adquirir de los menores de quienes debieron ser tutores.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto ha establecido la tesis aparecida bajo la voz:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte: III Segunda Parte-1

Tesis:

Página: 88

ALBACEA, LA REMOCIÓN POR MALA CONDUCTA DEL, ES CAUSA DE INCAPACIDAD PARA HEREDAR.

De la debida interpretación del Artículo 1331 del Código Civil se desprende que dicha norma exige, no sólo la remoción del cargo de albacea para perder el heredero su capacidad de heredar, sino que es necesario que tal remoción se deba a la mala conducta observada por el heredero en su actuación como albacea pues el precepto en comento lo señala en forma expresa, lo que evidentemente implica que no toda remoción conlleva a la pérdida de la capacidad para heredar, sino, únicamente y en forma específica, cuando se haya rehusado sin justa causa el cargo de albacea o debido a la mala conducta como tal y en este sentido, conforme a toda lógica, ésta consiste en todo acto tendiente a dañar la sucesión, de donde se concluye que la sola remoción no implica la mala conducta, pues de ser así el precepto sólo se hubiera referido a la remoción sin exigir además la mala conducta y si como en el caso, la remoción sólo se debió al hecho de que el albacea no hizo los avalúos ni los inventarios en el término legal; pero conforme a la cláusula cuarta del testamento, el autor prorrogó al albacea el tiempo necesario para realizar su cometido, y aun cuando causó estado la interlocutoria que decretó la remoción, es evidente que al no haber realizado avalúos e inventarios dentro del plazo legal no podrá ser una acción en contra de la confianza del testador, pues éste había eximido al albacea de dicho término, lo que pone de manifiesto que no se justifica la mala conducta, la que debe configurarse para perder la capacidad para heredar conforme a los requisitos contenidos en el Artículo 1331 del Código Civil en cita. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 582/89. Bronislav Rubén Mehl Strauch. 30 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio M. Cal Gutiérrez. Secretario: José Vicente Peredo.

Se puede decir que el legislador fue sobrio pues no establece causas de culpa o en que consiste, la culpa permisible si es que hay una, por lo que se puede prestar a injusticias, creo que es conveniente que se regule cuales son las causas de culpa de los tutores que impiden heredar al tutor, ya que no toda renuncia o remoción del cargo produce incapacidad para heredar por testamento.

Se debe señalar que la sentencia que declara que determinadas personas son incapaces de heredar no genera esta incapacidad, a ese respecto la tercera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido:

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: XXII, Cuarta Parte
Tesis:
Página: 363

TESTAMENTOS, SENTENCIA QUE NO GENERA LA INCAPACIDAD PARA HEREDAR POR (LEGISLACION DE CHIHUAHUA).

La sentencia que declara que determinadas personas son incapaces de heredar por testamento, no genera la incapacidad para heredar, porque no es constitutiva de derecho, sino declarativa, y por tanto, sus efectos son retroactivos al momento de la testamentifacción, comprendiéndose, por supuesto, los actos posteriores, entre ellos, la transmisión del derecho de propiedad y posesión del caudal hereditario desde la muerte del *de cuius*, y de allí que jurídicamente los herederos testamentarios no fueron en ningún momento poseedores de buena fe de los inmuebles constitutivos del acervo hereditario, no obstante habérseles expedido escritura de adjudicación testamentaria de ellos, puesto que conforme al Artículo 747 del Código Civil, es poseedor de buena fe el que entra en posesión con un título suficiente para darle derecho de poseer, y en el caso, al existir incapacidad de heredar, la escritura no fue título de esa naturaleza.

Amparo directo 3794/58. Sucesión de Rosario Robles Balderrama. 3 de abril de 1959. 5 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Es conveniente estudiar la legislación del Distrito la cuál contiene disposiciones particulares, es por eso que se comentarán únicamente aquellas disposiciones que mantengan diferencias con lo antes comentado. El Artículo 2957 del Código Civil de Jalisco, el cual es similar al 1316 del Código del Distrito Federal, supone como incapaces para adquirir por delitos a los siguientes:

Artículo 1316: Son incapaces de heredar por testamento o por intestado:

I. El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella;

II. El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, acusación de delito que merezca pena

capital o de prisión, aun cuando aquélla sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra, o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuges;

III. El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente;

A este respecto se convierte en innegable que la sentencia de declaración de adulterio es la que va a determinar la incapacidad, ya que no sólo lo incapacita sino que le hace perder el carácter de heredero, a este respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto:

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: XCVIII, Cuarta Parte
Tesis:
Página: 47

ADULTERIO COMO CAUSA DE INCAPACIDAD PARA HEREDAR. ES MENESTER SENTENCIA PENAL PREVIA QUE DECLARE ADULTERO AL CONYUGE CULPABLE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO).

El Artículo 2957 del Código Civil de Jalisco, igual al 1316 del Distrito y Territorios Federales, enumera las incapacidades para adquirir bienes por testamento o por intestado, por razón de delito; y aunque no todas responden a la acepción legal y jurídica de delito, la incapacidad por adulterio si requiere la comprobación del delito de adulterio mediante sentencia del orden penal, porque una sentencia civil que decida la procedencia de la causal de divorcio por adulterio, ya no sólo incapacita al cónyuge culpable para heredar al inocente, sino que le hace perder el carácter mismo de heredero, en virtud de que por el divorcio dejan de ser cónyuges. En consecuencia, la causal III del Artículo 2957 del Código Civil de Jalisco (1316 III del Código Civil del Distrito Federal), requiere la comprobación previa, mediante sentencia, del delito de adulterio.

Amparo directo 7958/60. María Ramírez Maldonado. 2 de agosto de 1965. 5 votos.
Ponente: Ramón Canedo Aldrete.

IV. El coautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de éste o de la del cónyuge inocente;

V. El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus hermanos;

Es innegable que quien haya atentado en contra del autor de la herencia o de sus parientes cercanos esta imposibilitado para heredar, y aunque no lo menciona el legislador pudiese operar el perdón, al respecto existe una tesis dictada de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establece:

Instancia: Tercera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Parte: XLI, Cuarta Parte
 Tesis:
 Página: 101

INCAPACIDAD PARA HEREDAR POR CAUSA DE DELITO (LEGISLACION DEL ESTADO DE TABASCO).

Comúnmente la palabra delito ha sido empleada para denotar los casos ilícitos, los actos prohibidos por la ley, los casos vergonzosos que perjudican la estabilidad social; por tal motivo, los hechos aducidos en este juicio deben contemplarse, no a la luz del significado técnico de la palabra delito, sino desde el punto de vista del significado común y, desde esta perspectiva, resulta indudable que la causal establecida por el Artículo 1227 del Código Civil de Tabasco, fue probada por la propia confesión del quejoso, quien desde la fecha en que se separó de su familia jamás volvió a ocuparse de ella, lo que entraña un abandono efectivo reprobado por la sociedad, que sin ser el delito de abandono de persona, porque no atenta directamente contra la vida de los hijos, si es un abandono civil, porque el quejoso se desatendió completamente de la educación y alimento de sus hijos y del sostenimiento de su hogar. Este abandono dejó a su familia por más de veinticinco años sin el apoyo paternal, en condiciones que, para los efectos civiles, demuestran que el quejoso es inhábil para heredar al hijo que abandonó, aun cuando no haya sentencia penal que establezca la comisión del delito, porque no se trata de una infracción penal, sino a la ley Civil, de carácter continuo, que se realizó cuando el niño más necesitaba de su padre y se prolongó hasta el momento de su fallecimiento.

Amparo directo 6865/59. Victorio I. Pérez. 17 de noviembre de 1960. Mayoría de 3 votos. Ponente: Gabriel García Rojas (engrose). Disidente: Mariano Ramírez Vázquez.

VI. El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos;

Por exposición de hijos se entiende:

El delito que cometen los padres que abandonan á sus hijos echándolos á las puertas de alguna iglesia, casa ú otro paraje público, por no tener con que criarlos, ó por evitar la vergüenza que les podría causar su nacimiento. Por este delito se

pierde la patria potestad, que los padres no pueden ya reclamar sobre un hijo que han desamparado tan cruelmente.

El hijo expósito es:

Niño ó niña que ha sido echado á las puertas de alguna iglesia, casa ú otro paraje público, por no tener sus padres medios para criarle y mantenerle, ó porque no se sepa quienes son. Los expósitos quedan libres de la patria potestad por el hecho de su exposición; son considerados por hijos legítimos para todos los efectos civiles generalmente; pueden obtener todos los honores y cargos; quedan en la clase de hombres buenos y el estado llano mientras no consten sus verdaderos padres; no se les deben imponer las penas de vergüenza, de azotes ni de horca, sino aquellas que en iguales delitos se impondrían á personas privilegiadas, por poder suceder que el expósito castigado sea de familia ilustre; y las justicias deben castigar á cualquiera persona que llamare á un expósito con los nombres de borde, ilegítimo, espurio, incestuoso, ó adúlterino.³⁶

VII. Los ascendientes que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes, respecto de los ofendidos;

VIII. Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de darle alimentos, no la hubieren cumplido;

IX. Los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo, o de hacerlo recoger en establecimientos de beneficencia;

X. El que usare de violencia, dolo o fraude con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento;

XI. El que conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, substitución o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió de corresponder a éste o a las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con esos actos;

XII. El que haya sido condenado por delito cometido en contra del autor de la herencia.

³⁶ ESCRICHE, Joaquín, *Op. Cit.*, p.248.

El Código de Jalisco varía las fracciones I, V y VII en las cuales cambian la denominación de los parientes, singularizándolos y elimina la fracción XII por ser obvia. La redacción del Artículo es defectuosa en cuanto que se completa cuando el 1317 del Código del Distrito, equivalente al 2958 del Código de Jalisco amplía a cualquier persona que haga declaraciones calumniosas contra el autor de la sucesión.

En cuanto a este Artículo se pretende proteger a los autores de la sucesión de estos agravios, por lo que no pretende excluirlos en absoluto, por lo que dichas causales de incapacidad desaparecerán si el agraviado perdona al ofensor, siempre que este perdón conste por declaración auténtica o por hechos indubitables, los que no podrán ser acciones realizadas por el autor de la sucesión cuando éste no conozca las acciones llevadas a cabo por la persona, de manera que ante esta protección y para que pueda haber perdón será indispensable que éste se otorgue con posterioridad al conocimiento del hecho realizado por el ofensor.

Habiendo visto las generalidades de los testamentos se tiene que entrar al estudio de las diferentes clases de testamentos que regula nuestro legislador, aclarando que se hará uso de las normas generales para posteriormente establecer los testamentos especiales que como regla de excepción el legislador ha establecido en razón de la particular situación de algunos testadores.

De acuerdo con los Artículos 2829, 2830 y 2831 del Código Civil del Estado de Jalisco, los cuales son equivalentes a los Artículos 1499, 1500 y 1501 del Código Civil para el Distrito Federal, los testamentos en cuanto a su forma pueden ser ordinarios, extraordinarios o especiales, habiendo diferencias entre la legislación del estado y la capitalina.

El Código Civil para el Estado de Jalisco establece como testamentos ordinarios los siguientes:

1. Público abierto;
2. Público cerrado; y
3. Ológrafo

En el Código Civil para el Distrito Federal se dan como ordinarios los siguientes testamentos:

1. El Público abierto;
2. El Público cerrado;
3. El Público Simplificado; y
4. El Ológrafo

Como extraordinarios (en el Distrito Federal no son designados como tales ya que se designan como especiales y este cuerpo de leyes no regula el testamento realizado fuera del Estado, lo que considero adecuado, pues esta garantizando que existe el reconocimiento de actos públicos realizados en los otros estados, tal y como lo establece el Artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dice: *“En cada estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión por medio de leyes generales prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos...”*

Con la anterior salvedad existen en Jalisco los siguientes tipos de testamentos:

1. Privado;
2. Militar y Marítimo;
3. Hecho fuera del Estado de Jalisco; y
4. Hecho en el extranjero.

En el Distrito Federal son especiales los siguientes tipos de testamentos:

1. Privado
2. Militar
3. Marítimo
4. Hecho en país extranjero

De la misma forma tienen validez los testamentos otorgados en país extranjero, tal y como lo acredita la tesis Jurisprudencial, aparecida bajo la voz:

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: CXXXI
Tesis:
Página: 604

TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO, EFECTOS LEGALES DEL.

Si este testamento no ha sido impugnado, mientras no exista resolución judicial que declare su invalidez o ineficacia, surte todos los efectos legales en la República Mexicana, máxime si está sancionado por las actuaciones que integran el juicio testamentario respectivo en el país en que fue hecho, y estas actuaciones no han sido nulificadas; y no se puede ya discutir válidamente la jurisdicción de los tribunales mexicanos para conocer de dicha testamentaría si ya se impugnó a través del incidente de incompetencia por declinatoria que se promovió dentro del juicio testamentario del país en que fue hecho el testamento, obteniendo resoluciones adversas. Y como la cuestión de competencia incluye la del domicilio de la de cujus, queda también esta cuestión fuera de debate. Además, sin que esto signifique juzgar sobre la justicia o injusticia de la sentencia extranjera aludida, debe hacerse notar que si en ella tampoco se resuelve nada respecto a la validez o invalidez, eficacia o ineficacia del testamento, no puede afectar a la validez de ese testamento el hecho de que el presunto heredero se haya sometido, con protesta o sin ella, a la jurisdicción de los tribunales extranjeros, ya que la consecuencia de esa sumisión, en todo caso, sólo puede afectar a los bienes relictos que no han sido materia del litigio.

Amparo directo 6859/55. Leopoldo Ricardo Gavito Bourlon. 15 de marzo de 1957. Cuatro votos. Ponente: José Castro Estrada.

CAPÍTULO IV. TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO

El Artículo 2841 del Código Civil para el Estado de Jalisco establece que el testamento público abierto, es el que se otorga y dicta de una manera clara, precisa y terminante por el testador ante el notario.

El Artículo correspondiente en el Código Civil para el Distrito Federal es el 1511, el cual a diferencia del de Jalisco en el que requiere de dos testigos (únicamente en los casos excepcionales), se necesitan tres; así mismo no hace mención de que el testamento deba ser dictado de una manera "precisa".

A continuación se hará un estudio acerca de los dos Códigos por separado, sin hacer uso del sistema que ha estado utilizando hasta ahora de citar ambos códigos.

El Código Civil para el Estado de Jalisco regula el testamento público abierto como aquel que se otorga y dicta, es decir que el testador es quien indica al notario los términos en que se regulará el testamento, salvo el caso de los testigos en los casos excepcionales, los cuales se comentarán posteriormente. En Jalisco no es necesario la presencia de testigos para este tipo de testamento y el notario tiene que redactar las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, esta sujeción implica que se refleje exactamente lo que el testador manifestó en forma clara, precisa y categórica, una vez redactada su voluntad, el notario la leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme, si lo estuviese, lo firmarán el testador y el notario, estampando el testador sus huellas digitales pulgares, de no contar con ambos dedos lo hará con el que tenga y en el caso de no tener manos podría ser aplicable la fracción III del Artículo Segundo del referido Código, el cual dice que *"las disposiciones de este Código se deberán entender de una manera generalizada, cuando por alguna circunstancia y siempre que sea de manera accidental faltare dicha generalización se hará constar así expresamente para que el acto jurídico surta sus efectos"*, deberá

establecerse de la misma forma el lugar, año, mes y día en que se otorgue el testamento, estableciendo la hora de inicio y de terminación; se tendrán que practicar todas las solemnidades de forma ininterrumpida, sin considerarse interrupción el tiempo necesario para imprimir la escritura, siendo obligación del notario dar fe de haberse llenado todas las solemnidades, lo que de no suceder provocará la ineficacia del mismo siendo responsable el notario de los daños y perjuicios que cause por este hecho.

Como se ve el legislador de Jalisco dentro del proceso histórico de los testamentos que ha quedado establecido anteriormente ha optado por dar fe plena a la actuación notarial, lo que resulta correcto, a pesar de la tendencia histórica.

En el Distrito Federal se sigue un procedimiento más tradicional para este tipo de testamento, del mismo modo que en Jalisco el testador expresará de modo claro y terminante (pues no se exige que se haga en forma precisa) su voluntad y el notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, lo leerá en voz alta para que el testador manifieste si está conforme firmándola el notario y el testador, como en Jalisco en el testamento que pudiéramos llamar testamento público abierto ordinario no se requieren testigos. Se diferencia del Código jalisciense en que no se contienen los mismos requisitos ya que sólo se exige que se asiente el lugar, año, mes, día y hora en que hubiera sido otorgado, también exige que las formalidades que se expresan deben practicarse en un solo acto, haciéndolo constar así el notario y dando fe de que se cumplieron todas las formalidades.

En ambos códigos se establece que el testamento quedará sin efectos, pero en el Distrito Federal no únicamente será responsable de los daños y perjuicios sino que además incurrirán en la pérdida de oficio.

Existen casos en los que la normativa señalada se modifica, así como existen ciertos casos en que es necesario además que al otorgamiento concurren testigos.

En Jalisco el Artículo 2832 establece que no pueden ser testigos del testamento:

- I. Los empleados, colaboradores, y dependientes económicos del notario, así como quien tenga el carácter de notario titular, suplente³⁷ o asociado a la misma notaría;
- II. Los menores de edad;
- III. Los que no estén en su sano juicio;
- IV. Los ciegos, sordos o mudos;
- V. Los que no entiendan el idioma que habla el testador;
- VI. Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos. La asistencia como testigo de una de las personas a que se refiere ésta fracción, sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes; y
- VII. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

En el del Distrito Federal se regula en el Artículo 1502 de la siguiente manera:

No pueden ser testigos del testamento:

- I. Los amanuenses del notario que lo autorice;
- II. Los menores de dieciséis años;
- III. Los que no estén en su sano juicio;
- IV. Los ciegos, sordos o mudos;
- V. Los que no entiendan el idioma que habla el 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 produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes;

³⁷ El carácter de notario suplente ha sido eliminado en la ley del notariado.

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

Una vez señalado que los amanuenses del notario no pueden ser testigos creo necesario que se debe tratar de establecer lo que se tiene que considerar como amanuense, tal como la tesis siguiente lo establece:

TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO. SU NULIDAD CUANDO EN EL INTERVIENE UN AMANUENSE DEL NOTARIO.

Cuando en un testamento público abierto se demuestre que el escribiente, persona que toma al dictado, empleado, secretario o dependiente del notario, interviene como testigo instrumental en el otorgamiento de un testamento autorizado por el propio notario, se le debe reputar para todos los efectos legales como amanuense, y como tal, no puede intervenir como testigo, debido a que en los términos de la fracción I del Artículo 1502 del Código Civil del Distrito Federal, el amanuense del Notario no podrá intervenir como testigo y si así ocurre, es evidente que no concurrirán los tres testigos idóneos a que se refiere el Artículo 1511. Consecuentemente, si uno de los testigos a que se refiere dicho precepto es amanuense del Notario, deberá declararse nulo y sin efecto el testamento impugnado, aun cuando aquél no haya escrito a máquina o a mano dicho testamento, si se toma en cuenta que lo esencial no es que intervenga precisamente como amanuense en el precitado testamento, por haberlo escrito a máquina o a mano, sino que deberá considerarse como tal, según ya quedo debidamente precisado, al escribiente, copista, empleado, o dependiente del Notario y al que lo auxilia en sus labores generales de la notaría, relativas al otorgamiento de actas, escrituras o testamentos.

Amparo directo 6049/63. Liselote Bondy Horak. 4 de noviembre de 1965. 5 votos.
Ponente: Rafael Rojina Villegas.

De lo anterior se puede concluir que el legislador quiso que los amanuenses del notario no participaran, aunque el amanuense no haya escrito a máquina o a mano ese testamento sino que incluya al escribiente, copista, empleado o dependiente del notario o sus auxiliares en las labores de la notaria, sin embargo no por esto quedan excluidos los empleados del notario, cuando éstos no presten sus servicios en la misma, tal y como quedó expresado en la tesis jurisprudencial que se mencionó, la que resulta singularmente valiosa pues se debe a un proyecto del maestro Rafael Rojina Villegas y que interpretada a contrario *sensu* se tiene que decir que, la sola relación laboral entre el notario y el testigo no inhabilita por sí mismo al testigo, ya que para que exista impedimento se tiene que considerar que el trabajador de alguna manera trabaja en la notaria (aunque en ese hecho jurídico particular no participe) el elemento del que hablo es

que el trabajador sea parte del auxilio que recibe el notario en las labores generales de la notaria. La inhabilitación de tal manera existe no solo porque haya una relación laboral sino porque esa relación laboral se da en la propia notaria, de ese modo si la relación de trabajo se da fuera no se generará el impedimento del trabajador.

Pareciera que no hay diferencias entre el código capitalino y el de Jalisco, sin embargo las hay y resultan sustanciales, por ejemplo el Código de Jalisco es más amplio en su prohibición, ya que quedan impedidos no sólo los amanuenses sino todos los empleados, colaboradores y dependientes económicos así como los notarios suplentes (que ya desaparecieron casi totalmente) o los notarios asociados, por lo que es mucho más amplia que la capitalina que limita la prohibición a los amanuenses estableciendo la ya mencionada sentencia de la Suprema Corte de Justicia, la que dice que amanuense es aquél que es escribiente, copista, empleado, o dependiente del notario y al que lo auxilia en sus labores generales de la notaría, relativas al otorgamiento de actas, escrituras o testamentos. La legislación de Jalisco es más restrictiva que la capitalina ya que establece que no puede serlo cualquier empleado o colaborador o dependiente económico del notario, ni el notario asociado de éste.³⁸

En segundo término se impide en Jalisco que sean testigos los menores de edad, en cambio en el Código Civil del Distrito establece que no podrán ser testigos los menores de dieciséis años por lo que la restricción jalisciense es mayor que la del Distrito Federal, en lo demás están de acuerdo, aunque se puede dar una contradicción entre los testigos que habla la fracción V de ambos códigos, ya que por una parte requerirán de hablar el idioma que habla el testador y el tercer párrafo del Artículo 2833 del Código Civil para el Estado de Jalisco y 1503 del Código del Distrito prevén que cuando el testador no conozca el idioma español y el notario no conozca el de aquél se exigirá la presencia de un tercer

³⁸ Amparo Directo 6049/63. Liselote Bondy Horak. 4 de noviembre de 1965. 5 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

testigo que será intérprete elegido por el otorgante que también firmará el testamento en cuyo caso habrá tres testigos.

Es importante señalar que el notario y los testigos que intervengan en cualquier testamento deberán conocer al testador y si no lo conocen tendrán que cerciorarse de algún modo de su identidad y de la misma forma cerciorarse de que se halle en su cabal juicio, libre de toda coacción.

El Artículo 2835 del Código Civil del Estado de Jalisco equivalente al Artículo 1505 del Código Civil del Distrito, establece en las disposiciones generales de los testamentos el supuesto de que la identidad del testador no pueda ser verificada; de dicho Artículo se desprenden dos supuestos, el primero es que el notario no conozca al testador, el segundo consiste en que ni el notario ni los testigos conozcan al testador.

El primer supuesto como se mencionó anteriormente, es que el notario no conozca al testador, lo que provoca que en Jalisco no sea suficiente su sola fe para que pueda éste testar y sea necesario la participación de testigos, se debe hacer notar que las disposiciones generales de los testamentos fueron copiados de la anterior ley, pues parecen ser contradictorios con las disposiciones especiales del testamento público abierto, ya que en el caso del testamento no basta la simple identificación del testador, como se deriva del Artículo que comento y del 2839 en que también habla de notario y de testigos e impone a éstos la obligación de identificar o cerciorarse de algún modo de la identidad, lo que visto de manera conjunta con la fracción cuarta del Artículo 2842 del Código Civil para el Estado de Jalisco, sin tener correspondiente en el del Distrito Federal, se establece la obligación de testigos cuando el notario no conozca al testador ni haya bases suficientes para su identificación, lo que implica que puede darse el caso de que el notario no conozca al testador, pero que existan bases para su plena identificación, en cuyo caso la regla nos indica que el testamento puede

otorgarse sin testigos, ya que el notario tiene plena certeza de la identificación del testador.

El segundo caso es que ni el notario ni los testigos conozcan al testador, ni tampoco tengan bases ciertas para identificarlo en el caso que se menciona se tendría que hacer una descripción en el testamento de las señales que caracterizan físicamente al testador, y así el testamento podrá otorgarse ya que los testigos y el notario manifestarán este hecho agregando unos y otros todas las señales que caractericen la persona de aquél.

En el Distrito Federal se establece que de no poder ser verificada la identidad del testador ni por el notario ni por los testigos tendrá que ser declarado en el testamento, hay que recordar que para este tipo de testamento en el Código Capitalino se obliga la comparecencia de tres testigos, que pueden participar tanto como testigos del acto como testigos de conocimiento.

En ambos casos no tendrá validez el testamento hasta que la identidad del testador no haya sido justificada tal y como lo establece el Artículo 2836 del Código Civil de Jalisco y 1506 del Código Civil del Distrito, aunque ninguna de las normas mencionadas establece ante quien ni tampoco la forma en que debe hacerse esta justificación, por lo que con carácter de suposición se puede considerar que la justificación debe hacerse ante el propio notario que en ese acto adquiriría certeza plena de la identidad, aunque hay quien pueda suponer que podrá hacerse ante otro fedatario, o ante un juez lo que considero que no tendría sentido ya que lo mas que pudieran hacer éstos es establecer que alguien plenamente identificado compareció ante ellos a manifestar que el testador había otorgado testamento sin plena identificación, lo que no perfecciona ningún acto, por lo que lo más lógico sería hacerlo ante el propio notario.

Existen prohibiciones para el notario al redactar un testamento, como la de no dejar espacios en blanco, utilizar abreviaturas o que no escriba las cantidades

con número y letra, la consecuencia de la violación de esta normativa será de suspensión hasta por seis meses en el ejercicio del notariado y al pago de los daños y perjuicios que provoque, así lo establece el Artículo 2837 del Código Civil de Jalisco, más cabe señalar que en el Distrito Federal no sólo se sanciona por dichas omisiones a los notarios, sino también a cualquier otra persona que haya de redactar disposiciones de última voluntad y la pena fijada por dichas omisiones es de quinientos pesos a los notarios y de la mitad a los que no lo sean.

Existe una disposición contenida en los Artículos 2838, 2839 y 2840 de Jalisco, equivalentes a los Artículos 1508, 1509 y 1510 del Código Civil del Distrito, en la que se obliga al notario autorizante y a cualquier persona que tenga en su poder un testamento a dar aviso a los interesados, o en caso de desconocerlos o que éstos no se encuentren, dar aviso al juez, en cuanto conozcan de la muerte del testador. Existe una diferencia entre ambas legislaciones, ya que el legislador capitalino no impuso sanción para la falta de cumplimiento de la norma, en tanto que en Jalisco se establece una sanción exclusiva para el notario y para cualquiera que tenga en su poder un testamento, que consiste en la responsabilidad por los daños que pudiera causar la dilación. Es de hacerse notar que estos Artículos provienen en su origen de legislaciones antiguas así en el Fuero Real se establecía, de la misma forma en el Código Holandés³⁹

Otra diferencia entre ambas legislaciones es la contenida en el Artículo 2843 del Código Civil de Jalisco, correspondiente al 1512 del Distrito Federal, En el Código de Jalisco se refiere al testamento como un instrumento; a diferencia de la legislación Capitalina que se refiere a éste como a una escritura, de la misma forma el Código de Jalisco en su Artículo 2847 habla solemnidades a lo que el Código capitalino en su Artículo 1519 se refiere como formalidades.

³⁹ BATIZA Rodolfo. *Las Fuentes del Código Civil de 1928*. Editorial Porrúa, México, 1979. pp.758 y 759.

En ambos Códigos se establecen otras condiciones respecto de los testamentos otorgados por discapacitados, existiendo algunas discrepancias en ambos códigos respecto a su redacción; así en lo que a personas sordas se refiere, coinciden ambos códigos en que cuando la persona sepa leer, tendrá que personalmente dar lectura a su testamento; pero en el caso de que el testador sordo no sepa, o no pueda hacerlo, podrá designar a una persona que lo lea a su nombre, esto se regula por el Artículo 2844 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al Artículo 1516 del Código Civil para el Distrito Federal. Esta disposición proviene del derecho antiguo cuando se empezaron el *Ius Civile* y El *Ius Praetorum* (el derecho Pretoriano).

Respecto al testamento otorgado por los ciegos el Código Civil para el Estado de Jalisco en su Artículo 2845 establece que cuando el testador sea ciego, el testamento será leído en voz alta dos veces una por el notario y otra por uno de los testigos o persona que el testador designe, en cambio el Código Civil para el Distrito Federal en su Artículo 1517 además de hablar de un testador ciego, añade la circunstancia de que éste no pueda o no sepa leer, lo cual parece ilógico y fuera de lugar pues nunca se ha visto un testamento en braille, puesto que resulta evidente que un ciego no pueda leer, salvo que sea en el lenguaje antes mencionado o a menos que lo haga por medio de un intérprete.

Pueden darse diferentes supuestos para el caso de que el autor de la sucesión tenga un idioma distinto al español:

1. Cuando el notario desconozca el idioma del testador. Es necesario aclarar que esta circunstancia no es una discapacidad sino un impedimento para poder llevar a cabo un testamento, el cual se remediará con la presencia de dos testigos que conozcan el idioma del testador.

2. Cuando el notario sí conozca el idioma del testador. En este supuesto el notario podrá autorizar el instrumento siempre y cuando se haga constar

expresamente que la voluntad del testador es reflejo fiel de lo señalado en el testamento.

Además de lo señalado en los dos supuestos se podrá otorgar un testamento a doble columna en español y en cualquier otro idioma si así lo requiriere el otorgante, quien podrá hacer uso de este derecho aún en el caso de que conozca perfectamente el idioma español.

Resulta prudente aclarar que el Código de Jalisco no incluye los supuestos mencionados anteriormente dentro del apartado del testamento público abierto, sino que se encuentra dentro de las disposiciones generales de la forma de los testamentos en el Artículo 2833. En cambio el Código Civil del Distrito si los incluye dentro del capítulo de testamento público abierto en sus Artículos 1513 y 1518.

García Amor establece que:

El testador dispondrá de sus bienes frente al notario, no sólo podrá legar bienes materiales sino también consejos morales a sus herederos, podrá disponer de sus bienes mediante la figura de herederos universales o bien por legados, y también dejando las cargas que juzgue convenientes siempre y cuando la masa hereditaria responda; o bien condicionando la herencia, también podrá disponer la forma de sus exequias o cómo desea ser enterrado, por ejemplo: pude manifestar que es condición para que los herederos se adjudiquen la herencia el hecho de que al morir el testador lo cremen y sus cenizas las viertan en la Bahía de Acapulco, o en Valle de Bravo o en San Miguel de Allende, etcétera.

El testador debe tener la certeza de que esta última y deliberada voluntad se va a cumplir, es muy raro o casi imposible que un testamento notarial pueda ser afectado de nulidad si reúne todos los requisitos.⁴⁰

Una vez redactado el testamento, el testador estampará sus huellas digitales de sus pulgares (en caso de que no tenga alguno de sus dedos lo hará con el que tenga, teniendo que inferir esta circunstancia; los testigos y el notario deberán firmarlo. Así mismo tendrán que firmar el instrumento el testador, el notario y los testigos y cuando sea el caso deberán escribir de

⁴⁰ GARCÍA AMOR Julio Antonio Cuauhtémoc. *El testamento* Editorial Trillas México 2000. pp.84 y 85.

su puño y letra su nombre debajo de su firma lo que se regula en el Artículo 2846 del Código Civil para el Estado de Jalisco equivalente al Artículo 1514 del Código Civil para el Distrito Federal.

Todas las formalidades mencionadas se deben practicar en un solo acto, en Jalisco se establece que ininterrumpidamente, aunque aclara que el tiempo necesario para su impresión no constituye una interrupción; en lo que si difieren ambos códigos es en la sanción en que incurre el notario por no respetar dichas condiciones, así en el Código de Jalisco además de quedar sin efectos el testamento (situación que es igual en ambos códigos), será responsable de los daños y perjuicios, en tanto que en el del Distrito Federal además de los daños y perjuicios incurre en la pérdida de oficio, como se ha mencionado anteriormente.

Se puede considerar que la legislación capitalina es más completa que la Jalisciense siendo obvio que en la redacción del Código de Jalisco intervinieron notarios que eliminaron la sanción de la pérdida de oficio, pero siendo tan trascendente e importante el testamento se le debe dar una sanción que ponga ejemplo a quien tenga la falta de cuidado al redactar el testamento.

El Testamento Público Abierto constituye la forma más usual de otorgar testamento.

CAPÍTULO V. TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

El Artículo 2848 del Código Civil para el Estado de Jalisco establece que el testamento público cerrado “Es aquel que puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, o cualquier otro medio mecánico o electrónico de impresión.” A diferencia del de Jalisco el del Distrito en su Artículo 1521 establece además que puede ser escrito en papel común y omite por tanto la posibilidad de que pueda ser elaborado por cualquier otro medio, mecánico o electrónico de impresión.

El testador, al igual que en el testamento público abierto, tendrá que escribir con su puño y letra su nombre completo debajo de su firma, y estampar sus dos huellas digitales en todas las hojas y al calce del testamento, en este testamento no se especifica con que dedo o dedos tendrá que estampar las huellas el testador, así como tampoco se hace mención a el caso de que testador no cuente con alguno de sus dedos, por lo que sería lógico deducir que se puede tomar como referencia lo establecido en el testamento público abierto en caso de que se presentare dicha situación.

Otra particularidad estriba en que en el Código Civil del Distrito se diferencia del de Jalisco en que no habla de firma sino de rúbrica, añadiendo en el del Distrito la posibilidad de que en caso de que el testador no pueda rubricar lo hará otra persona a su ruego; otra discrepancia es que el Código Capitalino simplifica las solemnidades del instrumento, al no establecer la obligación de estampar las dos huellas digitales en cada hoja, como lo hace el de Jalisco. Las situaciones narradas en los dos párrafos que anteceden están reguladas por los Artículos siguientes, Artículo 2849 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al Artículo 1522 del Código Civil para el Distrito Federal.

Es importante señalar, que, de acuerdo con el Artículo 2850 del Código Civil para el Estado de Jalisco, este tipo de testamento únicamente lo pueden otorgar

las personas que sepan leer y escribir. A diferencia del Código Civil del Distrito en su Artículo 1530 que establece que no podrán otorgar testamento público cerrado los que no sepan o no puedan leer, situación que se deriva de disposiciones tales como el Artículo 978 del Código de Napoleón de 1923 del Código Portugués, existentes ya en el Distrito en los Códigos Civiles de 1870 y 1884; lo cual parece no tener sentido ya que si una persona sabe leer sabrá escribir, sin importar que su escritura sea deficiente, salvo el caso de que no tenga manos, en cuyo caso si el testador no puede escribir alguien podría hacerlo por él, leyéndolo éste al final para cerciorarse de que se haya plasmado su última voluntad. En ambas legislaciones se permite que otra persona intervenga a su ruego. Y que esa voluntad ahí representada pueda ser presentada ante notario, sin olvidar que cuando el testador presente el pliego ante el notario declare fehacientemente que en ese testamento se encuentra contenida su última voluntad, esta declaración es fundamental para la existencia del testamento.

Es conveniente mencionar que la legislación de Jalisco es ambigua al establecer en el Artículo 2851 que se hace la antes dicha declaración a diferencia del Código Capitalino en que se establece que el papel en que esta escrito el testamento o que le sirva de cubierta deberá estar cerrado y sellado y que de no estarlo el testador hará que se cierre y selle exhibiéndolo al notario ante la presencia de tres testigos, el Código de Jalisco no establece la presencia de testigos, sin embargo este hecho queda implícito al establecer el Artículo 2852 que al final levantará el notario certificación de que el documento que ha leído es el testamento (situación que no se da en el Distrito) y que no encuentra irregularidades evidentes, que si las encuentra lo hará saber al testador para que se corrija por lo que deberá firmar y sellar las hojas del pliego y levantará certificación de que ése pliego es el que se presentó por el testador, lo cerrará y sellará la cubierta del mismo la que deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, lo cual lleva a considerar la presencia de los testigos como indispensable. Resulta acertada la disposición contenida en el Artículo 2852 de Jalisco similar más no igual al Artículo 1526 del Código Civil del Distrito Federal,

ya que en el Distrito el notario simplemente da fe de que se cumplieron las formalidades y se extiende en la cubierta del testamento, en cambio en la legislación jalisciense el notario asesora al testador.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la tesis aparecida bajo la voz:

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: LXI, Cuarta Parte
Tesis:
Página: 217

TESTAMENTO CERRADO, FORMALIDADES DEL (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO).

No es exacto que el acta de toma de razón a que se refiere el Artículo 1469 del Código Civil del Estado de Jalisco, deba estar firmada por el testador y los testigos, ya que este requisito tan sólo lo exige el Artículo 1460 del mismo ordenamiento para la constancia o acta que se extiende en la cubierta o sobre que contenga la disposición testamentaria. Esto tiene su explicación en el hecho de que el testamento cerrado no se hace constar en instrumento público, sino que es el testador o persona a su ruego quienes lo redactan y escriben, en papel común o documento privado, como lo dispone el Artículo 1455 del Código Civil de Jalisco, equivalente al 1521 del Código Civil del Distrito Federal; de aquí que sea el sobre que contenga ese documento privado el que se deba proteger y autenticar con la firma del testador, de los testigos y del notario, quien deberá cerrarlo, sellarlo y lacrarlo a fin de evitar su violación y así tener la certeza, en el momento de su apertura, de que el pliego que se halla en su interior, es el mismo que el testador dijo contener su última voluntad. En cambio, el notario sólo tomará razón en su protocolo de los datos y circunstancias a que alude el Artículo 1469 del Código Civil de Jalisco igual al 1535 del Código Civil del Distrito Federal, sin que sea menester la firma del testador y de los testigos. Por consiguiente, no constando el testamento cerrado en instrumento público, son inaplicables los Artículos 60 y 68 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco, que establecen que todo instrumento público se otorgará ante notario por personas hábiles para contratar, con la intervención de testigos cuando así proceda o lo exijan los interesados y que concluido el instrumento firmarán éstos y los testigos e intérpretes que hubieren intervenido; en un testamento público cerrado, que debe estar redactado en papel común o sea en documento privado, lo que se autoriza o autentifica ante notario es su envoltura externa o sobre que lo contiene. Estas ideas encuentran apoyo en la naturaleza misma del acto y además en el Artículo 54 fracción I, de la propia ley del Notariado del Estado de Jalisco, conforme al cual los Notarios deberán extender en su protocolo todos los actos que autoricen, a excepción de los testamentos cerrados.

Amparo directo 546/61/2a. Víctor González Luna. 9 de julio de 1962. Mayoría de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela. Disidente: Mariano Ramírez Vázquez.

En el caso de que el testador no pudiese firmar deberá hacerlo otra persona en su nombre y en su presencia, con la obligación de estampar sus huellas digitales; el notario deberá constatar claramente esta circunstancia, ya que en caso de no hacerlo incurrirá en la pena de pérdida de oficio por un año. Al respecto existe una diferencia importante con el Código capitalino el cual no hace mención respecto de las huellas digitales, haciendo la aclaración de que no deberán de firmar ninguno de los testigos, pero estableciendo la posibilidad de que en caso de suma urgencia podrá firmar uno ellos ya sea por algún testigo que no sepa hacerlo o por el mismo testador, estableciendo la obligación al notario de hacer constar expresamente dicha circunstancia, so pena de suspensión de oficio por tres años, tal y como se establece el Artículo 2853 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente a los Artículos 1525 y 1529 del Código Civil para el Distrito Federal.

Cabe señalar que el notario será responsable de los daños y perjuicios que se causen cuando un testamento público cerrado quede sin efectos por motivo de carecer de algunas de las solemnidades descritas anteriormente. El Código Civil para el Distrito además de establecer la pena de daños y perjuicios hace mención a la pérdida del oficio, tal y como se establece en el Artículo 2857 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al Artículo 1534 del Código Civil para el Distrito Federal.

El Código Civil para el Estado de Jalisco no contiene los equivalentes a los Artículos 1522, 1523, 1524 y 1527 del Código Civil para el Distrito Federal que establecen que el testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento, así mismo establece que en caso de que la persona no supiere o no pudiese hacerlo, lo podrá hacer otra persona por él, la cual deberá de concurrir con el testador a la presentación del pliego cerrado, acto en el que el testador deberá declarar que esa persona firmó y rubricó en su nombre, debiendo ésta firmar en la cubierta del testamento al igual que los testigos y el notario. El escrito que contenga el testamento deberá de estar cerrado y sellado, o el testador podrá

hacerlo (cerrar o sellar) cuando se otorgue el testamento exhibiéndolo al notario frente a tres testigos, los cuales siempre deberán de ser tres, en caso de que alguno no supiera firmar, alguien más lo hará por él. Este se refiere a los casos en que se encuentre impedido para firmar, pero se mantiene la obligatoriedad de saber leer y escribir, ya que sería inhábil para hacer este testamento el que no pueda leer y escribir.

El sordomudo podrá hacer su testamento con tal de que el escrito esté, fechado y firmado por su propia mano, la diferencia entre ambos códigos estriba en que al presentarlo ante el notario lo tendrá que hacer en Jalisco ante dos testigos y en el Distrito Federal ante cinco testigos y deberá el propio testador escribir en presencia de todos sobre la cubierta de aquél pliego que en el se encuentra contenida su última voluntad, firmando el pliego, y el notario deberá declarar en el acta de cubierta que el testador lo escribió de ese modo.

Cuando el testador no pueda firmar la cubierta lo hará otra persona en su nombre y en su presencia, debiendo estampar sus huellas digitales haciendo constar el notario esta situación expresamente so pena de suspensión de oficio por un año, así mismo el notario tendrá la obligación de dar fe del testigo que el testador escoja para que firme por él, cuestión que se regula en el Artículo 2855 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al Artículo 1532 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual cita a los Artículos 1528 y 1529, equivalentes al Artículo 2853 del Código de Jalisco.

En el caso de que el testador sea sólo mudo o sólo sordo, podrá hacer testamento público cerrado siempre que este escrito por su puño y letra, en el caso de que haya sido escrito por otro, el testador deberá anotar y firmar la nota de su puño y letra, así mismo el testador tendrá que ajustarse a las formalidades que se requieren para este tipo de testamentos que ya se han mencionado anteriormente, esto se regula en el Artículo 2856 del Código Civil para el Estado

de Jalisco, equivalente al Artículo 1533 del Código Civil para el Distrito Federal.

Habiendo sido autorizado y cerrado el testamento, se le entregará al testador teniendo la obligación el notario de poner razón en el protocolo, del lugar, hora, día, mes y año, en que el testamento haya sido autorizado y entregado. En caso de que el notario no cumpla con lo anterior será suspendido por seis meses y el testamento será válido. Teniendo el testador en sus manos el testamento podrá darlo a guardar a alguna persona de su confianza o presentarse, el mismo o a través de procurador quedando el poder unido al testamento, ante el encargado del Registro Público de la Propiedad para su depósito (cabe señalar que en el Código Civil para el Distrito se habla de un Archivo Judicial), teniendo éste la obligación de firmar y asentar en el libro razón del depósito o entrega, también tendrá que ser firmado por el testador al cual se le tendrá que dar copia certificada. El que por alguna razón substraiga o destruya el testamento, será sancionado en los términos del Código Penal, en caso de que fuere heredero aún en el caso de intestado, éste perderá sus derechos sobre la herencia, esto se encuentra regulado en los Artículos del 2858 al 2862 y 2872 del Código Civil para el Estado de Jalisco; equivalentes a los Artículos 1535 al 1539 y 1549 del Código Civil para el Distrito Federal.

Puede darse el caso en el que se encuentre roto el pliego interior del testamento o abierto el pliego que forma la cubierta; así como también puede suceder que las firmas que autorizan el documento se encuentren borradas, raspadas o enmendadas; en estos casos el testamento quedará sin efecto aunque el contenido no se encuentre viciado. Siempre que se cumplan las formalidades debidas el testador podrá retirar su testamento cuando quiera, cabe señalar que tanto el acto de la entrega del testamento como del retiro deberá constar en escritura pública tal y como se establece en los Artículos 2871, 2863 y 2864 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalentes a los Artículos 1548, 1540 y 1541 del Código Civil para el Distrito Federal.

El notario y los testigos tendrán que comparecer una vez que el juez haya recibido el testamento, esta comparecencia será obligación del juez y podrán comparecer simultáneamente el notario y los testigos, o sucesivamente. Es conveniente señalar que el código capitalino no hace referencia a la simultaneidad o sucesividad de la comparecencia. Así mismo ambos códigos señalan que los que comparezcan deberán de reconocer sus firmas y las del testador o de la persona que a su ruego hayan firmado y hayan declarado si en su concepto esta cerrado sellado como lo estaba en el acto de entrega; sino pudieren comparecer todos los testigos por muerte enfermedad o ausencia bastará el reconocimiento de quienes queden y el del notario, tal como se establece en el Artículo 2865 del Código Civil para el Estado de Jalisco; equivalente al Artículo 1542 del Código Civil para el Distrito Federal.

Para que el testamento cerrado pueda ser abierto, deberán, tanto el notario como los testigos instrumentales que estén vivos o no estén impedidos (ya sea por enfermedad o ausencia), reconocer sus firmas y la del testador (o de quien haya firmado por el), ante el juez, también deberán declarar que el testamento se encuentra cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega. En caso de que existan impedidos como los referidos bastará con el reconocimiento del notario y de los disponibles; en caso de que ninguno de los testigos, ni el notario pudiera comparecer, el juez deberá hacerlo constar así por información, y legitimidad de las firmas; también deberá hacer constar que estas personas se encontraban en el lugar en el que se otorgó el instrumento así como la fecha en que se llevó a cabo el mismo. Una vez hecho lo anterior el juez podrá decretar la publicación y protocolización del testamento, lo anterior se encuentra contenido en los Artículos del 2866 al 2870 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalentes a los Artículos del 1543 al 1547 del Código Civil para el Distrito Federal.

Es importante establecer que el testamento público cerrado quedará sin efectos siempre que se encuentre roto el pliego interior o abierto el que forma la

cubierta o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no este viciado.

CAPÍTULO VI. TESTAMENTO OLÓGRAFO

Se llama testamento ológrafo al que es escrito por el puño y letra del testador y al que no produce efectos sino está depositado en las oficinas que el legislador dispone, lo cual no significa de ninguna forma que el testamento tenga que ser secreto, tal y como lo establece la jurisprudencia establecida bajo la voz:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: XII-Julio
Tesis:
Página: 314

TESTAMENTO OLOGRAFO. NO LO INVALIDA LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SEA FIRMADO POR DOS TESTIGOS.

Del contenido de los Artículos 1550 al 1564 del Código Civil del Distrito Federal, se desprende que si bien es cierto que estos regulan los requisitos a que debe sujetarse el testamento ológrafo para que tenga validez entre los que se exige, que lo suscriban personas mayores de edad, que esté totalmente escrito y signado por su autor, con la expresión del día, mes y año en que se otorgue, y que si existen palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salve con su firma; que deberá hacerse por duplicado imprimiendo en cada ejemplar la huella digital, además de las formalidades inherentes a su depósito en el Archivo General de Notarías; no menos cierto es que, dichos preceptos en ningún momento señalan la obligación de que sea estrictamente secreto o rubricado únicamente por el testador y menos aún, prohíben que sea firmado por dos testigos, de tal suerte que por esta sola circunstancia, no se afecta en manera alguna la eficacia jurídica del documento en cuestión, dado que no hay disposición expresa en tal sentido máxime que esa medida, sólo revela la intención del titular de darle mayor confiabilidad al acto jurídico. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 716/93. Esperanza Lozada González. 20 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Ulloa de Rebollo. Secretario: Jaime Aurelio Serret Álvarez.

Este tipo de testamento únicamente puede ser otorgado por personas mayores de edad; y para su validez, deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él por su puño y letra, bajo su firma deberá escribir su nombre y estampar sus huellas digitales en todas las hojas que lo compongan (cabe señalar que esta última formalidad no se requiere en el Código del Distrito Federal), señalando el día, mes y año en que se otorgó. En caso de que el testamento tuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones las protegerá la firma del testador debajo de éstas; en caso de que el testador no firme para enmendar

los errores, únicamente se invalidarán estos, sin afectar el resto del testamento. Tratándose de extranjeros estos podrán otorgar el testamento en su idioma de origen, según se regula en los Artículos 2873 y 2874 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalentes a los Artículos 1550, 1551 y 1552 del Código Civil para el Distrito Federal.

El testador deberá hacer por duplicado su testamento, habiendo diferencia entre el Código capitalino y el jalisciense, en cuanto que en el jalisciense el testador deberá concurrir personalmente al Registro Público de la Propiedad (si no es conocido personalmente por el registrador deberá presentar dos testigos que lo identifiquen) y en el sobre que contenga el testamento original el testador de su puño y letra pondrá la siguiente constancia “dentro de este sobre se contiene mi testamento”, y a continuación se expresará el lugar y la fecha en que se hace el depósito. La constancia deberá ser firmada por el testador y por el encargado de la oficina y si hay testigos también tendrán que firmar.

En el Distrito Federal el testador tendrá que presentarse en el Archivo General de Notarías en donde se pondrá la constancia extendida por el encargado de la oficina que dirá “recibí el pliego cerrado que el señor afirma contiene original de su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo señor existe dentro de este sobre un duplicado”. Se pondrá luego lugar y fecha en que se extiende la constancia que será firmada poniéndose al calce la firma del testador y los testigos cuando estos hayan intervenido, hecho el depósito el encargado del Archivo tomará razón de él en el libro respectivo a fin de que se pueda identificar el testamento y conservará bajo su responsabilidad el original hasta que lo entregue al testador o al juez competente. Cuando el testador no pudiere comparecer a la oficina general del archivo de notarias el encargado de esta oficina deberá concurrir al lugar donde se encuentre el testador. Igual caso se dará en el estado de Jalisco por las autoridades que tengan que recibirlo.

Así mismo se deberá señalar el lugar y la fecha en que se extiende la constancia que firmará el encargado de la oficina, poniéndose también al calce la firma del testador y de los testigos de identificación, cuando intervengan. El duplicado, deberá estar cerrado en un sobre lacrado, y con la nota en la cubierta, de que se abrirá después, será devuelto al testador, cabe señalar que el Código Civil del Distrito Federal señala además que en cada ejemplar del testamento se imprimirá la huella digital del testador, para dar mayor seguridad. El testador podrá implantar en el sobre que contenga el testamento sellos, señales o marcas que quiera para evitar violaciones al mismo, lo cual es correcto, tal y como lo regulan los Artículos 2875 y 2878 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalentes al los Artículos 1553 y 1555 del Código Civil para el Distrito Federal.

El Depósito en el Registro Público de la Propiedad o en su caso en el Archivo General del Notarías del que ya se ha hablado lo deberá hacer personalmente el testador, quien si no es conocido del encargado de la oficina, tendrá que presentar a dos testigos para que lo identifiquen. El testador tendrá la obligación de insertar de su puño y letra en el sobre que contenga el testamento original, la siguiente leyenda, "Dentro de este sobre se contiene mi testamento". Hecho esto se tendrá que expresar el lugar y la fecha en que se hace el depósito. La constancia será firmada por el testador y por el encargado de la oficina y en caso de que hayan intervenido testigos para que identifiquen al testador, éstos también deberán firmar, tal y como se establece en el Artículo 2876 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al Artículo 1554 del Código Civil para el Distrito Federal.

Si se presentare el caso de que no hubiere oficina del Registro Público de la Propiedad en el domicilio del testador, el depósito y recepción se harán ante y por el jefe de la Oficina de Recaudación Fiscal, quien tendrá que levantar una constancia que establezca: "Recibí el pliego cerrado en el que... afirma contiene original su testamento ológrafo, del cual, según su afirmación existe dentro de este sobre un duplicado"; una vez realizadas las diligencias correspondientes, lo

remitirá a la oficina del Registro Público de la Propiedad de la circunscripción territorial que corresponda, dentro de los cinco días hábiles después de su presentación, esta situación únicamente se encuentra contemplada en el Código de Jalisco en su Artículo 2877.

Pudiera suceder que el testador estuviere imposibilitado para hacer personalmente la entrega de su testamento en las oficinas del Registro Público de la Propiedad o de la Oficina de Recaudación Fiscal en su caso (el Código del Distrito no hace mención de la Oficina de Recaudación Fiscal), el encargado de estas oficinas tendrá que concurrir al lugar en el que se encuentre el testador para que se pueda llevar a cabo el depósito con todas las formalidades necesarias. Una vez que se haya hecho el depósito el encargado de la dependencia deberá asentarlos en el libro respectivo con la finalidad de que el testamento pueda ser identificado, así mismo hasta que no haya entregado el testamento original al testador o juez competente, este será su responsabilidad. El testador tendrá derecho a retirar del Registro el testamento depositado, esto lo podrá hacer personalmente o por medio de mandatario con poder especial otorgado ante Notario Público, la entrega del testamento se hará constar en un acta que deberá firmar el encargado de la oficina y el interesado, el Código capitalino además de lo ya señalado establece que también podrá firmar el mandatario si lo desea. El que sea encargado del Registro por ningún motivo deberá informar a nadie acerca del contenido del testamento, excepto al testador o jueces competentes que oficialmente lo pidan, es importante señalar que el Código Civil para el Distrito Federal añade que se podrá informar también a los notarios cuando estén tramitando la sucesión, lo anterior se encuentra contenido en los Artículos 2879, 2880, 2881, 2887 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalentes a los Artículos 1556, 1557, 1558, 1564 del Código Civil para el Distrito Federal.

El Artículo 2886 del Código Civil para el Estado de Jalisco, (equivalente al Artículo 1563 del Código Civil para el Distrito Federal), establece que el testamento ológrafo perderá sus efectos, cuando, el original o el duplicado,

estuvieren rotos, cuando el sobre que los cubre se encuentre abierto o las firmas que los autoricen aparecieran borradas, raspadas o con enmendaduras, sin importar que el contenido del testamento no se encuentre viciado, lo cual es contradictorio a lo establecido por el Artículo 2874 del mismo Código, pues establece lo contrario.

Para que el testamento pueda ser declarado formal, el juez ante quien se promueva un juicio sucesorio pedirá informe al encargado del Registro Público del lugar, acerca de si en su oficina se ha depositado algún testamento ológrafo del autor de la sucesión, para que en el caso de que resulte cierto, este le remita el testamento, tal y como se establece en el Artículo 2882 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al Artículo 1559 del Código Civil para el Distrito Federal.

En caso de que alguna persona tenga en su poder el duplicado de un testamento, o tenga noticia de que el autor de una sucesión depositó un testamento ológrafo, deberá comunicarlo al juez competente, el que tendrá la obligación de pedirle al encargado de la oficina del Registro en que se encuentre el testamento, que se lo remita y una vez que éste lo haya recibido deberá examinar la cubierta que contiene el testamento para asegurarse de que no ha sido violada, así mismo deberá hacer que los testigos de identificación que residieren en el lugar, reconozcan sus firmas y las del testador, en presencia del ministerio público, de los que se hayan presentado como interesados y de los mencionados testigos, deberá abrir el sobre que contiene el testamento. Si este llena los requisitos que ya mencionados y se comprueba que es el mismo que depositó el testador, se declarará formal testamento de este. Únicamente en el caso de que el testamento original depositado lo hayan destruido o robado, el duplicado será considerado como formal y se originará su apertura como se mencionó anteriormente, tal y como se establece en los Artículos, 2883, 2884, 2885 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalentes a los Artículos 1560 1561 1562 del Código Civil para el Distrito Federal.

CAPÍTULO VII. TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO

Este testamento listado como tal entre los testamentos ordinarios que regula el Artículo 1500 fracción tercera del Código Civil para el Distrito Federal, se regula en el capítulo Tercero Bis del Título Tercero, (El Código de Jalisco no lo contempla) establece que el testamento publico simplificado es aquel que se otorga ante el notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente y el otorgamiento se hará en la misma escritura en que se consigne su adquisición o en la regularización que las autoridades del Distrito Federal o las Entidades y Dependencias de la Administración Pública Federal emitan, sin que esto impida que posteriormente se consigne con base en la normativa que regula el Artículo 1549 bis.

Para que pueda designarse al heredero se requiere que al momento de la adquisición el valor del avalúo o el precio del inmueble no exceda del equivalente a 25 veces el salario mínimo general elevado al año en el momento de su adquisición, esto sólo en el caso de que se trate de compraventa ante el notario, en el caso de regularización de inmuebles a que se refiere las entidades y dependencias gubernamentales que se han mencionado en el párrafo anterior no se estará a ese límite ya que en el caso de la regularización no importará su monto. Desde luego el texto no establece ante quien se hará esa regulación y se puede suponer que se hará ante el notario que hace la regulación, lo que si no es claro se deriva del texto del Artículo que se analiza.

El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer salvo designación de sustitutos.

Si al tiempo de que se lleve a cabo la protocolización notarial de la adquisición a favor de los legatarios y estos fuesen incapaces y no estuviesen sujetos a potestad o tutela, el testador también podrá designarles un representante especial que firme el acta notarial por cuenta de los incapaces.

Si hubiere pluralidad de adquirentes en el inmueble cada copropietario podrá instituir uno o más legados respecto de su porción, esto es, que no será necesario, ni tendrá preferencia alguna una persona contra los beneficiarios del otro, no existiendo en este caso el derecho al tanto.

Cuando el testador estuviese casado bajo el régimen de sociedad conyugal su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento por la porción que le corresponda. Por disposición expresa de la fracción tercera esto no se considera dentro de la prohibición que establece el Artículo 1296 que reza *“no pueden testar en el mismo acto dos o más personas ya en provecho recíproco, ya a favor de un tercero”*.

Desde luego los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, siempre que los hubiere y se darán en proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario.

Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble designado y no les será aplicable la normativa que regula el Artículo 1713 en la que se prohíbe la extracción de bienes en manos del albacea ni lo dispuesto en el Artículo 1970 en que se requerirá aprobación del inventario.

Al fallecer el autor de la sucesión la titulación notarial será en los términos del Artículo 876 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece:

“Para la titulación notarial de la adquisición por los legatarios instituidos en testamento publico simplificado, se observara lo siguiente:

I.- los legatarios o sus representantes, exhibirán al notario la copia certificada del acta de defunción del testador y testimonio del testamento público simplificado;

II.- el notario dará a conocer, por medio de una publicación en un periódico de los de mayor circulación en la república, que ante él se está tramitando la titulación notarial de la adquisición derivada del testamento público simplificado, los nombres del testador y de los legatarios y, en su caso, su parentesco;

III.- El notario recabará del archivo general de notarías, del archivo judicial del distrito federal y de los correspondientes archivos u oficinas similares del último domicilio del autor de la sucesión, las constancias relativas a la existencia o inexistencia de testamento. En el caso de que el testamento público simplificado presentado sea el último otorgado, el notario podrá continuar con los trámites relativos, siempre que no existiere oposición;

IV- De ser procedente, el notario redactará el instrumento en el que se relacionarán los documentos exhibidos, las constancias a que se refiere la fracción anterior, los demás documentos del caso, y la conformidad expresa de los legatarios en aceptar el legado, documento que se inscribirá en el registro público de la propiedad. En su caso, se podrá hacer constar la repudiación expresa; y

V.- En el instrumento a que se refiere la fracción anterior, los legatarios podrán otorgar, a su vez, un testamento público simplificado en los términos del Artículo 1549-bis del Código Civil”.

El último aserto del Artículo 876 bis no resulta claro ya que afirma que puede llevarse a cabo el testamento simplificado al adquirir un bien inmueble para vivienda, en los términos del Artículo 1549 del Código Civil para el Distrito Federal que establece que por adquisición o por regularización hecha por la autoridad y señala “o en acto posterior”, lo que lleva a pensar que es posible que quien otorga un testamento público simplificado puede otorgarlo posteriormente a la escritura en que adquirió o a la escritura que se consignó la regularización, pero el artículo no dice cómo, por lo que se puede suponer que en cualquier momento posterior puedan determinarse esos legatarios, más el texto es omiso al respecto.

Resulta difícil considerar que en este caso nos encontramos ante un acto testamentario por las siguientes razones:

- No implica para el notario la obligación de conocer o cerciorarse de la identidad de quien adquiere, salvo que se entienda incluido en las disposiciones notariales generales que regulan la identidad de los comparecientes.
- No implica necesariamente la obligación de informar a los interesados cuando sepa de la muerte.
- No incluye la necesidad de que se celebre en un solo acto.
- La más grave es que no se manifiesta en él si es o no revocable o modificable, característica que es esencial en los testamentos.

El legislador de Jalisco no consideró esta disposición como un testamento, sin embargo si reguló la figura, pero lo hizo como una modalidad del contrato de compraventa, siendo deficiente el Código en cuanto a la figura de la regulación que el Código capitalino reguló. En el Artículo 1893 se establece que puede en el momento de formalizarse el contrato de compraventa que verse sobre inmuebles señalarse por el comprador que el mismo pase en propiedad a su cónyuge o a sus ascendientes o sus descendientes cuando ocurra su fallecimiento.

Resulta importante hacer notar las diferencias fundamentales que se dan entre el testamento capitalino y la legislación jalisciense, así en primer término la legislación capitalina regula dos figuras: la adquisición de bienes inmuebles cuyo valor sea menor a 25 veces el salario mínimo anual en el Distrito Federal y la figura de la regularización hecha por autoridades, esta sin límite en el valor del bien. En Jalisco solamente se da en el caso de la compraventa sin que tenga limitación de valor y siempre y cuando se haga a favor del cónyuge, ascendientes o descendientes, en tanto la capitalina no regula cualidades del o los legatarios.

La figura jalisciense puede ser libremente constituida, revocada o modificada en cualquier momento (a pesar de que el Artículo 1893 del Código Civil de Jalisco dice "puede en el momento de formalizarse el contrato de compraventa

que verse sobre inmuebles.....”) en tanto en la fracción primera del 1894 de la misma normativa se establece que “podrá ser libremente constituida, revocada o modificada en cualquier momento debiendo constar la misma en Escritura Pública o en disposición testamentaria.

El Código del Distrito no establece que la disposición una vez constituida pueda ser revocada o modificada y en este no hay limitación en cuanto al número de inmuebles en tanto que en Jalisco es revocable y queda limitado a un solo inmueble.

Cuando la adquisición se haga para una sociedad económico matrimonial o en copropiedad, esta se equiparará a la adquisición del inmueble, teniendo el derecho de designar beneficiarios, que comprenden desde luego tan solo los derechos adquiridos por cada cual.

CAPÍTULO VIII. TESTAMENTO EXTRAORDINARIO O ESPECIAL

1.1. EL Testamento Privado.

El testamento privado *“es aquél en que el testador realiza el acto sin asistencia de persona revestida de carácter oficial, ni testigos.”*⁴¹

El testamento privado esta permitido en los siguientes casos, cuando:

I. El testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra notario a hacer el testamento.

La urgencia de la medida es el elemento justificador de la existencia de este testamento, para lo cual se debe probar que el testador no pudo ocurrir ante el fedatario en virtud del ataque virulento y grave de una enfermedad, mas esta situación no puede ser permanente si cambian las condiciones de urgencia que la generaron.

El testamento privado únicamente surte efectos en virtud de que el testador fallezca de la enfermedad o del peligro en que se hallaba, si el testador no fallece de ese peligro o enfermedad operará la caducidad en relación con ese testamento y dejará de tener valor, así si mismo surtirá efectos dentro de un mes de desaparecida la causa que lo motivó, tal y como lo establece el Artículo 2899 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al Artículo 1571 del Código Civil para el Distrito Federal, la única diferencia entre ambos Códigos es que en el Código capitalino en vez de utilizar el vocablo “motivó” utiliza el de “autorizó”.

⁴¹ DE PINA VARA Rafael y DE PINA Rafael. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa. Av. República Argentina, 15. México, 1998. p.473.

II. No haya notario en la población.

Esto evidencia que sería imposible para el testador trasladarse a otro sitio en donde hubiera notario, por lo que esta presunción aunque importante es de gran valor.

III. Aunque haya notario en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil que concurra al otorgamiento del testamento.

En el mismo orden de ideas del punto anterior se puede estimar que la urgencia existe cuando habiendo notario en la población sea por lo menos muy difícil concurrir al otorgamiento del testamento.

IV. Esté en una población incomunicada por razón de cerco sanitario decretado por las autoridades de Salubridad, en razón de alguna epidemia, aunque él no la padezca.

El aislamiento es importante cuando la comunidad está incomunicada por causa de un cerco sanitario, mas este supuesto requiere que ese cerco haya sido incomunicado por las autoridades de salubridad en razón de alguna epidemia, lo que no significa de ninguna manera que el testador tenga que estar infectado de dicha enfermedad, y será válido el testamento en tanto que esa situación persista, por esto si termina el cerco sanitario tendrá una validez de treinta días para hacer nuevo testamento y de no hacerlo deberá establecerse que a operado la caducidad del testamento.

V. Cuando los militares o asimilados del Ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

El estado de guerra y la prisión son causas generadoras de validez, ya que resulta evidente que los militares en campaña o prisioneros de guerra no tienen

facilidades de otorgamiento y por lo tanto el testamento será válido mientras que dichas situaciones hipotéticas se mantengan.

No se debe olvidar que el supuesto primitivo para la validez de este tipo de testamentos es que al testador no le sea posible hacer testamento público u ológrafo, lo anterior se encuentra regulado por el Artículo 2888 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al Artículo 1565 del Código Civil para el Distrito Federal el cual difiere del Código de Jalisco en que el capitalino en el inciso segundo además de mencionar que no haya notario en la población añade también a un juez que actúe por preceptoría; en la fracción tercera además de hablar de un notario lo hace de un juez; la fracción cuarta no la tiene. El último párrafo está contenido en el Artículo 1566.

Para la validez de este tipo de testamentos será necesario que se cumplan algunas formalidades, en primer término se deberá estar en el supuesto que anteriormente se ha comentado, es decir que el testador sea atacado por una enfermedad tan violenta y grave que no de tiempo a hacerlo o que no haya notario en la población o que sea imposible o muy difícil que concurra ante notario, o que este incomunicado por razones de cerco sanitario decretado por autoridades de salubridad o cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña.

Además el Código jalisciense establece en su Artículo 2889 que se requerirá que el testador declare en presencia de cuando menos tres testigos idóneos su voluntad, la cual uno de ellos redactará por escrito en caso de que el testador no pueda escribir. Al respecto el Código capitalino en su Artículo 1567 establece a diferencia del jalisciense que se requerirá de cinco testigos. Así mismo el Código de Jalisco en su Artículo 2890, equivalente al Artículo 1568 del Código del Distrito, establece que en caso de que ninguno de los testigos sepa escribir o en caso de suma urgencia no será necesario que el testamento se redacte por escrito.

La siguiente disposición la contempla únicamente el Código Civil de Jalisco en su Artículo 2891, que establece que los testigos deberán concurrir en forma conjunta ante la primera autoridad del lugar, ya sea política, administrativa o judicial, haciendo una síntesis de lo presenciado en virtud del testamento, y con ello preconstituir con el acta que a efecto se levante, un principio de prueba que deberá acompañarse al Juez de Primera Instancia en el curso donde se promueva la declaratoria sobre la formalidad del testamento.

En ambos códigos se establece que al otorgarse el testamento privado se observarán, en lo conducente, las solemnidades prescritas para los testamentos públicos abiertos (Artículo 2892 de Jalisco, equivalente al 1570 del Distrito Federal). Al efecto existe tesis de los Tribunales Colegiados que establece lo siguiente:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: IX-Abril
Tesis:
Página: 663

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 Distrito Federal, 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 concorra notario a confeccionarlo, en cuyas condiciones el testador declarará a 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, 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.

La tesis antes mencionada, esta basada en el Código Civil de Jalisco anterior, por lo que los Artículos actuales equivalentes a los mencionados en la tesis son los 2888 y 2889 del mismo Código, cabe aclarar que en la tesis se hace mención de cinco testigos, cuando actualmente se requiere de tres únicamente.

El Artículo 2893 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al 1572 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que el testamento privado necesita, además, para su validez, que el Juez de Primera Instancia declare que el dicho de los testigos, es el formal testamento de la persona de quien se trate, teniendo en cuenta las declaraciones de los testigos que firmaron u oyeron, en su caso, la voluntad del testador. En el caso del código capitalino se habla de un juez sin especificar que se trate de un juez de primera instancia. Ambos Códigos establecen que la declaración a que se refiere el Artículo anterior será pedida por los interesados, inmediatamente después que supieren la muerte del testador y la forma de su disposición, (Artículo 2894 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al 1573 del Código Civil para el Distrito Federal)

Se establece en ambos códigos (Artículo 1574 del Distrito Federal, equivalente al 2895 del Código de Jalisco), que los testigos que concurren a un testamento privado deberán declarar circunstancialmente:

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

Si los testigos fueren idóneos y estuvieren conformes en todas y cada una de las circunstancias asentadas anteriormente, el juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien se trata según se establece en el

Artículo 2896 del Código Civil de Jalisco, equivalente al 1575 del Código para el Distrito Federal.

Si después de la muerte del testador muriera alguno de los testigos, se hará la declaración con los restantes, con tal de que no sean menos de dos y mayores de toda excepción, según se regula en el Artículo 2897 del Código Civil para el Estado de Jalisco, El Código del Distrito Federal en su Artículo 1576 habla de 3 testigos y añade que éstos deberán ser manifiestamente contestes.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, se observará también en el caso de ausencia de alguno de los testigos, siempre que en la falta de comparecencia del testigo no hubiere dolo. Sabiéndose el lugar donde se hallan los testigos, serán examinados por exhorto. Lo anterior se establece en el Artículo 2898 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente el primer párrafo al Artículo 1577, y el segundo al 1578 del Código Civil para el Distrito Federal.

1.2. El Testamento Militar y Marítimo.

Rafael de pina define el testamento militar y marítimo como aquel que, con carácter especial, en las circunstancias previstas por el Código Civil, pueden otorgar los militares o asimilados y los prisioneros de guerra.

El Código Civil para el Distrito Federal los estudia por separado el Militar y el Marítimo, éste último está contenido dentro de los Artículos 1583 al 1592 los cuales el Código Civil para el Estado de Jalisco no lo regula.

Para el otorgamiento de este tipo de testamento la ley establece en el Artículo 2900 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al Artículo 1579 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual omite el calificativo "integrante de la armada nacional". Si el militar, el asimilado del Ejército o integrante de la Armada Nacional hace su disposición en el momento de entrar en

acción de guerra o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra.

En el caso de los prisioneros de guerra el Artículo 2901 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al Artículo 1580 del Código Civil para el Distrito Federal, observa las mismas condiciones que al momento de entrar en acción de guerra o estando herido al que sea el prisionero de guerra está legitimado en los mismos términos, por lo que este supuesto debió integrarse a los establecidos por el Artículo 2900 de Jalisco, equivalente al 579 del de Distrito.

El Estado de Jalisco reconoce como parte del testamento militar y marítimo las disposiciones mortuorias o pliegos de última voluntad que formulen los miembros del ejército mexicano, de la fuerza aérea o de la armada nacional ante dos testigos y depositados en las secretarías del ramo o en los institutos de seguridad social para ello instruidos (sic. Instituidos). En este supuesto el testamento tendrá que ser entregado al testador por aquel que lo tenga quien lo remitirá al secretario que corresponda quien lo deberá hacer llegar a la autoridad judicial competente.

El Artículo 2904 del Código Civil para el Estado de Jalisco, equivalente al Artículo 1582 del Código Civil para el Distrito Federal (el cual añade el vocablo "de Guerra ahora secretario de defensa nacional" omitiendo el "de la secretaría correspondiente"), señala que en caso de que testamento hubiere sido otorgado de palabra, los testigos instruirán de él desde luego al jefe de la corporación, quien dará parte en el acto al Ministerio de la Secretaría correspondiente y este a la autoridad judicial competente, a fin de que proceda teniendo en cuenta lo dispuesto en los Artículos del 2893 a 2899 del Código Civil para el Estado de Jalisco.

1.3. El Testamento Hecho fuera del Estado de Jalisco.

Puede parecer superfluo el hecho de haber redactado este tipo de testamento, porque narrado o no, tiene que cumplirse lo imperativamente ordenado por el Artículo 121 constitucional.

En el Estado de Jalisco se dará plena validez y reconocimiento a los testamentos hechos en otra entidad federativa, dentro del territorio nacional siempre y cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del lugar donde pasaron, tal y como lo establece el Artículo 2905 del Código Civil para el Estado de Jalisco (El Código Civil para el Distrito Federal, no lo contiene).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto ha establecido la tesis aparecida bajo la voz:

Quinta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: LVII
Página: 1212

LEGALIZACION DE DOCUMENTOS.

El Artículo 121 de la Constitución Federal previene que se dé entera fe y crédito a los actos público, registros y procedimientos judiciales de cada Estado de la Federación, sin más limitación que la resultante de las leyes generales que expida el Congreso de la Unión, para obtener la manera de probar dichos actos y registros, y como hasta la fecha no se ha expedido esas leyes que exijan la previa legalización, no es posible negar a una inscripción hecha en el Registro Público de otro Estado, la fe pública que merece, con tanta más razón, cuanto que ni la autenticidad ni el contenido del documento, son objetados por la parte demandada al contestar la demanda.

Amparo civil directo 4037/37. Guízar Morfín Luis. 4 de agosto de 1938.
Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

1.4. El Testamento Hecho en el extranjero.

El Artículo 2906 del Código Civil para el Estado de Jalisco, el cual es equivalente al los Artículos del 1593 al 1598 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales variando su redacción con el primero establecen que tendrán plena validez los

testamentos otorgados por mexicanos en el extranjero, siempre y cuando hubieren sido autorizados en las misiones diplomáticas; legaciones y consulados mexicanos y se hubieren otorgado conforme a derecho.

El Artículo 2907 del Código Civil para el Estado de Jalisco (El Código Civil para el Distrito Federal, no lo contiene), dice que para que en el Estado se admitan y tengan validez los testamentos hechos en país extranjero, se requiere acreditar que hayan sido otorgados conforme a las leyes del país en que pasaron.

“En Jalisco la capacidad para testar es independiente de la nacionalidad o residencia del testador”⁴². Por lo tanto no se debe confundir el testamento de extranjeros con el testamento hecho en el extranjero para el que se debe sujetar a las normas de derecho internacional privado o en caso de que existan tratados internacionales.

⁴² GATT CORONA Guillermo. *Testamento de Extranjeros en Jalisco*. Podium Notarial. #27 Junio de 2003. p.91.

CAPÍTULO IX. OTRAS FORMAS DE TESTAR

Nuestro legislador ha establecido otras formas de testar sin que formalmente puedan considerarse como testamentos pero que sin embargo transmiten la propiedad de los bienes de una persona a su muerte. Tal es el caso de la llamada por el Código de Jalisco "modalidades del contrato de compraventa", cuando en realidad se trata de disposiciones testamentarias, que más bien tienen un carácter de legado, en Jalisco las regulan los Artículos 1893 y 1894 los cuales dicen:

El Artículo 1893 establece que puede en el momento de formalizarse el contrato de compraventa que verse sobre inmuebles, señalarse por el comprador que el mismo pase en propiedad a su cónyuge o a sus ascendientes o sus descendientes cuando ocurra su fallecimiento.

Al fallecimiento del comprador, bastará que se exhiban ante el encargado de la oficina del Registro Público de la Propiedad el pago de los impuestos que se causaren por la transmisión de dominio y copia certificada de la partida de defunción para que se hagan las anotaciones que correspondan.

El Artículo 1894 establece que la designación hecha conforme al Artículo anterior, tiene las siguientes características:

Podrá ser libremente constituida, revocada o modificada en cualquier momento debiendo constar la misma en escritura pública o en disposición testamentaria;

Queda limitada a un solo inmueble, y cuando el comprador la realice por más de una ocasión se entenderá que la última es la que subsiste; y

Cuando la adquisición se haga para una sociedad económico-matrimonial o en copropiedad, ésta se equiparará a la adquisición de un inmueble y desde luego el

derecho a la designación de beneficiarios comprende exclusivamente los derechos adquiridos.

Como se puede ver se trata de una disposición de efectos testamentarios que constituyen un legado en toda forma, sin embargo en la redacción se encuentran contradicciones que es necesario aclarar, por ejemplo se establece que puede en el momento de formalizarse el contrato de compraventa señalarse el legado, sin embargo en el siguiente Artículo se establece que la designación podrá ser libremente constituida en cualquier momento lo cual crea una contradicción, no es clara, ya que puede darse que en la escritura aparezca una persona como beneficiario delegado y que posteriormente por testamento se señale a otro heredero legatario, con lo cual no se indica cual es la situación que debe prevalecer, por lo que se puede deducir que deberá regularse como forma testamentaria tal y como se establece en el Distrito Federal bajo la denominación de Testamento Público Simplificado, con la salvedad de que en el Distrito Federal únicamente opera para las viviendas que no excedan del equivalente a veinticinco veces del salario mínimo del Distrito Federal y que en el Distrito Federal *“se otorga únicamente ante notario, respecto de los inmuebles de interés social, destinados a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición, cabe señalar que esta transmisión tiene el carácter de legado, ya que solo afecta el bien adquirido”*⁴³, y que sujeto a condiciones describe el primer párrafo el Artículo 1549 bis que establece: *“testamento público simplificado es aquél que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que se lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior...”*, por lo anterior parece ser que la legislación capitalina es más adecuada que la del estado de Jalisco.

⁴³ Registro Nacional de Avisos de Testamento, editado por el Orden Jurídico Nacional, el Diario Oficial de la Federación y la Secretaría de Gobernación. México 2004.

Otra cuestión a exponer lo constituyen los testamentos otorgados en el extranjero ante Cónsul Mexicano. "los testamentos hechos en país extranjero producirán efecto en el país cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron.

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley del Servicio Exterior Mexicano, facultan a los cónsules para dar fe de algunos actos jurídicos, dentro de los que se encuentran los testamentos, dicha función se rige por la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

El testamento otorgado ante cónsul mexicano puede ser de dos tipos: Testamento público abierto ó testamento público cerrado.

El testamento público abierto es aquel que se otorga ante el cónsul por el testador sin testigos, en el cual el cónsul toma nota de la voluntad del compareciente, y deberá entrevistar personalmente y en privado al interesado para cerciorarse de que se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales; si no está coaccionado o presionado física o moralmente y para que exprese cuales serán las condiciones de su testamento.

Para otorgar este testamento, no es necesaria la participación de testigos, excepto cuando: el testador lo solicite; cuando a juicio del Cónsul se requieran testigos; cuando el testador no pueda o no sepa firmar; cuando el testador sea sordo y no sepa o no pueda leer y cuando el testador sea ciego. En estos casos, deberán comparecer los testigos designados por el testador; cuando el testador no sepa o no pueda escribir, deberá intervenir una persona de su confianza que firmará a su ruego denominado testigo de asistencia. La circunstancia de la incapacidad deberá anotarse en el texto de la escritura; esto es por no saber leer y escribir o por que tiene una enfermedad que lo impide o bien porque carece de manos.

En el testamento público cerrado, el testador redacta el documento y lo entrega al cónsul en sobre cerrado en presencia de tres testigos. El cónsul levanta entonces un acta en el protocolo consular. Asimismo, el cónsul está facultado para recibir testamentos escritos personalmente por el testador y que entrega en sobre cerrado por duplicado, únicamente para trasmitirlo al Archivo General de Notarías del Distrito Federal. A este tipo de testamento se le conoce como ológrafo.

Para la expedición de testamento público abierto o cerrado se requiere que el testador se identifique plenamente con pasaporte a alguna otra identificación oficial con fotografía. Para el caso del testamento público abierto debe traer por escrito lo más detallado posible una descripción de los bienes que va a heredar, los nombres de los herederos y el albacea.

Este tipo de testamento únicamente se otorga cuando una persona es residente ilegal en un país extranjero, debido a que la Ley del Servicio Exterior Mexicano confiere a los cónsules de México la facultad de actuar como notario para el otorgamiento de contratos de mandato, también conociéndolos como poderes, con el fin de que surtan efectos en territorio nacional. Asimismo, pueden dar fe del otorgamiento de testamento públicos abiertos; de las repudiaciones de herencias o de las autorizaciones que otorguen las personas que ejerzan la patria potestad sobre sus hijos.

Un residente ilegal en los Estados Unidos de América, puede tramitar un testamento ante un cónsul mexicano siguiendo los requisitos marcados por éste una vez firmado el testamento por ambas partes el cónsul lo remitirá a la Secretaría de Relaciones Exteriores la cual mandará un aviso al Archivo General de Notarías levantando inmediatamente un registro sobre el testamento sea abierto.”⁴⁴

Existe otra normativa establecida para proteger el patrimonio de las familias campesinas y otorgar seguridad jurídica a los dueños de derechos comunales o

⁴⁴ *Idem.*

titulares de parcelas y así la Ley Agraria establece una modalidad sucesoria denominada lista de sucesión. Ésta fue promovida en los términos de un acuerdo de la Secretaría de la Reforma Agraria que dice:

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.
Secretaría de la Reforma Agraria.

Acuerdo por el que se establecen los lineamientos para la implementación del programa "hereda", y se fijan las bases para su desarrollo:

MARIA TERESA HERRERA TELLO, Secretaria de la Reforma Agraria, en ejercicio de las atribuciones que me confieren los Artículos 41 fracciones I y XIII de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 4 y 5 fracción XXIII del Reglamento Interior de la Secretaría de la Reforma Agraria y con fundamento en lo dispuesto por el Artículo 17 de la Ley Agraria; 21 y 22 del Reglamento Interior de la Secretaría de la Reforma Agraria; 17 fracción II, 37, 84 y 85 del reglamento Interior del Registro Agrario Nacional, y

Considerando

Que es obligación del Gobierno Federal promover las condiciones para el desarrollo rural integral, tarea cuyo cumplimiento requiere propiciar y preservar las condiciones de armonía y seguridad jurídica en la tenencia de la tierra ejidal o comunal, motivo por el cual el Plan nacional de Desarrollo 2001-2006 señala entre sus objetivos rectores el de ampliar la capacidad de respuesta gubernamental para fomentar la confianza ciudadana en las instituciones, estableciendo como estrategia el ordenamiento y regularización de la propiedad rural para otorgar seguridad jurídica y certidumbre documental en la tenencia de la tierra;

Que el Programa Sectorial Agrario 2001-2006, establece entre sus líneas de acción, la de brindar a través de la Procuraduría agraria asesoría jurídica a los sujetos agrarios que así lo soliciten, para la elaboración y depósito ante el Registro agrario Nacional de su lista de sucesores de derechos agrarios, conocido también como Testamento Agrario, y dada la importancia que reviste este acto para las familias campesinas, se ampliará la cobertura institucional para promover la adopción de este instrumento, planteándose como meta para el fin del presente ejercicio gubernamental la elaboración y depósito de 600,000 listas de sucesión;

Que un importante número de conflictos que aquejan a los núcleos agrarios del país, encuentra su origen en cuestiones de índole sucesoria que altera la convivencia y la productividad de los núcleos agrarios, independientemente de que en muchos casos se fractura la unidad familiar en forma irremediable;

Que la vida armónica al interior de los ejidos y comunidades, condición indispensable para el desarrollo rural integral, requiere que la transmisión de los derechos de los sujetos agrarios sobre la tierra y la de los demás que sean inherentes a tal calidad, sea hecha a su fallecimiento sin que se generen controversias legales o disputas de hecho;

Que congruente con lo expuesto en el considerando que antecede, a partir de la presente administración se han implantado medidas generales a través del Programa Institucional denominado "hereda", que faciliten el trámite de formalización por parte de los ejidatarios y comuneros de las listas de sucesores a que se refiere el Artículo 17 de la Ley Agraria, por lo que es necesario darle continuidad a las mismas, toda vez que constituyen una importante contribución a la paz en el campo, pues a través

de ellas se asegura el respeto a la voluntad del autor de la sucesión y también la certeza jurídica de la tenencia de la tierra; he tenido a bien expedir el siguiente:

Acuerdo Primero.

La Secretaría de la Reforma Agraria, a través del Registro Agrario Nacional y en coordinación con la Procuraduría agraria, implementará y ejecutará a nivel nacional el Programa "Hereda", a fin de promover que de forma masiva los sujetos agrarios elaboren y depositen ante el Registro Agrario Nacional su lista de sucesores de derechos agrarios, conocida también como Testamento Agrario, a efecto de fortalecer y dar continuidad a la seguridad en la tenencia de la tierra.

Segundo. Para el cumplimiento del Programa "Hereda", el titular de la Procuraduría Agraria, directamente o a través de los delegados de ese organismo descentralizado en las entidades federativas, podrá comisionar a los servidores públicos que cumplan con los requisitos establecidos en el Artículo 37 del Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional, para el efecto de que se les habilite como registradores en los términos del acuerdo siguiente.

Tercero. El Director en Jefe del Registro Agrario Nacional, deberá verificar que el personal comisionado por la Procuraduría Agraria se encuentra en aptitud legal para fungir como registrador, y emitirá los oficios personalizados de habilitación, limitando sus funciones al desarrollo del Programa "Hereda" y al periodo en que éste se realizará.

Cuarto. El personal comisionado por la Procuraduría Agraria, en el desempeño de sus funciones como registrador habilitado, deberá observar lo previsto en el Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional y en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Quinto. El personal comisionado por la Procuraduría Agraria mantendrá su relación laboral con ésta, sin generar obligaciones laborales frente al Registro Agrario Nacional.

Sexto. Para brindar un mayor impacto al Programa "Hereda", se celebrará convenio con la Asociación Nacional del notariado Mexicano, A.C., por el que se promueva la participación de fedatarios públicos en el cumplimiento de estas acciones.

Séptimo. El presente Acuerdo surtirá efectos a partir de su entrada en vigor y concluirá el 31 de diciembre de 2003.

El Registro agrario Nacional divulgará a través de los medios a su alcance la implantación y ejecución del Programa "Hereda", y promoverá que la Procuraduría Agraria, los gobiernos de las entidades federativas, municipios y la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., hagan lo propio.

Transitorio

Único. El presente Acuerdo entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Ciudad de México, distrito Federal, a los veintidós días del mes de enero de dos mil tres.-La Secretaría de la Reforma Agraria, María Teresa Herrera Tello.- Rúbrica.⁴⁵

⁴⁵ *Idem.*

CAPÍTULO X. SUPUESTOS DE LA SUCESIÓN LEGÍTIMA

Haciendo la aclaración de que la llamada sucesión legítima en nuestro entorno no es la misma que la sucesión legítima en España y en general en Europa, debemos establecer que la sucesión legítima a la que nos referimos es llamada en Europa "sucesión forzosa o *ab intestato*".

Los supuestos en que nace la sucesión legítima son establecidos por el Artículo 2908 del Código Civil de Jalisco, igual al Artículo 1599 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece que: "la herencia legítima se abre cuando:

- No hay testamento o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;
- El testador no dispuso de todos sus bienes;
- No se cumpla la condición impuesta al heredero; y
- El heredero muere antes que el testador, repudie la herencia o es incapaz de heredar, si no se le ha nombrado sustituto"

Esto significa que hay varios supuestos aplicables respecto de la fracción primera, dado que se establecen tres casos, en el primero se establece que no hay disposición testamentaria de ninguna forma, la segunda que puede ser cuando hubo testamento que fue revocado, en cuyo caso deberá considerarse que no hubo testamento, por lo que se puede considerar que el legislador debió haber establecido que no hay testamento cuando no hay testamento válido, porque si se supone otra cosa, sería un procedimiento en que de testamentaria se convirtiera en intestado, pero podría oponerse el hecho de que el calificativo no lo pone la ley sino que se esta suponiendo, así, en este caso se abre la sucesión legítima cuando el testamento que se otorgó es nulo, el Código de Jalisco equipara la nulidad absoluta con la inexistencia, lo cual parece ser incorrecto, ya que inexistencia y nulidad absoluta son supuestos diferentes, pero puede ser que queden incluidos en el segundo supuesto de la fracción primera. El tercer supuesto se refiere al caso de quien revocó el testamento anterior anulando la

voluntad anteriormente otorgada y debe considerarse como que no hay testamento complementándose con que ese testamento no llegue a tener efectos.

En la fracción segunda se establece el caso de que el testador no dispuso de todos sus bienes, situación en la que opera una doble situación ya que se tendrá que abrir el juicio testamentario por la parte de los bienes que sí fueron incluidos en el testamento, y se abrirá la sucesión legítima respecto de los bienes que no fueron incluidos en el testamento. En este supuesto pueden darse la siguientes situaciones: porque quien hizo el testamento pudo haber vendido los bienes que había incluido en el testamento, por haber instituido legados de parte del activo y no haber mencionado el pasivo, y porque hubo una institución parcial de heredero, por ejemplo que deje herencia por una parte alícuota y no designe a legatario de la otra por lo que se tendrá que abrir sucesión legítima por la otra parte no designada.

La fracción tercera trata el caso de que quien elaboró un testamento e impuso al heredero una condición que este no cumplió, no perfeccionándose la designación de heredero con el incumplimiento con la condición que puso el testador, por lo que a menos que el testador manifieste otra situación deberá abrir la sucesión intestada.

La fracción cuarta establece tres situaciones que de suceder modificaría el sentido de la sucesión y es que el heredero haya muerto antes que el testador en cuyo caso es evidente que no podrá heredar; puede darse igualmente el caso de que el heredero repudie la herencia y el tercer caso que sea incapaz para heredar, a este respecto el legislador debería de haber establecido como causa de apertura de herencia legítima cuando el testador haya sido incapaz de testar ya que el testamento sería nulo, aunque a lo mejor lo consideró incluido dentro del segundo supuesto de la fracción primera.

A diferencia de Europa en que existe una parte de la que no se puede disponer, en México, existe la posibilidad de libre testamento y sólo que este sea nulo o ineficaz se procederá a que se abra sucesión intestada.

Por sucesión legítima tienen derecho a heredar: los sucesores en línea recta, sin importar, salvo para los efectos de las partes hereditarias si se es ascendiente o descendiente. Ascendientes son los padres, abuelos, bisabuelos y demás parientes en línea ascendente, en tanto que los descendientes son los hijos y nietos y bisnietos desde luego que subsiste el principio de que el pariente más cercano excluye al más lejano.

CONCLUSIONES

1. Considero adecuado el sistema de libre testamentifacción, ya que es lo más acorde con la libertad de cada uno de disponer de los bienes de su propiedad como mejor le parezca, puesto que aunque el origen en México de este principio se haya generado sin discusión legislativa, rompiendo el principio de la legítima, por intereses particulares del presidente Manuel González, en México ha tenido gran aceptación y ha roto las acciones disolutorias de la familia en cuanto que con la legítima había personas que tenían un derecho innegable sobre la herencia, lo que provocaba conflictos familiares por lo económico.
2. El testamento debe tener una serie de declaraciones que sin ser determinantes para los efectos económicos, son de utilidad hasta para el Juez, ya que en él, se puede establecer la razón de ánimo que tuvo el testador para hacer o no consideraciones de los motivos que lo llevaron a hacer su testamento en determinada forma, es por esto que se expusieron los temas como la herencia y las diversas formas de testamentos, así como de las sucesiones intestadas.
3. Considero conveniente que en las legislaciones nacionales en que aún no lo han hecho, omitan la presencia de testigos, en los testamentos ordinarios celebrados ante notario (como es el caso de la legislación de Jalisco), ya que de otra manera se está dudando de la fe del notario, teniéndola como insuficiente para acreditar la validez del acto, considerando necesario que unos testigos la acrediten; el código Jalisciense ha reconocido plenamente la fe del notario, obligando a que el testador ponga sus huellas, su nombre y firma, lo cual me parece suficiente.
4. En lo que se refiere al testamento público cerrado, considero que la legislación capitalina es un tanto omisa, pues simplemente se limita a que el notario certifique que esté cerrado y sellado y si no lo está pedirá que se cierre y selle, sin asesorar al testador respecto del texto escrito, de tal manera que podría darse el caso de

que el testador incurra en errores que hagan problemático, inválido, inoficioso, etc., su testamento o incluso llegar al extremo de que puedan entregar un testamento en blanco sin que el notario se percate de ello. Al respecto me parece más adecuada la legislación Jalisciense pues el notario leerá el testamento obligándose a reservar para sí su conocimiento, de manera que si advierte alguna irregularidad asesorará al testador para que lo corrija.

PROPUESTAS

1. Considero que se debe omitir y derogar por obsolescencia el contenido de los Artículos 2838 y 2839 del Código Civil de Jalisco equivalentes a los 1508 y 1509 del Distrito que obligan al notario y a quienes tengan en su poder un testamento de dar aviso a los interesados, en virtud de que el tamaño de las grandes ciudades hacen prácticamente imposible que el notario o quien tenga un testamento se entere de la muerte de cada uno de ellos.
2. Debe aprobarse legislativamente la obligatoriedad del registro nacional de testamentos de dar certeza a las personas que durante años construyeron un patrimonio para sus familias, para tengan una herramienta que garantice la eficacia y seguridad respecto de la sucesión de sus bienes con un instrumento que evite conflictos y problemas entre deudos, como medio para impedir disputas dolorosas y esperas interminables y ese registro exista para tener la certeza de que la voluntad expresada al formular un testamento será respetada en todas las formas y en todas las entidades del país.
3. En cuanto a la capacidad para heredar, propongo se modifique el Artículo 1313 del Código capitalino el cual establece que todo habitante del Distrito Federal puede testar, debiendo ser "toda persona", ya que de otra forma se podrá interpretar que quienes no somos habitantes del Distrito Federal no tenemos derecho a heredar.
4. Considero que la forma simplificada de testamento regulada en Jalisco en los Artículos 1893 y 1894 dentro del capítulo "de algunas modalidades del contrato de compraventa"; se debería regular en un capítulo independiente, pues considero que constituye una verdadera figura de derecho testamentario, tal y como lo hace el Código capitalino bajo el capítulo denominado "testamento público simplificado". Así mismo me parece prudente aclarar la contradicción que existe entre los Artículos mencionados respecto al momento en que la designación por parte del

comprador quedará constituida, ya que el Artículo 1893 establece que se hará al formalizarse el contrato de compraventa y el Artículo 1894 establece que la designación a que se refiere el Artículo 1893 podrá ser libremente constituida en cualquier momento.

5. Debe regularse las causas de culpa en el caso de las renunciaciones o remociones del cargo de tutor para establecer claramente cuáles de ellas producen la incapacidad de heredar; ya que no toda renuncia o remoción del cargo produce incapacidad para heredar por testamento, el legislador estableció como única excepción la remoción por la expiración del término, sin tomar en cuenta que pueden darse situaciones particulares que impidan el debido ejercicio del cargo en cuyos casos debería admitirse la renuncia o remoción como causa justa.

6. Por técnica Jurídica, el caso de la acusación calumniosa que se encuentra en el Artículo 2958 del Código Civil de Jalisco (1317 Código del Distrito) se debe listar en el Artículo 2957 del Código Jalisciense (1316 del capitalino), como delito, conceptualizado en su sentido amplio u ofensa grave contra el testador.

7. Se debe omitir el supuesto previsto en la fracción cuarta del 2842 del Código Civil de Jalisco, (sin correspondencia en el capitalino), que establece que se requiere de dos testigos cuando el notario no conozca al testador ni haya bases suficientes para su plena identificación, pues según el Artículo 2835 del mismo Código el notario podrá declarar tal circunstancia sin necesidad de testigos, agregando todas las señales que caractericen al testador.

8. Se debe omitir la disposición del Artículo 1517 del Código capitalino que establece que “cuando el testador sea ciego o no pueda o no sepa leer.....”, esta aseveración es absurda, pues es evidente que un ciego no puede leer.

9. Considero que la legislación capitalina es más completa que la Jalisciense en cuanto a las sanciones y responsabilidades del notario por incumplir las

condiciones elementales al redactar un testamento. Ya que el Código capitalino establece que la violación por parte del notario a las normas deja sin efecto el testamento, y además de ser responsable de los daños y perjuicios incurrirá en la pérdida de oficio, lo cual me parece adecuado pues de esta manera ningún notario se arriesgará a perder su oficio simplemente por hacer un testamento.

En cambio considero un error por parte del legislador Jalisciense el haber eliminado la pérdida de oficio como sanción al notario, en el supuesto de que incumpla con algunas formalidades al hacer un testamento, haciéndolo responsable únicamente por el pago de daños y perjuicios, dejando de esta manera abierta la posibilidad a que un notario inmoral realice testamentos sin cumplir dichas formalidades, debido a las pocas consecuencias reales que tendría su actuación pues en la vida práctica los daños y perjuicios resultan difíciles de cuantificar.

Por lo anterior considero que por la importancia y trascendencia que tiene el testamento, propongo que el Código de Jalisco estipule una sanción que realmente ponga ejemplo al notario que tenga la falta de cuidado al redactar un testamento o bien se restablezca la pena de oficio de manera que se tenga una mayor seguridad jurídica.

10. Tanto en el Código Civil para el Estado de Jalisco en su Artículo 2954, como en el 1313 del Distrito Federal, se establece como causal de pérdida de la capacidad para heredar la utilidad pública, no siendo esta una causal de incapacidad sino una situación de hecho, pues la capacidad para heredar en este caso no se pierde; así la relación personal entre el testador y el presunto heredero no se afecta porque los bienes sean materia de utilidad pública, lo que tendrá que ver con la transmisión de los bienes de la herencia no con la capacidad de las personas, por tanto en este supuesto no es que se impida la herencia pues la capacidad de heredar sigue intacta, lo que se afecta en este caso son los bienes. Por lo anterior considero necesario se aclare dicha situación.

BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA SEVILLANA DEL NOTARIADO. Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.

ALESSANDRI R. Arturo y SOMARRIVA U. Manuel. *Derecho Civil*. Ediciones Ediar. Santiago, Chile. 1991.

ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO. Ediciones La Ley, Madrid, 2003.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Editado por Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica) y Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2003.

ARREDONDO GALVÁN Francisco Xavier. *La Simplificación de los Testamentos ante Notario*. Revista de Derecho Notarial. México, D.F. Marzo de 1994.

BATIZA Rodolfo. *Las fuentes del Código Civil de 1928*. Porrúa, México. 1979.

BONFANTE Pedro. *Instituciones de derecho Romano*. Editorial Reus, Madrid 1965.

CARBONELL, Miguel. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Porrúa, México, 2004

CASTÁN, José. *Derecho Civil*. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1932.

COLIN, Ambrosio y H. Capitnt. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Instituto Editorial Reus. Madrid 1952.

COMPILACIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO 18 junio 1982 (RJ 1982, 3432), Ediciones del Consejo de la Judicatura, 2000.

DE COULANGES, Fustel. *La Ciudad Antigua*. Porrúa, México, 2003

DE PINA Rafael, DE PINA VARA Rafael. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa. México, 1998.

DIEZ-PICAZO Luis y GULLÓN BALLESTEROS Antonio. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid 1995.

DIEZ-PICAZO Luis y GULLÓN Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos. Madrid 1998.

DIGESTO, Libro XXVIII Título Primero fragmento Primero

D'ORS Álvaro. *Derecho Privado Romano*. Ediciones Universidad de Navarra Pamplona, 1977.

EL FORO. BARRA MEXICANA, COLEGIO DE ABOGADOS, A.C. México D.F. 2002.

ESCRICHE Joaquín. *Diccionario razonado de legislación civil, penal y forense*. Editorial Porrúa e instituto de investigaciones jurídicas UNAM. 1993.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *Código Civil*. Editorial Aranzadi 2001; El cano Navarra, Pamplona 2001.

GARCÍA AMOR, Julio Antonio Cuauhtémoc. *El testamento*. Editorial Trillas México, 2000.

GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. Madrid, 1852.

DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de Derecho Hereditario*. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1953.

GATT CORONA, Guillermo A. *Testamento de Extranjeros en Jalisco*. Aparecido en podium notarial #27. Junio de 2003

GHESTIN Jacques. *Traté de Droit Civil*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1988.

IBARRA GARCÍA DE QUEVEDO, Agustín. *Testamento de vida aparecido en la revista de derecho notarial del colegio de notarios del estado de Jalisco julio - diciembre de 2002*.

M. ORTOLAN. *Instituciones de Justiniano*, Biblioteca Jurídica Heliasta. Buenos Aires, República Argentina, 2000.

LÓPEZ Juan, CASTELLANOS, Rafael y ASCENCIO TENE, Álvaro. *Prontuario Civil*. Porrúa, México, 2002.

MANDETA Marco. *II Testamento*. Utet, México, 2002.

OSORIO MORALES Juan. *Lecciones de Derecho Civil*. Editorial Comares. Granada, España, 1996.

PLANIOL Marcelo y RIPERT Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés Tomo I*. Ediciones del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

PLATÓN. *Las Leyes*. Porrúa, México, 1991.

Registro Nacional de Avisos de Testamento editado por la Secretaría de Gobernación, la Dirección general de compilación y consulta del Orden Jurídico Nacional con la colaboración del Diario oficial de la federación. Septiembre de 2004. México D.F.

Revista de Derecho Notarial. Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. México D.F.

Revista de Derecho Privado. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Mc Graw Hill.

RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL Juan. *Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense.* Edición por Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Porrúa, Instituto de estudios parlamentarios Eduardo Neri. México.

ROJINA VILLEGAS Rafael. *Sucesión Legítima y problemas comunes a las Testamentarias e Intestados.* Editorial Jus. México, 1945.

SALINAS QUIJADA Francisco. *Los religiosos profesos heredan abintestato en Navarra.* Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1969.

VOZ ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA. Editorial Civitas Madrid, 1955.

LEGISLOGRAFÍA

AGENDA CIVIL FEDERAL. Ediciones Fiscales ISEF, S.A.: México, 2002

ANALES DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN. Madrid, 2001.

Code Civil. Litec 1994-1995. Paris.

Codice Civile. Edizioni Simona. 1992. Pompei.

Código Civil Alemán Comentado por el Doctor Hein Kötz. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 1998.

Código Civil del Estado de Jalisco. Consejo General del Poder Judicial. Colección Verba Volant, Scripta Manent. México.

Código Civil Federal. Compañía Editorial Impresora y Distribuidora, S.A., México, 2004

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 146ª. Edición. Editorial Porrúa. Av. República Argentina 15. México, 2004.

FUENTES DE INTERNET (principales)

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN,
[http:// www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)

BOLETÍN OFICIAL ESPAÑOL núm. 277, de 19-11-2003, pp. 40852-40863.
consultado en Internet. <http://www.boe.es/g/es/>

