

I. EL TESTAMENTO

La sucesión testamentaria se basa en el acto jurídico llamado *testamento*. Dice el Código civil (C.c.):¹ “La herencia se defiende por la voluntad del testador o por la ley. La primera se llama *testamentaria* y la segunda legítima” (art. 1282).

El testamento —dice nuestro Código— “es un acto personalísimo, revocable y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte” (art. 1295).

En principio el testador tiene libertad para hacer sus disposiciones testamentarias como lo juzgue más conveniente, dentro de los límites y con la forma que establece el ordenamiento jurídico. Nuestro Código establece que “el testador puede disponer de todo o parte de sus bienes” (art. 1283). Este principio no es absoluto, pues actualmente el testador tiene obligación de dejar alimentos a determinadas personas que señala el C.c. (arts. 1368 y siguientes).

El testamento, como

¹ Las referencias al Código civil corresponden al Código Civil para el Distrito Federal. Todos los artículos que se citan en este trabajo, si otra cosa no se indica, corresponden a éste ordenamiento.

“facultad de disponer *mortis causa* tiene a su favor, en primer lugar, el consentimiento universal en el tiempo y en el espacio. Su fundamento está en el derecho de propiedad cuya esencia consiste precisamente en la facultad de disponer y, después, en la institución de la familia, o sea esa sociedad natural que impone a los padres el deber de proveer a su existencia y a la formación y educación de los hijos, no solamente durante la vida de los progenitores sino, hasta donde es posible, aún en caso de su fallecimiento”.²

Aunque la ley señale que, en principio, el testamento es un acto de disposición de bienes mediante la institución de herederos y designación de legatarios, la amplia definición del testamento que se contiene en nuestro Derecho, permite la utilización de este acto jurídico para otras disposiciones testamentarias que no son, necesariamente, de carácter patrimonial, es decir, para disponer de los bienes.

En el Derecho Romano,

“el contenido jurídico del testamento se va ampliando gradualmente y el acto se hace cada vez mas comprensivo, por cuanto, partiendo de un núcleo originario fundamental, llega a comprender variadas disposiciones, unificadas por la forma del acto y por el común carácter *mortis causa*”.³

² ARCE Y CERVANTES, José, *De las Sucesiones*, 9ª ed., Porrúa, México 2008, p. 35.

³ BIONDI, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación*, traducción de Manuel Fairén, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1960, p. 187.

II. CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO

Como acto jurídico, el testamento tiene estos caracteres:

a) Es un acto jurídico *unilateral*, porque el otorgante es únicamente el testador y desde el momento de su otorgamiento tiene todos los elementos constitutivos necesarios para su existencia.

b) Es un acto para después de la muerte, *mortis causa*. “El evento muerte actúa como condición para la relevancia jurídica externa del acto”.⁴ La muerte determina el comienzo de sus efectos, no es necesaria la aceptación de los sucesores (art. 1378).

c) Para el autor del acto, el testamento es un acto jurídico perfecto y completo, que puede revocarse. Sin embargo, frente a los terceros y beneficiarios, no tiene efecto alguno antes de la muerte del testador.

d) “En vida del otorgante se prohíbe al notario permitir la inspección del testamento o suministrar copia (auténtica o simple) a quien no sea el testador o su apoderado especial. Fallecido el

⁴ JORDANO BAREA, J. A., *Interpretación del testamento*, Bosch, Madrid, 1958, pp. 37 y 38.

otorgante, solo quienes son parte legítima, pueden obtener copia”.⁵

e) Es un acto *personalísimo*, que no puede hacerse por representante (llamado testamento por comisario). Significa, también, que no pueden testar dos o mas personas en el mismo instrumento (art. 1296), salvo en algunos supuestos del testamento público simplificado (art. 1549 bis-III).

f) Es un acto de “última voluntad” porque la voluntad del testador contenida en el testamento es la definitiva, mientras no la revoque.

g) Es esencialmente *revocable* como lo dice la propia definición (art. 1295) y lo establecen otras disposiciones del Código (arts. 1492, 1495 y 1496).

h) Es un acto *libre*, como dice la definición (art. 1295), libertad que está protegida por distintas disposiciones del Código (arts. 1485 a 1488).

i) Por su naturaleza es un acto de *disposición de bienes*, “para ordenar en casa propia”.⁶ En la gran mayoría de los casos el testamento es un acto por el que el testador instituye a las personas que a su muerte recibirán sus bienes, herederos y legatarios.

j) Es un acto *solemne*,⁷ pues solo puede otorgarse en alguna de las formas que limitativamen-

⁵ JORDANO BAREA, *op. cit.*, p. 38.

⁶ La expresión es de BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción de Martín Pérez, 2ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, p. 49.

⁷ El Código no señala en la definición del testamento que es un acto solemne. El art. 1520 señala que: “faltando

te establece el C. c., si no se cumple con esa formalidad, el testamento no existe jurídicamente, pues la voluntad del testador no debe provocar dudas. Por esta razón, “es nula la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos” (art. 1484).

alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto”. Una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala: “El testamento es un acto solemne y si no se ha hecho en la forma legal, ningún valor tiene”. (TESTAMENTOS. Registro No. 809325. Quinta Época. Tercera Sala. *Semanario Judicial de la Federación* XXXVII, página 842. Amparo civil directo 3466/31. Castillo viuda de González María de la Luz. 27 de mayo de 1933. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente). También una tesis el Pleno de la misma Suprema Corte ha estableció esa característica (Cfr. TESTAMENTOS. Registro No. 280021. Quinta Época. Pleno. *Semanario Judicial de la Federación* XXII, página: 112. Amparo Directo. Haro Amado de 14 de enero de 1928).

III. CLASIFICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Aunque “el testamento es normalmente un acto de disposición de bienes, las formas prescritas para él pueden seguirse también para manifestar una voluntad no patrimonial”.⁸ Dice el C.c. que “el testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero...” (art. 1378). Por ejemplo, los casos en el que solo contenga el nombramiento de un albacea, o de tutor y curador, un reconocimiento de hijo o se den instrucciones para constituir un fideicomiso o una fundación.

“Hay un concepto meramente *formal* del testamento, como acto al que la ley dota de cierta forma capaz de acoger en su seno una gran diversidad de disposiciones, y un concepto *sustancial* (o *material*) de testamento, como negocio jurídico unilateral *mortis causa* por el que se dispone de todos o parte de sus bienes para después de la muerte”.⁹

⁸ CICU, Antonio, *El testamento*, traducción de Manuel Fairén Martínez, Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, p. 15.

⁹ FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Lourdes, *Autonomía privada y testamento en Derecho común. Contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas*, Comares, Granada, 1996, p. 7.

El contenido de las disposiciones testamentarias no está regulado únicamente en el C.c. en la materia sucesoria, sino que existen diversas normas legales que señalan que determinados actos, distintos a la institución de heredero y nombramiento de legatario, se pueden incluir en un testamento.

“El testamento puede contener disposiciones de varias clases. Unas no pueden constar más que en testamento (nombramiento de heredero, de legatario, de albacea, de tutor y curador testamentarios, de revocación o revivencia de un testamento anterior, disposiciones sobre funerales, etc.), que se llaman *típicas* por ser material y formalmente testamentaria; y otras que, aunque pueden constar en un testamento, se podrían expresar mediante otra forma jurídica: reconocimiento de hijo, perdón del ofensor, reconocimiento de deuda, etc., que son formalmente testamentarias y que se llaman *atípicas*”.¹⁰

Por su materia, las disposiciones testamentarias pueden ser: de disposición de bienes, que se conocen como, *disposiciones patrimoniales* (nombramiento de heredero o legatario); o no *patrimoniales*, que no implican esa disposición (nombramiento de tutor y curador, reconocimiento de hijo).

Por su generalidad, las disposiciones que contiene un testamento pueden ser a título universal (institución de heredero) o a título particular (nombramiento de legatario).

¹⁰ ARCE Y CERVANTES, *op. cit.*, p. 65.

IV. DECLARACIONES QUE FORMAN PARTE DE LA CABEZA DEL TESTAMENTO

En los testamentos mexicanos de siglos anteriores es común encontrar, además de los datos generales del testador como son el nombre, el lugar de nacimiento, el estado civil, etc., algunas declaraciones sobre verdades de fe o creencias del testador. Los textos de estas verdades de fe, en algunos testamentos, pueden ser muy extensos.

Un ejemplo de estas declaraciones, que aparece en el primer “Formulario notarial” mexicano de 1605, dice

“En el nombre de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, Tres Personas en un solo Dios verdadero. Sepan cuantos esta carta vieren como yo, Felipe, vecino de esta ciudad de México, estando sano (o enfermo) y en mi acuerdo y entendimiento, y creyendo como creo el misterio de la Santísima Trinidad y todo aquello que cree, tiene y confiesa Nuestra Madre, la Santa Iglesia Romana, como todo fiel cristiano lo debe tener y creer y, protestando como protesto vivir y morir en ésta y por ésta católica fe y creencia y deseando poner mi ánima en carrera de salvación y tomando para ello por mi abogada a la Virgen Santa María, Señora Nues-

tra, otorgo que hago mi testamento en la forma y manera siguiente:...”.¹¹

En nuestros días estas declaraciones no son usuales. Los testamentos que actualmente las contienen, se limitan a incluir en el texto, después de las generales del testador una declaración que, generalmente, se expresa en estos términos:

“Que soy católico, apostólico y romano, religión en cuya fe nací, he vivido y deseo morir”.

Este tipo de declaración no tiene efecto jurídico alguno, pero se incluyen en los testamentos por la importancia que tiene para el testador este acto humano y solemne de última voluntad que trasciende a su autor.

¹¹ CALAR, Nicolás de Yrolo, *La Política de Escrituras*, Estudio preliminar, índices, estudio, glosario y apéndices de María el Pilar Martínez López Cano (coord.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996, pp. 170-184.

V. RECONOCIMIENTO DE HIJO

1. *Concepto*. “La filiación es un concepto jurídico, que establece una relación de derecho ahí donde existe la relación biológica de la generación, fenómeno natural al cual está sometido todo ser viviente”.¹²

El Código civil señala que:

“Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio;... (art. 324).

“La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que la así lo declare” (art. 360).

“El reconocimiento de hijo es el acto en que cualquiera de los progenitores o ambos, declaran que una persona es hija de declarante”.¹³

2. *Características*. Este acto tiene como características:

a) *Unilateral*, ya que no requiere del consentimiento de nadie y solo produce efectos respecto a quien lo hace. El artículo 375 señala que el hijo

¹² GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, Primer curso, Parte general, personas, familia, 1ª ed., Porrúa, México, 1973, p. 596.

¹³ GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, p. 602.

no puede ser reconocido sin su consentimiento, pero aún en este caso el acto es unilateral y, aunque el hijo puede oponerse, si el padre prueba en el proceso respectivo su paternidad, el juez debe sentenciar a su favor. Dicho artículo otorga solo una acción de contradicción.

b) *Declarativo*, ya que nadie puede reconocer a quien no ha engendrado. La relación de paternidad ya existía, el reconocimiento la declara.

c) *Personalísimo*, pues solo puede hacerlo quien reconoce.

d) *Individual*, pues cada progenitor reconoce por su voluntad y con efectos solo para quien reconoce. No puede mencionar el nombre del otro progenitor (art. 370).

e) *Irrevocable*, pues una vez hecho puede ser contradicho por quien para ello esté legitimado, pero no puede ser revocado por quien lo hizo.

f) *Solemne*, ya que el reconocimiento voluntario de un hijo solo puede hacerse en alguna de las formas que señala el artículo 369 sin que se admita otra forma posible, exigiéndose esta para la existencia misma del reconocimiento.¹⁴

3. *Sujetos*. Pueden reconocer un hijo: las personas que “tengan la edad exigida para contraer matrimonio” (art. 361); el menor de edad con el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o del tutor, y a falta de ésta,

¹⁴ Cfr. PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La familia en el Derecho civil mexicano*, Panorama editorial, 1ª ed., México, 1984, pp. 179-181.

con autorización judicial (art. 362); y, el cónyuge respecto de un hijo habido antes de su matrimonio sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge (art. 372).

No pueden ser reconocidos: el hijo de una mujer casada por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo (art. 374); el hijo mayor de edad sin su consentimiento, ni el menor ni el que esté en estado de interdicción, sin el consentimiento de su tutor (art. 375).

4. *Forma.* Con respecto a la *forma* de otorgar el reconocimiento de hijo, el C.c. determina

“El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes:...

IV. Por *testamento*;...

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad” (art. 369).

Cuando se hace solo por uno de los progenitores, que es el caso del testamento, la ley señala que “únicamente se asentará el nombre del compareciente” (art. 370). El incumplimiento de esta disposición por parte del notario autorizante del testamento (o para el Juez de primera instancia o del Registro civil) tiene como sanción grave “la pena de destitución de empleo e inhabilitación para desempeñar otro por un término que no baje de dos ni exceda de cinco años” (art. 371).

5. *Efectos*. La consecuencia jurídica del reconocimiento es establecer la relación de filiación con los derechos que adquiere el hijo reconocido y que son:

I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;

II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;

III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley;...” (art. 389).

Se discute si el reconocimiento de hijo hecho en testamento tiene *efectos a la muerte* del autor de la sucesión o desde el momento en que se otorga el testamento. Considero que el reconocimiento surte efectos a la muerte del testador,¹⁵ pues si quien hace el reconocimiento de hijo elige al testamento como el medio por el que otorga ese acto jurídico, es porque el testador quiere que éste surta efectos hasta su muerte (*contemplatio mortis*). Si el sujeto que reconoce al hijo desea que el reconocimiento surta efectos *inter vivos*, puede escoger alguna otra de las formas que determina el C.c., es decir: en la partida de

¹⁵ FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ tiene una opinión distinta, afirma esta autora, que: “el reconocimiento de un hijo, aun hecho en testamento, producirá efectos *inter vivos*, desde el momento de su otorgamiento” (*op. cit.*, p. 92). Como referencia, el Código civil taliano establece: “Irrevocabilidad del reconocimiento. El reconocimiento es irrevocable. Si se contiene en un testamento tiene efecto desde el momento de la muerte del testador, aún cuando el testamento haya sido revocado...” (art. 256).

nacimiento, ante el Juez del Registro Civil, por acta especial ante el mismo juez, por escritura pública o por confesión judicial directa y expresa (art. 369).

El reconocimiento de hijo puede hacerse en cualquiera de las formas de testamento que regula el C. c., pero en atención a esa forma testamentaria, el reconocimiento de hijo puede tener diversos efectos.

6. *Irrevocabilidad, nulidad y caducidad.* El reconocimiento de hijo “*no es revocable* por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento” (art. 367).

“En los comentarios que hace García Goyena a los artículos relativos del proyecto del Código civil español, expresa que el reconocimiento es irrevocable porque es declaración de un hecho: la paternidad, y porque el estado que ha adquirido el hijo reconocido no debe quedar pendiente de la inestabilidad de la voluntad del testador”.¹⁶

La Ley del Notariado para el Distrito Federal (LNDF) establece que el notario, al dar el aviso al Archivo General de Notarías de que se otorgó un testamento señale, en su caso, que este contiene una disposición irrevocable (art. 124).

“El reconocimiento es irrevocable, el cual, como es lógico, solo es aplicable a los testamentos públicos abiertos en todos los casos, y a los públicos cerra-

¹⁶ ARCE Y CERVANTES, *op. cit.*, pp. 110 y 111.

dos u ológrafos solo para el caso de que no hayan sido destruidos por el testador”.¹⁷

Cuando esta disposición se hace en un testamento público cerrado o en un testamento ológrafo, esta disposición solo puede surtir efectos a la muerte del testador, pues antes no puede conocerse el contenido del acto de última voluntad. En estos dos casos, la disposición no es necesariamente irrevocable, pues como solo la conoce el propio testador, él mismo puede revocar el testamento público cerrado o el ológrafo en un testamento posterior y destruir el testamento público cerrado (art. 1584) o retirar el testamento ológrafo del Archivo General de Notarías (art. 1588), con lo que quedan sin efecto.

La disposición legal “solo deja a salvo la ineficacia del testamento debida a revocación, pero no a la derivada de *nulidad* del propio instrumento”.¹⁸ Si el reconocimiento de hijo se otorga mediante un testamento privado, militar o marítimo y éste *caduca* (arts. 1571, 1582 y 1591), queda sin efecto la disposición testamentaria del reconocimiento de hijo.

7. *Formas de otorgarlo.* Es importante considerar en un testamento que

“para que exista reconocimiento es necesaria la manifestación de voluntad de tener al reconocido

¹⁷ PACHECO ESCOBEDO, *op. cit.*, p. 179.

¹⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral (Derecho de familia)*, Tomo V, volumen II, 10ª ed., Reus, S.A., Madrid, 1995, p. 194.

como hijo y de que le sea atribuido al reconocido el estado jurídico de hijo y, por tanto, de constituir la relación jurídica de filiación”.¹⁹

En algunos casos puede suceder que el testador haya reconocido previamente al hijo en un acta de nacimiento o mediante otro acto y solo hace constar en el testamento esa relación de filiación ya existente, generalmente como parte de las *declaraciones* del acto. En este caso, la relación de filiación no se crea por efecto del testamento, pues existía antes del otorgamiento de este acto.

El otro supuesto es aquél en el que el testador puede incluir el reconocimiento de un hijo como una *disposición testamentaria* en la que expresa su voluntad de reconocer como hijo a una determinada persona, designándola por su nombre, con el fin de establecer una relación de filiación entre el que reconoce y el reconocido. Esta disposición testamentaria surtirá efectos a la muerte el testador.

¹⁹ FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 72.

VI. NOMBRAMIENTO DE TUTOR Y CURADOR

1. *La tutela*. “El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos... En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados....” (art. 449).

“La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima” (art. 452). Las causas de excusa para no cumplir con la tutela están expresamente señaladas en la ley (art. 511).

“El fin fundamental de la tutela es la *protección del incapaz*. Es una institución subsidiaria de la patria potestad, diferenciándose de ésta, fundamentalmente, en que la patria potestad deriva del vínculo natural del afecto de los padres hacia sus hijos, en tanto que la tutela ha sido creada y se organiza, exclusivamente, sobre la base del derecho positivo. La tutela por esa razón, tiene límites legales mas estrechos que la patria potestad, ya que inspira menos confianza al legislador, y esto, tanto por lo que se refiere a su contenido personal como patrimonial”.²⁰

²⁰ GALIDO GARFIAS, *op. cit.*, pp. 651 y 652.

En principio, “la tutela se ejerce por un solo tutor” (art. 455), “ningún pupilo puede tener dos tutores definitivos” (art. 454). Excepcionalmente, en circunstancias especiales en la persona del pupilo o de su patrimonio, puede convenir “separar como cargos distintos el de tutor de la persona y de los bienes” (art. 455).

“La tutela es cautelar, testamentaria, legítima, dativa y de los menores en situación de desamparo” (art. 461). La primera de ellas, es el nombramiento que, ante notario, hace una persona capaz de su propio tutor (art. 469 bis). La tutela testamentaria es el nombramiento de tutor por medio de testamento (arts. 470 y siguientes); la legítima es aquella en la que ley señala a quien corresponde ejercerla (arts. 482 y siguientes); la dativa la designa el juez a falta de testamentaria o legítima (arts. 495 y siguientes); y, la de menores en situación de desamparo es la que se encarga a instituciones autorizadas (arts. 492 y siguientes).

2. *Casos de tutela testamentaria.* Pueden designar tutor en testamento las siguientes personas:

a) El *ascendiente que sobreviva* de los que ejercen la *patria potestad* sobre el menor, aunque éste sea *póstumo* (arts. 470, 414).

b) El *adoptante* sobre el hijo adoptivo (arts. 481 y 395).

c) El ascendiente que ejerza la tutela de un hijo sujeto a *interdicción*, sí el otro ascendiente

ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela (art. 475).

d) El que deje bienes (por herencia o legado) a un menor que no esté bajo su patria potestad ni a la de otro, puede nombrarle tutor solo para la *administración* de los bienes (art. 473).

La ley establece que “en ningún otro caso hay lugar a la tutela testamentaria del incapacitado” (art. 476).

3. *Tutor para menores de edad.* Este es el caso más usual en los testamentos. Pueden designar tutor testamentario “el ascendiente que sobreviva, de los que en cada grado deban ejercer la patria potestad” (arts. 470 y 414), esto es: el padre, la madre, el abuelo o la abuela. Generalmente este nombramiento se hace sin explicación o condición alguna.

El nombramiento del *tutor testamentario* “excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados” (art. 471). Cuando los padres designan a uno de los abuelos como tutor, éste tendrá las obligaciones de la tutela y no los de la patria potestad que pudiera corresponderle a falta de los padres, pues con su designación como tutor se le ha excluido del ejercicio de la patria potestad que pudo corresponderle conjuntamente con su cónyuge (art. 471).

Esta designación solo opera si el que nombró al tutor es, de los dos que ejercen la patria potestad, el que muere después (el que “sobreviva”). En el caso de que ambos padres (o abuelos que ejercen la patria potestad) otorguen testamento es

recomendable que los dos nombren a las mismas personas como tutores y curadores, con los mismos sustitutos, para el caso de que los padres (o abuelos) mueran al mismo tiempo (*conmorencia* art. 1287). Si designan a personas distintas, una por el padre y otro por la madre, prevalece el nombramiento del que muere al último y si hay *conmorencia*, decide el juez de lo familiar.

“Cuando existan disposiciones en testamento del padre y la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado”.²¹

El tutor nombrado solo puede serlo hasta de tres incapaces, salvo que sean hermanos o coherederos. En la disposición testamentaria se suele señalar que se trata de un “tutor común” (arts. 456 y 474).

Pueden designarse tutores sustitutos para el caso de “muerte, incapacidad, excusa o remoción”, y el orden en que deben desempeñar la tutela. Si no se señala el orden, es tutor el primero de los nombrados a quien substituirán los demás” (arts. 477 y 478). El nombramiento de tutores sustitutos es recomendable y usual en la práctica de testamentos.

El testador puede incluir “todas las reglas, limitaciones y condiciones para la administración de la tutela, que no sean contrarias a las leyes, a

²¹ CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 527.

no ser que el juez, oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas a los menores, en cuyo caso podrá dispensarlas o modificarlas” (art. 479). Esto no es usual en la práctica, pues el C. c. regula ampliamente la actuación de los tutores y esas condiciones no es necesario establecerlas en un testamento. En ciertos casos, no con el carácter de limitaciones, sino como *recomendaciones*, se pueden establecer algunas reglas, por ejemplo, que el menor se eduque en un colegio católico; que, si es posible, viva con la familia del tutor; o, que los bienes del menor se inviertan en inmuebles y en cierta clase de valores.

La ley permite al testador relevar al tutor de la obligación de prestar caución para garantía del desempeño del cargo, lo que debe hacerse expresamente en el testamento (art. 520 frac. I). Sin embargo, el testador no puede dispensar al tutor de su deber de dar cuentas (art. 600).

El nombramiento de tutor y curador para un menor de edad puede ser la única disposición testamentaria que contiene un testamento, sin que por ello este acto deje de ser testamento. En una futura reforma al Código civil sería conveniente señalar la posibilidad de que quienes tienen derecho a nombrar tutor en los diversos supuestos que regula la ley lo pudieran hacer en una escritura ante notario y no solo mediante testamento.²²

²² Esta sugerencia ha sido planteada por LOZANO MOLINA, Tomás, *Tutela cautelar y voluntad anticipada*, Breviario 44, Colegio de notarios del Distrito Federal, Porrúa, México

4. *Tutor para mayores de edad incapacitados.* Cuando un incapaz alcanza la mayoría de edad deja de estar sujeto a la patria potestad de sus padres o abuelos (art. 443 frac. I) y debe ser declarado interdicto para que se le nombre un tutor que generalmente es el padre o la madre. Dice el C.c.

“El ascendiente que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción podrá nombrar tutor testamentario, si el otro ascendiente ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela” (art. 475).

Los mayores de edad sobre los que se ejerce esta tutela son aquellos

“que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla” (art. 450 frac. II).

También puede nombrar tutor

“el ascendiente que ejerza la patria potestad o tutela de un mayor de edad que se encuentre afectado, por una enfermedad crónica o incurable, o que por razones médicas se presuma que su muerte se encuentra cercana o cierta” (art. 475 bis).

2008, p. 32. El Código civil español dispone al respecto: “los padres podrán en testamento o documento notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados” (art. 223).

Este tutor entrará en su encargo por:

“a) la muerte del ascendiente, b) la discapacidad mental del ascendiente, o c) el debilitamiento físico. En este supuesto será necesario el consentimiento del ascendiente” (art. 475 bis).

Sería deseable que nuestro Código civil se modificara para incluir lo que se conoce como *patria potestad prorrogada*,²³ por la que los padres de un menor incapaz continúan ejerciendo la patria potestad sobre esa persona cuando llega a la mayoría de edad, sin necesidad de un juicio de interdicción. A diferencia de la tutela que solo la tiene uno de los padres, la patria potestad prorrogada correspondería a los dos padres quienes tendrían unas facultades respecto del pupilo menos limitadas que las que tiene un tutor.

Igualmente sería conveniente que se reformara el Código civil en materia de tutela para mayores de edad incapaces, para conceder el derecho de nombrar tutor y curador para el mayor de edad incapacitado, no solo al ascendiente que ejerció la patria potestad sobre dicha persona mientras fue menor de edad, sino a cualquiera que ejerza el cargo de tutor sobre el mayor incapaz.

²³ La reforma al Código civil para incluir la patria potestad prorrogada ha sido planteada por LOZANO MOLINA, *op. cit.*, p. 32. El Código civil español por reforma de 13 de mayo de 1981 introdujo esta figura. Dice el texto correspondiente “la patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados, quedará prorrogada, por ministerio de Ley, al llegar aquellos a la mayor edad...” (art. 171).

5. *Tutor en caso de adopción.* “El adoptante que ejerza la patria potestad tiene derecho de nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo” (art. 481) para el caso de que sea menor de edad o mayor de edad incapaz y se la aplican las mismas normas que se han comentado. La relación entre adoptante y adoptado se considera parentesco por consanguinidad (arts. 293 y 410).

6. *Tutor administrador.* Dice el C. c. que:

“el que en su testamento deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje” (art. 473).

El supuesto de esta disposición testamentaria se da para el caso de que el menor que recibe bienes no está sujeto a la patria potestad, sino que esté sujeto a tutela. El menor que hereda va a tener dos tutores, el general designado por sus padres o abuelos (testamentario) o el nombrado por el juez (dativo), y el tutor administrador que ha sido designado por la persona que dejó bienes al menor, en herencia o legado. Este *tutor-administrador* solo cuida y administra los bienes heredados o legados, pero no tiene deberes respecto al cuidado de la persona del menor o a la administración y representación de otros bienes distintos a los que recibe por herencia o legado.

7. *Retribución.* En los casos de nombramiento de tutor testamentario, “el tutor tiene derecho a una *retribución* sobre los bienes del incapacitado,

que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento” (art. 585). No es usual en la práctica de testamentos que el testador señale alguna retribución para el tutor que designa.

8. *Curador*. “El curador es un particular que se encuentra encargado de vigilar el desempeño del tutor y de representar al pupilo de manera excepcional, en los casos en que existe conflicto de intereses entre él y su tutor”.²⁴

Las principales reglas que rigen la curatela son:

a) “Los que tienen derecho a nombrar tutor, lo tienen también de nombrar curador” (art. 623).

b) Debe nombrarse un curador en todos los casos en que hay tutor (art. 618), salvo el caso de expósitos (art. 492).

c) “Los cargos de tutor y de curador de un incapaz no pueden ser desempeñados al mismo tiempo por una sola persona. Tampoco pueden desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado de la línea recta o dentro del cuarto grado de la colateral” (art. 458).

d) Los curadores tienen las mismas reglas de impedimentos y excusas que los tutores (art. 622).

En la práctica, es común encontrar que los padres nombran como un tutor común de sus menores hijos a un miembro de la familia de uno de

²⁴ RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, Porrúa, México, 2006, pp. 353 y 354.

los progenitores, por ejemplo una hermana de la madre y como curador a un miembro de la familia del otro progenitor, como un hermano del padre, personas entre las que no hay parentesco.

9. *Tutela cautelar*.²⁵ Aunque no se trata de una disposición testamentaria, pues no se hace “para después de la muerte”, la tutela cautelar se otorga siempre en un *acto notarial* (art. 469 ter).

La *tutela cautelar*²⁶ tiene por objeto el que una persona, con capacidad para otorgar testamento, pueda nombrar a su propio tutor (y sustitutos) que se encargue de su persona y de su patrimonio, para el caso de una discapacidad por la que no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismo (arts. 469 ter, 450 frac. II). En este acto también puede designarse a un curador cautelar (arts. 469 quater y 623).

La escritura pública en la que se hace este nombramiento puede contener las facultades y las obligaciones del tutor cautelar, tales como: decisiones sobre tratamiento médico y cuidado de la salud del tutelado, reglas sobre administración de los bienes y retribución al tutor (art. 469 quater).

Solo puede otorgarse ante notario mediante escritura a la que debe acompañarse un certifi-

²⁵ Para ampliar sobre este tema ver la obra de GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.

²⁶ La reforma que introdujo este figura al Código civil se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 15 de mayo del 2007.

cado de un perito en psiquiatría que determine que el otorgante se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales (art. 469 bis). El nombramiento de tutor cautelar (y curador) es revocable por otro acto que se otorgue con la misma formalidad (art. 469 ter). El notario debe dar un Aviso al Archivo General de Notarias del otorgamiento de este acto (art. 124 bis LNDF).

10. *Incapacidad para heredar.* Señala el C. c. 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 por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio” (art. 1331). Se establece esta misma sanción para el tutor cautelar (art. 469 quintus).

VII. PERDÓN DE OFENSA

La regla general es que toda persona tiene capacidad para heredar, pero por determinadas causas que señala el C.c., “con relación a ciertas personas y a determinados bienes” (art. 1313) una persona puede ser incapaz para suceder, tanto por lo que se refiere a la sucesión testamentaria, como a la intestada (arts. 1313 y siguientes).

Entre las causas de incapacidad para ser sucesor que establece la ley, se encuentran las que se agrupan “por razón de delito”, también llamadas *indignidades*, eso es, quienes hayan cometido contra el autor de la herencia alguna de las faltas descritas en la ley (art. 1316), pierden su capacidad para ser herederos o legatarios.

“Por razones de orden ético, al legislador le parece que ese sujeto no debe heredar, excepto que el propio autor de la herencia haya considerado lo contrario”.²⁷ Las indignidades son así, una construcción legislativa fundada en la voluntad presunta del autor de la herencia.

Estas ofensas o agravios pueden ser *perdonados* por el autor de la herencia, con lo que el su-

²⁷ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *Sucesiones*, 3ª ed., Mac-Graw Hill, México, 2008, p. 14.

cesor recupera su capacidad de sucederlo. Si se trata de sucesión intestada, el perdón debe constar en una declaración auténtica o por hechos indubitables (art. 1318). En el caso de sucesión testamentaria, la capacidad para suceder sólo se recupera “si después de conocido el agravio, el ofendido instituye heredero al ofensor o revalida su institución anterior con las mismas solemnidades que se exigen para testar” (art. 1319).

En cuanto a los efectos de esta cláusula,

“algunos autores²⁸ opinan que el perdón, en estos casos, *no es revocable* y que no queda revocado por la revocación del testamento donde se hizo constar, puesto que el perdón o es definitivo o no es perdón”.²⁹

Actualmente no es usual encontrar en los testamentos una disposición testamentaria por la que se otorga perdón al ofensor.

²⁸ Consideran que es una disposición irrevocable, entre otros, ASPRÓN PELAYO, *op. cit.*, p. 29, CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, tomo 6, volumen I (9ª ed.), p. 497 y ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho civil (Sucesiones)*, tomo V, 7ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona 1997, p. 84.

²⁹ ARCE Y CERVANTES, *op. cit.*, p. 114.

VIII. DISPOSICIONES *PRO ANIMA*

Las disposiciones testamentarias *pro anima* son aquellas

“en las que el testador dispone que determinadas sumas de dinero se dediquen a sufragios o servicios religiosos a favor de su alma. Se basan en la idea universal de la supervivencia del alma después de la muerte”.³⁰

En el primer formulario notarial mexicano ya citado, hay un ejemplo de esta clase de disposiciones.

“*Item*, mando que se digan por mi alma diez mil misas rezadas, repartidas por las iglesias que a mis albaceas les pareciere.— *Item* mando que se digan por las ánimas de mis padres quinientas misas rezadas.... — *Item* mando al monasterio de santo Domingo de esta ciudad quinientos pesos de oro común de limosna.— *Item* mando al Monasterio de San Francisco ciento cincuenta fanegas de trigo y cincuenta botijas de aceite...”.³¹

El texto anterior del artículo 1330 del C.c.³² establecía que “las disposiciones testamentarias

³⁰ ARCE Y CERVANTES, *op. cit.*, p. 98.

³¹ YROLO CALAR DE, Nicolás, *op. cit.*, p. 170.

³² Con motivo de la reforma al artículo 130 de la Constitución Política mexicana, por la que se reconoció perso-

hechas a favor de los pobres en general o *del alma...*” se regían por la Ley de Beneficencia Privada, ley que establecía que estas disposiciones se entendían hechas a favor de la Asistencia Privada.

La norma actual ya no hace referencia a las disposiciones *pro ánima*, sino solo previene las que se hacen a favor de iglesias o instituciones religiosas. Dice el vigente artículo 1330:

“Las disposiciones testamentarias... hechas en favor de las iglesias o instituciones religiosas, se sujetarán a lo dispuesto en los artículos 27 de la Constitución Federal y 24 de la citada Ley.”

Conforme a la Ley de asociaciones religiosas y culto público (LARCP), las asociaciones religiosas, que tiene personalidad jurídica conforme a ésta ley (art. 6° LARCP), tienen capacidad para adquirir bienes por cualquier título. Sin embargo, cuando se trata de bienes inmuebles o bienes que se adquieren por *sucesión*, estas requieren una “declaratoria de procedencia” que emite la Secretaría de Gobernación (art. 17 LARCP).

Un problema que plantea la disposición testamentaria *a favor del alma* es ¿si el alma puede ser heredera? Se dice que “el alma en sí no puede ser heredera ni legataria, y ello con base en que el alma, a efectos jurídicos, no es ni persona físi-

nalidad a las iglesias y agrupaciones religiosas (DO de 27 de enero de 1992), se modificó el texto del artículo 1330 del Código civil.

ca, ni jurídica, por lo que carece de capacidad para suceder”.³³

Sin embargo,

“no es el alma del difunto, ni el difunto el sujeto heredero. El difunto desapareció como sujeto de derecho, pero queda un interés suyo, el interés espiritual, que es lo que debe protegerse y está amparado por la ley”.³⁴

¿En términos de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, es posible instituir heredera o legataria a una asociación religiosa con la carga de que se celebren misas a favor del testador o de un tercero? Considero que es válida esta disposición, siempre que no forme parte de la asociación religiosa, heredera o legataria, un ministro de culto que haya dirigido o auxiliado espiritualmente al testador (salvo que tenga parentesco dentro del cuarto grado), pues la asociación tiene incapacidad para heredar por “presunción de influencia contraria a la libertad del testador” (arts. 15 de la LARCP y 1325 del C.c.).

Una forma conveniente de establecer una disposición *pro ánima* es dejar un legado de dinero u otros bienes a uno o varios legatarios con la carga de destinar todo o parte del legado a sufragios o misas por el alma del testador o de otras personas. Además, “para garantizar el cumplimiento de la carga, el testador puede proveer

³³ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op. cit.*, p. 650.

³⁴ LLEDO YANGUE, Francisco, *Compendio de Derecho civil. Sucesiones*, Dykinson, 1998, p. 204.

nombrando a una persona que se cuide de ello”.³⁵ En nuestro Derecho para cumplir con este encargo se puede nombrar a un ejecutor especial (arts. 1691, 1701, 1702 y 1703).

En ciertos casos, la heredera o legataria con la carga de los sufragios o misas para el alma puede ser una asociación religiosa.

“La institución a favor del alma equivale a disponer a favor de la iglesia, o de los establecimientos benéficos, *sub modo*, es decir, para que con lo recibido celebren sufragios u oraciones en favor del alma del testador”.³⁶

Es común en la práctica testamentaria que las disposiciones testamentarias a favor del alma estén relacionadas con las llamadas disposiciones funerarias.

³⁵ CICU, *op. cit.*, p. 270.

³⁶ RIVAS MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 650.

IX. DISPOSICIONES FUNERARIAS

Las disposiciones legales aplicables al cadáver están contenidas en la Ley General de Salud (LGS) que señala:

“Cadáver(es), el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida” (art. 314 frac. II LGS).

“Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración” (art. 346 LGS).

La misma ley, en el título relativo a la donación y trasplante de órganos, dispone que:

“Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente Título” (art. 320).

En lo relativo al funeral y los gastos del mismo, cuando no se establece en el testamento a quien corresponde su cumplimiento, se entiende que es el albacea quien debe decidir sobre esta materia. El C.c., señala que concluido el inventario, “el albacea procederá a la liquidación de la herencia” y que “en primer lugar, serán pagadas las deudas mortuorias”, es decir, “los gastos del funeral y las que se hayan causado en la última enfermedad del autor de la herencia” (arts. 1753, 1754 y 1755).

“Al igual que el sistema normativo reconoce al individuo el derecho a disponer *post mortem* sobre sus bienes, de la misma forma puede y debe atender a esa misma voluntad y libertad permitiéndole disponer sobre el destino de sus restos mortales. El Derecho no hace aquí sino secundar una espontánea y arraigada convicción social”.³⁷

En un testamento mexicano del siglo XVI aparece una disposición funeraria con el siguiente texto:

“...Y digo que donde ha de ser sepultado mi cuerpo de tierra y lodo y ha de ser en la iglesia, frontero de el altar de mi Santo padre San Antonio; hágase lo que mando.— Y digo, que el sufragio que se ha de hacer por mi alma ha de ser una misa cantada con vigiliyas y tres padres; se cumplirá mi palabra.— Y digo, que mi mortaja ha de ser, ya está ahí, y es de mi padre Señor San Francisco y que se volverá a bendecir...”.³⁸

Estas disposiciones, que suelen hacerse en testamento, no tienen una regulación o reconocimiento expreso en nuestras leyes. Sin embargo, son válidas y en la práctica notarial se encuen-

³⁷ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Trasplantes de órganos “pietas” familiar y solidaridad humana*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1987, p. 34.

³⁸ Testamento de Ygnacio Antonio Carrillo, del barrio del Espíritu Santo, San Juan Bautista Metepec, año 1568 (ROJAS RABIELA, Teresa y otros, *Vidas y bienes olvidados, testamentos novohispanos*, tomo I, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), México, 1999, pp. 124 y 125).

tran esta clase de disposiciones testamentarias relativas al cadáver del testador y a su funeral. La disposición es formalmente testamentaria y de contenido no patrimonial.

Para que tenga eficacia jurídica plena es necesario que se establezca como una *carga* a determinado legatario o heredero, que si no la cumple, resuelva su nombramiento, que deje de ser heredero o legatario (art. 1361). Por lo general, el incumplimiento de esta disposición no tiene consecuencias para los *obligados moralmente* a cumplirla; “no constituyen mas que deseos expresados por el testador cuyo cumplimiento se deja a la conciencia de los supervivientes”.³⁹

Actualmente, las escasas disposiciones testamentarias de esta naturaleza suelen señalar que, el cadáver sea enterrado, no cremado; u ordenan la cremación y algunas añaden que las cenizas sean depositadas o arrojadas al mar y que en esa ceremonia se diga una misa.

En la práctica, este tipo de disposiciones no siempre son efectivas, pues los testamentos se leen una vez que la persona ha fallecido y se han llevado a cabo sus funerales. Si se quiere que se cumplan en su oportunidad, hay que darlas a conocer a los albaceas o herederos antes del fallecimiento del testador. Otra posibilidad para que esta clase de disposiciones funerarias sean oportunamente conocidas y cumplidas es incluirlas en un *documento de voluntad anticipada*.

³⁹ FERNÁNDEZ DEL MORAL, *op. cit.*, p. 192.

X. DISPOSICIONES A FAVOR DE LOS POBRES EN GENERAL

En la actualidad no se otorgan disposiciones testamentarias a favor de los pobres *en general*. En testamentos de anteriores siglos, podían verse algunas cláusulas de este tipo. Por ejemplo, la que aparece en el Formulario Notarial mencionado, que dice

“*Item, mando que se repartan dos mil pesos de oro común por mano de mis albaceas, entre pobres viudas de esta ciudad (doncellas pobres o pobres vergonzantes), las que a los susodichos pareciere*”.⁴⁰

Como excepción a la regla que indica que la designación de persona incierta como heredera será nula (art. 1390), el C.c. señala que:

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

⁴⁰ YROLO CALAR DE, Nicolás, *op. cit.*, pp. 176 y ss.

El artículo 1330 del mismo Código dispone:

“las disposiciones testamentarias hechas en favor de personas de escasos recursos económicos en general, se regirán por lo dispuesto en la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal....”

La ley de instituciones de asistencia privada para el Distrito Federal dice:

“cuando el testador destine todos o parte de sus bienes a la asistencia privada sin designar a la institución favorecida, corresponderá al Consejo Directivo de la Junta designar dicha institución o instituciones” (art. 24).

Este último artículo

“establece una norma de derecho supletorio, en el sentido de que solo es aplicable cuando el testador dispone con tal fin de manera indeterminada y sin especificar el destino que ha de darse a sus bienes. Por lo tanto habrá que estar en todo caso a lo querido expresamente por el testador en su testamento y será en su defecto cuando se aplique el artículo”.⁴¹

En la práctica testamentaria actual no es usual encontrar una disposición por la que se disponga de bienes a favor de un “número ilimitado de individuos”. Generalmente los testadores instituyen herederos o nombran como legatarias a determinadas instituciones que se identifican

⁴¹ RIVAS MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 649.

plenamente. Algunos de estos beneficiarios son *instituciones de asistencia privada*, que están autorizadas y vigiladas por la Junta de Asistencia Privada del Distrito Federal⁴² o de otras juntas en diversas entidades de la República Mexicana.

⁴² Una lista de las instituciones de asistencia privada en el Distrito Federal puede consultarse en la página de Internet: www.jap.org.mx

XI. CONSTITUCIÓN DE UNA FUNDACIÓN

Las instituciones de asistencia privada están reguladas por la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal (LIAPDF). Estas asociaciones o fundaciones pueden ser herederas o legatarias, ya sea que estén constituidas antes de la muerte del autor de la sucesión o bien que se constituyan porque así se ordena en una disposición que hace el testador (arts. 11 a 23 LIAPDF).

Las instituciones de asistencia privada

“son entidades con personalidad jurídica y patrimonio propio, sin propósito de lucro que, con bienes de propiedad particular ejecutan actos de asistencia social sin designar individualmente a los beneficiarios. Las instituciones de asistencia privada serán fundaciones o asociaciones” (art. 1º LIAPDF).

Las asociaciones son

“las personas morales que por voluntad de los particulares se constituyan en los términos de esta Ley y cuyos miembros aporten cuotas periódicas o recauden donativos para el sostenimiento de la institución, sin perjuicio de que pueda pactarse que los miembros contribuyan además con servicios personales” (art. 2º frac. IV LIAPDF).

Y, son *fundaciones*

“las personas morales que se constituyan, en los términos de esta ley, mediante la afectación de bienes de propiedad privada destinados a la realización de actos de asistencia social” (art. 2º frac. V LIAPDF).

En las asociaciones importan las personas que las constituyen, quienes aportan cuotas y algunos miembros prestan trabajo personal. Se asemejan a las asociaciones civiles. En cambio, en las fundaciones lo que importa es la afectación de bienes para los fines de la institución. En este sentido se parecen más a un fideicomiso, en el que se afectan bienes a un fin.

“Considerando las enormes necesidades que hay en nuestro país son loables —aunque desafortunadamente escasas— las herencias o legados a favor de asociaciones o instituciones de asistencia, sean privadas o públicas”.⁴³

Cuando las instituciones de asistencia privada, ya sean asociaciones o fundaciones, se constituyen en vida de un particular, éste debe presentar una solicitud a la Junta de Asistencia Privada que contenga, entre otros requisitos: el nombre y demás generales del fundador; la denominación, objeto y domicilio de la institución que se pretenda establecer; la clase de actos de asistencia social; las actividades que realice para

⁴³ NÚÑEZ Y BANDERA, José Higinio, *Como hacer su testamento y no morir en el intento*, Editorial Aguilar, México, 2005, p. 27.

sostenerse; el patrimonio; los órganos de la misma; y los patronos que va a administrarla. A estos requisitos hay que agregar un proyecto de Estatutos (art. 8° LIAPDF).

Considero que hay varias formas de instituir heredera o legataria a una institución de asistencia privada:

a) Que la asociación o fundación de asistencia privada exista antes de la muerte del testador y sea ajena a éste.

b) Que el autor de la herencia constituya en vida una asociación o fundación y la instituya heredera o la nombre legataria en su testamento.

c) Que ordene en su testamento que a su muerte se constituya una fundación (no asociación), que señale algunas características de la misma y los bienes de que la dota.

d) Que instituya a un heredero o legatario con la carga de constituir una fundación y señale las características de ésta.

Las fundaciones (no las asociaciones) “pueden constituirse por testamento” (art. 10 LIAPDF), llamada “constitución directa”. En este caso, no es necesario que en el testamento se señalen todos los elementos constitutivos del artículo 8° ya mencionados, pues si el testador omitió todos o parte de esos datos, “el albacea o ejecutor testamentario suplirá los faltantes atendiendo en todo caso a la voluntad del testador manifestada en su testamento”. (art. 13 LIAPDF).

“El albacea o ejecutor testamentario estará obligado a presentar a la Junta una solicitud que contenga

ga los requisitos que exige el artículo 8° de esta Ley, con una copia certificada del testamento, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha en que cause ejecutoria el auto de declaratoria de herederos” (art. 15 LIAPDF).

Las disposiciones de esta ley favorecen la constitución de instituciones de asistencia privada por testamento y la posibilidad de que reciban bienes por herencia, pues los fines que estas instituciones persiguen benefician a la comunidad.

El problema jurídico que se plantea con la constitución de una fundación por testamento es que, en principio, no pueden ser herederas por *falta de personalidad*, las personas morales que no están constituidas al momento de la muerte del autor de la herencia (arts. 1313 frac. I y 1314). Además, como la institución nace después de la muerte del testador, se rompe el principio de continuidad que rige toda sucesión, es decir, las relaciones del difunto se transmiten desde su muerte y desde ese momento adquieren los herederos y legatarios (arts. 1288 y 1290).

Sin embargo, para que una institución de asistencia privada no constituida a la muerte del testador sea heredera o legataria hay una excepción que está contemplada expresamente en la LIAPDF que indica:

“cuando una persona afecte sus bienes por testamento, para crear una fundación de asistencia privada, no podrá hacerse valer la falta de capacidad derivada de los artículos 1313, fracción I y 1314 del Código Civil” (art. 11).

“Lo normal es, no que se instituya heredera a la fundación que se crea, sino que en el testamento en cuestión se realice el acto de dotación (*afectación*) de la fundación que en él se establece”.⁴⁴ La disposición testamentaria que ordena la constitución de una fundación tiene un doble carácter, como *negocio de fundación* y como *negocio de dotación*; “uno, de naturaleza claramente personal y organizativa, y otro, de naturaleza patrimonial”.⁴⁵

Como la fundación que se constituye por testamento no existe a la muerte del testador y no tiene, por tanto, personalidad para adquirir bienes,

“la sucesión queda sometida al evento de que el ente alcance efectivamente personalidad. La sucesión de ésta solo se producirá desde que adquiera personalidad (sin que se retrotraiga como en el caso del concebido no nacido: *nasciturus*)”.⁴⁶

Mientras la fundación se constituye, los bienes que le corresponden en herencia o legado los conserva en administración el albacea o el ejecutor especial designado para cumplir esa disposición testamentaria.

La otra forma de constituir una fundación *mortis causae* es que el testador instituya a un heredero o designe a un legatario con la carga de constituir una institución de asistencia privada y

⁴⁴ ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

⁴⁵ FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁶ ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

dotarla de determinado patrimonio con los bienes de la herencia. En este caso, la “constitución indirecta” puede contener, además, la designación del propio heredero o legatario como ejecutor especial para que se cumpla esa disposición del testamento.

La LIAPDF impone a los *notarios* la obligación de informar a la Junta de Asistencia Privada de los testamentos que contengan disposiciones relativas a la constitución de una institución de asistencia privada y acompañar copia de dicha escritura, así como informar, en su caso, de su revocación (99 fracs. II, V y VI LIAPDF).

Para que la fundación adquiriera como heredera o legataria, ésta debe solicitar permiso a la Junta de Asistencia Privada (art. 99 frac. I LIAPDF) y “no podrán adquirir más bienes inmuebles que los indispensables para cumplir inmediata o directamente con su objeto” (art. 61 LIAPDF). Para seguridad de las instituciones de asistencia privada, la ley señala que:

“Una vez que las instituciones queden definitivamente constituidas conforme a esta Ley, no podrá revocarse la afectación de bienes hecha por el fundador para constituir el patrimonio de aquéllas” (art. 6º LIAPDF).

XII. RECONOCIMIENTO DE DEUDA

“El reconocimiento de deuda hecho en testamento es un medio que tiene el testador para dejar constancia de una obligación que, por alguna circunstancia, no puede estar consignada en otro medio de prueba, por ejemplo una obligación moral o natural y le sirve de descargo de su conciencia”.⁴⁷

Sobre su naturaleza jurídica, se considera que es asimilable al legado de deuda. El C.c. establece que “el acreedor cuyo crédito no conste mas que en testamento, se tendrá para los efectos legales como *legatario preferente* (arts. 1401 y 1414 frac. II). El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPC) señala que este reconocimiento hace prueba plena (art. 408).

“La confesión de una deuda en un testamento no es sino un modo de manifestación por parte del testador de su voluntad de ordenar a los herederos que procedan al pago”.⁴⁸ El acreedor puede exigir el pago del adeudo a la sucesión y, a su vez, ésta puede llegar a acreditar que dicha deuda fue *pagada* en vida del autor de la herencia. Es posible, también, que el testador reconozca

⁴⁷ ARCE Y CERVANTES, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁸ FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 204.

una deuda y señale que ésta debe pagarse con determinado bien de la herencia. Si el acreedor acepta el legado la deuda se extingue por dación en pago.

Esta disposición testamentaria solo tiene efectos a la muerte del testador. Aunque la ley no lo indica, probablemente tenga el carácter de irrevocable, es decir subsiste aún si se revoca el testamento en el que se reconoció la deuda;⁴⁹ pero no es válida si se anula el testamento o éste caduca.

Esta clase de disposiciones no son usuales en la práctica testamentaria actual.

⁴⁹ Cfr. ARCE Y CERVANTE, *op. cit.*, p. 113 y FERNÁNDEZ DEL MORAL, *op. cit.*, p. 222.

XIII. CONSTITUCIÓN DE UN FIDEICOMISO

1. *El fideicomiso.* El fideicomiso como figura del Derecho mercantil está regulado por la Ley general de títulos y operaciones de crédito (LTOC), además de que otras leyes hacen referencia a este acto jurídico.

La LTOC, antes de las reformas que ha tenido en esta materia, señalaba que el fideicomiso se puede constituir por *testamento* (antiguo artículo 352 de la LTOC).

“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria” (art. 381 LTOC).

En todo fideicomiso intervienen *tres partes*: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario. El fideicomitente debe tener capacidad para transmitir la propiedad o titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso (art. 384 LTOC). El fiduciario es una institución autorizada por la ley para celebrar fideicomisos (instituciones de crédito, de fianzas, de seguros, casas de bolsas y

otras) (art. 385 LTOC). El fideicomisario, que puede ser uno o varios, en forma simultánea o sucesiva, es cualquier persona que recibe el beneficio o provecho del fideicomiso (art. 386 LTOC). El fideicomisario puede ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en acto posterior. El fideicomitente puede ser fideicomisario.

El *objeto* del fideicomiso puede ser cualquier bien y derecho, salvo que sean estrictamente personales de su titular. Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad. (art. 386 LTOC).

Puesto que el fideicomiso es un patrimonio afectado a ciertos *finés* lícitos, estos son un elemento esencial de todo fideicomiso.

El fideicomitente puede prever en el fideicomiso la formación de un *comité técnico*, formado por determinadas personas, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades, para efecto de que instruyan al fiduciario ciertas decisiones relativas al cumplimiento de los fines del fideicomiso (art. 80 de la Ley de instituciones de crédito).

La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por *escrito* y en aquellos casos en los que su objeto recaiga en bienes inmuebles debe otorgarse en escritura ante notario e inscribirse

en el Registro Público de la Propiedad (arts. 387 y 388 LTOC).

El fideicomiso se *extingue*, básicamente, por la realización de sus fines, por convenio de terminación entre sus partes, por revocación del fideicomitente, si no se constituyó como irrevocable, y por la llegada del plazo por el que fue constituido (art. 392 LTOC).

Extinguido el fideicomiso, si no se pactó lo contrario, los bienes o derechos en poder de la institución fiduciaria serán transmitidos al fideicomitente (se conoce como reversión) o al fideicomisario, según corresponda (art. 393 LTOC).

2. *Fideicomiso testamentario*. “El fideicomiso puede constituirse sujetando sus efectos a la muerte del fideicomitente. En estos casos estamos frente a un *fideicomiso testamentario*”.⁵⁰

Deben distinguirse dos tipos de figuras:

a) “El fideicomiso que va a surtir efectos *sólo* después de la muerte del autor del acto o sea el que ordena que, a la muerte del autor, se constituya sobre la totalidad o sobre una parte de los bienes. Este es el fideicomiso testamentario. El fideicomiso no se ha constituido, se ordena que se constituya en lo futuro. Es un acto siempre unilateral que no es vinculante, y por tanto no modifica en nada el patrimonio del autor, ni afecta a los terceros. Los bienes con los que se desea constituir el fideicomiso, aún después del acto,

⁵⁰ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, 3ª ed., Porrúa, México, 1998, p. 238.

pueden salir del patrimonio del autor. Los efectos que pudiere surtir están sujetos a una *condicio juris* y son siempre diferidos. Es un testamento”.⁵¹

b) El que se constituye *inter vivos* con la disposición de que *continuará “post mortem”*. Modifica el patrimonio del autor y es posible que afecte a terceros. Aunque puede ser unilateralmente constituido, requiere aceptación del fiduciario y, por consiguiente, es vinculante: crea derechos y obligaciones recíprocas entre fideicomitente y la fiduciaria y entre ésta última y los fideicomisarios, en su caso. Jurídicamente el fideicomitente enajena derechos y de los derechos que ha enajenado, el fideicomitente ya no puede disponer. Los efectos se producen en el presente. Los bienes fideicomitidos salen de su patrimonio en vida. No es un testamento.

En este tipo de fideicomisos, es posible que la muerte del fideicomitente señale un cambio en el manejo del fideicomiso y en el destino de los bienes y por eso pudiera parecer que trata de una sucesión *mortis causae*. En este caso, la muerte es el fin de una etapa o fase del fideicomiso o el principio de una nueva, como pueden serlo la llegada del plazo o cualquier otro acontecimiento.⁵²

En el fideicomiso que se contiene en un testamento, el testador, como fideicomitente, ordena

⁵¹ ARCE Y CERVANTES, José, “Un ensayo sobre el fideicomiso testamentario”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 49, México, 1972, p. 45.

⁵² ARCE Y CERVANTES, *Un ensayo sobre el fideicomiso testamentario*, op. cit., pp. 45 y 46.

que a su fallecimiento se constituya un fideicomiso sobre la totalidad o parte de sus bienes. Este fideicomiso va a tener efectos solo después de la muerte del autor del acto y los bienes que serán objeto del fideicomiso se conservan en el patrimonio del testador. Para cumplir con la voluntad del testador, los herederos, legatarios y albaceas, una vez muerto el testador, constituirán el fideicomiso con la institución fiduciaria que indica el testamento o con quien decida, generalmente, el albacea.

En un fideicomiso con estas características, es común que el fideicomitente sea la sucesión, la institución fiduciaria es la que designe el testador (o el albacea, según instrucciones), los fideicomisarios son los legatarios o herederos que se benefician de los bienes que son objeto del fideicomiso. El patrimonio fideicomitido puede estar constituido por todos los bienes del fideicomitente o solo una parte de ellos (inmuebles, cantidades de dinero, acciones). Los fines son, generalmente, el proveer de fondos o recursos a los fideicomisarios conforme a las instrucciones que la fiduciaria recibe de un Comité Técnico regulado en el propio fideicomiso.

“Si analizamos este fideicomiso desde el punto de vista de su fin, nos encontramos que en todo caso se trata de un *fideicomiso de administración*. En esta forma el testador asegura una correcta inversión y una segura administración, cuando los herederos son personas incapaces o cuando carecen de la experiencia suficiente para poder efectuar dichas inversiones y llevar adelante la administra-

ción de los bienes y derechos que forman parte de la herencia o del legado”.⁵³

Esta solución resuelve, en cierto modo, el aspecto patrimonial y de administración de bienes del menor o del mayor incapaz y tiene reconocimiento en la práctica notarial mexicana. Sin embargo, hay aspectos que no soluciona como lo referente al cuidado de la persona o de su salud.

Cuando el fideicomiso se constituye *inter vivos*,

“puede hacer las veces de un testamento. En este supuesto, el propietario de determinados bienes —denominado fideicomitente— es a la vez el fideicomisario (quien va a recibir los beneficios) mientras viva. Generalmente, el fideicomitente se reserva el derecho a revocar el fideicomiso y puede designar fideicomisarios sustitutos, los cuales puede cambiar cuantas veces lo desee. A su muerte, sin necesidad de disposición testamentaria, o a su renuncia, la fiduciaria procederá como se le haya instruido, reconociendo a los fideicomisarios sustitutos en el orden de su designación. El único límite que se tiene para designar beneficiarios es que sea a favor de personas que vivan al momento de ocurrir la muerte del fideicomitente”.⁵⁴ (Cfr. art. 394 LTOC).

“Al fallecimiento del fideicomitente, bastará la exhibición del acta de defunción y con esto se acreditará el reconocimiento de los sustitutos sin necesidad de trámite adicional, pues la tenencia y titu-

⁵³ VILLAGORDOA LOZANO, *op. cit.*, p. 238.

⁵⁴ LOZANO MOLINA, Tomás, *Testamentos, sucesiones y algo más*, Oceano, México 2009, pp. 26 y 27.

laridad de los bienes ya las tiene el fiduciario; lo único que cambia es la persona o personas que recibirán los provechos o beneficios”.⁵⁵

El primero de los fideicomisos, el que consta en un testamento, es usual en la práctica notarial. Se utiliza para asegurar la manutención o educación de los hijos menores hasta que cumplan cierta edad, como 25 o 30 años, o para hijos que tienen alguna incapacidad física o intelectual y no pueden valerse por ellos mismos.

Es posible, también, que una persona constituya en vida como fideicomitente un fideicomiso que tenga como fin la administración de bienes y la entrega periódica de ciertas cantidades a los fideicomisarios que son sus herederos o legatarios. Este fideicomiso tiene un patrimonio que es una cantidad de dinero de poca importancia. El mismo fideicomitente puede ordenar en su testamento, que a su fallecimiento, determinados bienes o cantidades se entreguen al fideicomiso previamente constituido.

⁵⁵ LOZANO MOLINA, Tomás, *Testamentos, sucesiones y algo más*, op. cit., p. 27.

XIV. CAMBIO DE BENEFICIARIO DE UN SEGURO DE VIDA

La Ley sobre el contrato de seguro (LCS), con relación a los seguros sobre las personas, establece:

“El asegurado tendrá derecho a designar un tercero como beneficiario sin necesidad del consentimiento de la empresa aseguradora...” (art. 163 LCS).

La designación de los beneficiarios del seguro se contiene en la póliza de seguro y el cambio de beneficiario se hace en las aseguradoras mediante un “endoso” o documento adicional a la póliza.

Sin embargo, la Ley sobre el contrato de seguro permite que el cambio de beneficiario conste en una disposición testamentaria. Dice la citada ley:

“El asegurado, aun en el caso de que haya designado en la póliza a un tercero como beneficiario del seguro, podrá disponer libremente del derecho derivado de éste, por acto entre vivos o *por causa de muerte*” (art. 164 LCS).

La suma asegurada que reciben los beneficiarios de un seguro de vida no forman parte de la herencia de una persona, pues esos bienes no estaban en su patrimonio antes de su fallecimiento, sino que a raíz de su muerte, nace un

derecho de los beneficiarios contra la compañía aseguradora para cobrar la suma asegurada. Los herederos, legatarios o acreedores del autor de la sucesión no tienen derecho alguno sobre esas cantidades.

La Ley sobre el contrato de seguro dispone al respecto que:

“la cláusula beneficiaria establece en provecho del beneficiario un derecho propio sobre el crédito que esta cláusula le atribuye, el cual podrá exigir directamente de la empresa aseguradora” (art. 166 LCS).

“El beneficiario adquiere el derecho a la suma asegurada, pero no como heredero, y lo adquiere frente al asegurador y no frente a la herencia”.⁵⁶ “La atribución patrimonial que recibe el beneficiario la recibe por derecho propio, que deriva del contrato de seguro y no le viene transmitida desde el patrimonio del tomador del seguro”.⁵⁷

Esta disposición, por constar en un testamento, tiene efectos a la muerte del testador y es revocable.

Las compañías de seguros, cuando fallece una persona y se presentan los beneficiarios del seguro de vida, les solicita el último testamento para verificar que no se haya cambiado al beneficiario.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 178.

⁵⁷ FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 180.

XV. DISPOSICIONES SOBRE ÓRGANOS, TEJIDOS Y EL CADÁVER

Esta materia está regulada por la Ley General de Salud (LGS), el Reglamento de la Ley general de salud en materia de control Sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos y la Ley de Salud del Distrito Federal (LSDF).

El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado centro nacional de trasplantes, y la regulación y el control sanitario sobre cadáveres es competencia de la Secretaría de Salud (art. 313 LGS y 87 LSDF).

Dice la Ley General Salud que “toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente...” (arts. 320 y 88 LSDF). Esto no significa que la persona sea “propietaria” de su cuerpo y que tengan carácter patrimonial estas disposiciones que se rigen por unos principios y normas diferentes.

Para los efectos de la LGS el artículo 314 define, entre otros, los siguientes términos:

a) “Disponente, a aquél que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su

cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte” (frac. VI).

b) “Donador o donante, al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes” (frac. VII).

c) “Órgano, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los mismos trabajos fisiológicos” (frac. X).

d) “Receptor, a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos” (frac. XII).

e) “Trasplante, a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo” (frac. XIV).

Las disposiciones de la LGS que regulan esta materia establecen:

“Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito” (art. 327 LGS y 89 LSDF).

“La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes” (art. 321 LGS).

“La donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición

total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes.

En la donación expresa podrá señalarse que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá expresar el donante las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione la donación.

La donación expresa, cuando corresponda a mayores de edad con capacidad jurídica, no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte” (art. 322 LGS).

“La obtención de órganos o tejidos para trasplantes se hará preferentemente de sujetos en los que se haya comprobado la pérdida de la vida” (art. 331 LGS).

“La selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud...” (art. 332 LGS).

La disposición testamentaria de donación de órganos para después de la muerte, que debe ser expresa, es un acto unilateral que surte efectos a la muerte del testador. Es revocable por el propio disponente, pero no por terceros, por ejemplo familiares. El testador puede señalar que órganos son materia de donación y quienes son las personas beneficiarias de esa donación.

No es muy usual encontrar en testamentos disposiciones sobre donación de órganos, quizá porque no se ha dado la suficiente promoción a las instituciones y a la forma en que operan estas disposiciones.

Actualmente, el instrumento notarial que se

utiliza para la donación de órganos, que no excluye al testamento, es el *documento de voluntad anticipada*.

Moralmente, el Catecismo de la Iglesia Católica señala sobre trasplantes lo siguiente:

2296.— El *trasplante de órganos* no es moralmente aceptable si el donante o sus representantes no han dado su consentimiento consciente. El trasplante de órganos es conforme a la ley moral y puede ser meritorio si los peligros y riesgos físicos o psíquicos sobrevenidos al donante son proporcionados al bien que se busca en el destinatario. Es moralmente inadmisibles provocar directamente para el ser humano bien la mutilación que le deja inválido o bien su muerte, aunque sea para retardar el fallecimiento de otras personas.⁵⁸

⁵⁸ *Catecismo de la Iglesia Católica*, Asociación de editores del Catecismo, 2ª ed., Barcelona, España, 1992.

XVI. CLÁUSULA ARBITRAL

El testamento de *George Washington*, otorgado de su puño y letra, y firmado en cada una de sus páginas el 9 de julio de 1799, contiene la siguiente cláusula

“Pero habiendo tratado de ser claro y explícito en todas disposiciones incluso a expensas de prolijidad, tal vez de la tautología, espero, y confío, que no surgirán conflictos concernientes a las mismas, pero si, contrario a lo que espero, el caso debe ser de otra forma, por la falta de expresión legal, o de términos técnicos usuales, o porque se ha dicho mucho o poco en alguna de las disposiciones para estar en consonancia con la ley, Mi Testamento y mi voluntad expresa es, que todas las disputas (si por desgracia surge alguna) se decidirán por tres hombres imparciales e inteligentes, conocidos por su probidad y el buen entendimiento; dos elegidos por los disputantes —cada uno ha de elegir uno— y el tercero por esos dos. Esos tres hombres elegidos, deberán, sin restricciones por la Ley, o construcciones legales, declarar el Sentido de la intención del Testador, y tal decisión será, para todos los efectos y propósitos obligatoria para las Partes como si se hubiera dictado por la Suprema Corte de los Estados Unidos”.⁵⁹

⁵⁹ WASHINGTON, George, *The last will and testament of*

Por medio del arbitraje las partes encomiendan la resolución de una controversia a un árbitro o a un tribunal arbitral independientes, acuerdan el derecho aplicable al fondo de la controversia y las reglas del procedimiento arbitral.

El arbitraje está expresamente autorizado y regulado en la legislación mexicana para las materias civil y mercantil. El CPC establece que “Las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio *arbitral*” (art. 609). El Código de comercio contiene una disposición similar en su artículo 1051. El procedimiento arbitral implica una renuncia a la competencia de los tribunales

George Washington, Foley & Lardney, USA 1992, p. 28. El texto en inglés dice: “*But having endeavored to be plain, and explicit in all the Devises -even at the expence of prolixity, perhaps of tautology, I hope, and trust, that no disputes will arise concerning them; but if, contrary to expectation, the case should be otherwise, from the want of legal expression, or the usual technical terms, or because too much or too little has been said on any of the Devises to be consonant with law, My Will and direction expressly is, that all disputes (if unhappily any should arise) shall be decided by three impartial and intelligent men, known for their probity and good understanding; two to be chosen by the disputants —each having the choice of one —and the third by those two. Which three men thus chosen, shall, unfettered by Law, or legal constructions, declare their Sense of the Testator’s intention; -and such decision is, to all intents and purposes to be as binding on the parties as if it had been given in the Supreme Court of the United States*”.

No hubo controversias sobre las disposiciones del testamento.

nacionales para otorgársela a los árbitros, es una derogación de la jurisdicción estatal.

En principio, el arbitraje nace de un acuerdo arbitral entre las partes de la disputa. El C. de c. define a este acuerdo como aquél

“por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente” (art. 1416 frac. I, en términos similares, el art. 610 del CPC).

El arbitraje puede ser *ad hoc* o *institucional*. En el primero las partes proveen a todos los elementos del arbitraje en cuanto a la identificación de la controversia, el derecho aplicable al fondo, las reglas del procedimiento y las facultades de los árbitros. El arbitraje institucional es el que está administrado en su procedimiento por una institución arbitral como por ejemplo la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Cámara de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), el Centro de Arbitraje de México (CAM) o alguna otra como puede ser el Colegio de Notarios del Distrito Federal. Generalmente en estos procedimientos se siguen las Reglas de estas instituciones y se recibe el auxilio y la vigilancia de la institución administradora durante el proceso.

Los ordenamientos mexicanos que reglamentan al arbitraje no contemplan la posibilidad de

incluir una cláusula arbitral en el testamento, como la Ley de Arbitraje española⁶⁰ que establece:

“También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia (art. 10º).”

Existen algunas disposiciones legales que se refieren al arbitraje en materia sucesoria. El Código civil y el de Procedimientos Civiles establecen:

“El albacea no puede transigir ni comprometer en árbitros los negocios de la herencia, sino con consentimiento de los herederos” (art. 1720 C.c).

“Los albaceas necesitan del consentimiento unánime de los herederos para comprometer en árbitros los negocios de la herencia y para nombrar árbitros, salvo el caso en que se tratara de cumplir los acuerdos de arbitraje pactados por el autor” (art. 613 CPC).

Estas disposiciones no se refieren a las controversias que puedan suscitarse entre herederos, legatarios y albacea, sino aquellas en las que la sucesión (no como persona moral, que no lo es,⁶¹

⁶⁰ LEY 60/2003, de Arbitraje, de 23 de diciembre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 26 de diciembre de 2003.

⁶¹ Una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia confirma esta opinión. “SUCESIONES, CONSTITUYEN UNA FORMA DE COPROPIEDAD.—La sucesión no es una persona moral expresamente reconocida por nuestro derecho positivo, ni es un ente con personalidad jurídica, sino una forma de copropiedad”. Registro No. 803289. Localización: Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: *Semanario Judicial*

sino como *comunidad hereditaria*) es parte de una controversia con terceros, como pueden ser los acreedores o los deudores del autor de la herencia.

“Es posible incluir una cláusula arbitral en un testamento y que el mismo sea instituido por el testador, tal como supone el arbitraje testamentario, y con la aceptación de la herencia por parte de los herederos, legatarios e incluso el albacea, quedarían sujetos al mismo”.⁶²

Las partes de una controversia que deba resolverse conforme a un arbitraje testamentario, son los herederos, legatarios y albacea, que, directa o indirectamente, se ven beneficiados con la herencia.

La cláusula arbitral en el testamento puede designar como árbitro a una o varias personas designándolas por su nombre o señalar a un tercero para que lo designe, por ejemplo una institución administradora de arbitrajes como puede ser el Colegio de Notarios del Distrito Federal (art. 249 frac. XXVI LNDF).

No pueden ser árbitros el *notario* que autoriza el testamento, cualquiera de los herederos o lega-

de la Federación. CVI. Página: 1649. Amparo civil directo 3877/50. Bejarano Tomás, sucesión de. 22 de noviembre de 1950. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Hilario Medina no votó en este negocio, por la razón que se expresa en el acta del día. Relator: Agustín Mercado Alarcón.

⁶² ROMÁN LÓPEZ, Carlos Dante, *Arbitraje en material sucesoria*, tesis profesional del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), México, 2010, pp. 69 y 70.

tarios, aun cuando no sean parte de la controversia, ninguno de los *albaceas* designados, pues en todo arbitraje es fundamental que el árbitro sea y permanezca imparcial e independiente. Por analogía con otras prohibiciones legales, no pueden ser árbitros los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el segundo grado de las personas mencionadas (art. 45 frac. III LNDF).

No puede ser materia del arbitraje sucesorio una controversia en la que una de las partes sea un menor de edad, pues en estos casos hay un interés que está representado por el Ministerio Público. No puede involucrarse en un arbitraje sucesorio a un tutor o curador designado en el testamento, pues su cargo es de interés público y es competencia de un juzgado familiar. Tampoco puede obligarse a los acreedores de la sucesión a someterse al arbitraje, pues ellos pueden acudir a un procedimiento judicial para hacer valer sus derechos.

La materia sobre la cual se llevar un procedimiento arbitral es la que involucra derechos que las partes pueden transigir, pues solamente afectan sus intereses. Considero que puede haber arbitraje sobre la interpretación y validez de las disposiciones testamentarias relativas al nombramiento de herederos, legatarios y albaceas, el desempeño del albaceazgo respecto a la administración de la sucesión, la partición y entrega de los bienes de la herencia.⁶³

⁶³ Curiosamente, el Convenio entre los Estados Unidos

El artículo 1297 del C.c., que está en el capítulo de “los testamentos en general”, señala que:

“Ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan, pueden dejarse al *arbitrio* de un tercero”.

Aparentemente, esta disposición no permite que un árbitro decida quien debe ser heredero o legatario, pero no es así, pues la norma se refiere a que el testador no puede, en su testamento, dejar abierta una cláusula por la que establezca que la designación de herederos o legatarios o los bienes o parte de la herencia que corresponda a cada uno e ellos será la que libremente determine dicha persona. La *voluntad completa* del testador debe constar en el testamento, no se puede acudir a elementos ajenos al documento para completar éste, ya sea a una persona que no sea el testador o a un documento diferente al testamento. La disposición citada está relacionada con la norma que prohíbe los codicillos y que señala

“Es nula la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos” (art. 1484).

La cláusula arbitral que se contiene en un testamento podría tener como modelo algún texto de las cláusulas recomendadas por alguna insti-

Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil, (DO 5 de mayo de 1992), excluye a la “sucesión testamentaria o intestada” (art. 3º 2, letra d).

tución administradora de arbitraje. Un ejemplo de esta disposición testamentaria sería:

“Todas las desavenencias que deriven de este testamento o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con las normas (del Reglamento de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México o del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal o del Código de Comercio) por un árbitro nombrado por el Colegio de Notarios el Distrito Federal. El derecho aplicable será el Código Civil para el Distrito Federal, el lugar del arbitraje la Ciudad de México y el idioma será el español.”

XVII. DOCUMENTO DE VOLUNTAD ANTICIPADA

1. *Introducción.* En la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 7 de enero de 2008 se promulgó la “Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (LVADF)”. Esta ley

“*tiene por objeto* establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones medicas fortuitas o de fuerza mayor sea imposible mantener su vida de manera natural” (art. 1º LVADF).

El documento notarial que contiene la voluntad anticipada *no es una disposición testamentaria*, pues no tiene efectos para después de la muerte, sino precisamente en vida del otorgante. Sin embargo, por medio de este documento, como una disposición adicional, se puede hacer la donación de órganos para después de la muerte, prevista en la LVADF o disposiciones funerarias. Esto último no es usual.

2. *Antecedentes.* El antecedente de este documento es el llamado *living will* de los Estados

Unidos de América que surge como una medida de protección que las instituciones o agrupaciones de profesionistas médicos crearon para permitir a sus miembros hacer frente al inmenso número de demandas a las que se han visto sometidos, promovidas por pacientes o por los familiares de estos, como consecuencia de los trastornos físicos e incluso por el fallecimiento ocurrido por su tratamiento.

Hay un alto nivel litigioso de la sociedad norteamericana, y son muchos los casos derivados de lo que se conoce como “*medical malpractice*” (errores o equivocaciones en el tratamiento médico), cuyas consecuencias económicas han alcanzado no sólo cifras absurdas y elevadísimas en el monto de los honorarios médicos, sino en el costo de las primas de los seguros que contratan los médicos para protegerse de la eventualidad de las demandas en su contra, por actos de esa naturaleza.

Frente al problema derivado de la práctica médica y de las intervenciones quirúrgicas, fue no sólo obvio, sino natural, que las asociaciones mencionadas buscaran e idearan un concepto que permitiese a sus miembros la exoneración profesional de su culpa: de ahí, que surgiera el *living will*, como instrucciones que un paciente, en perfecto estado de lucidez mental, dicta de forma estrictamente unilateral, para permitir a su médico, la supresión de un tratamiento en un momento dado, en el evento como ya se dijo, de que se presente “una condición incurable o irreversible” que pueda producir la muerte en un pe-

riodo relativamente corto, durante el cual ya no pueda ser considerado como sujeto capaz.

Actualmente, en todos los Estados de la Unión Americana se han dictado disposiciones legales relativas al *living will*, con muy diversas denominaciones y en muy diversos ordenamientos. Prácticamente en todos los casos existen formatos o modelos para dictar un *living will*, así como otros documentos relacionados con éste como: donación de órganos y poderes para el cuidado de la salud.⁶⁴

3. *Moralidad*. El derecho que una persona puede tener a rehusar el tratamiento por el cual se tienda a mantener o prolongar su vida, ha generado discusiones a nivel legal y ético,⁶⁵ así como una gran cantidad de literatura.

Desde el punto de vista de la moralidad de este documento, el *Catecismo de la Iglesia Católica*, señala:

2278. La interrupción de tratamientos médicos onerosos, peligrosos, extraordinarios o desproporcionados a los resultados puede ser legítima. Interrumpir estos tratamientos es rechazar el ‘encarnizamiento terapéutico’. Con esto no se pretende provocar la muerte; se acepta no poder impedirla. Las decisiones deben ser tomadas por el paciente, si para ello tiene competencia y capacidad o si no

⁶⁴ Cfr. HAMAN, Edward A., *The complete living will kit*, first edition, Sphinx Publishing, Illinois 2006.

⁶⁵ Cfr. PACHECO ESCOBEDO, Alberto, “El llamado testamento biológico”, en *Revista Ars Juris*, núm. 7, Universidad Panamericana, México, 1992, p. 301.

por los que tienen los derechos legales, respetando siempre la voluntad razonable y los intereses legítimos del paciente.

2279. Aunque la muerte se considere inminente, los cuidados ordinarios debidos a una persona enferma no pueden ser legítimamente interrumpidos. El uso de analgésicos para aliviar los sufrimientos del moribundo, incluso con riesgo de abreviar sus días, puede ser moralmente conforme a la dignidad humana si la muerte no es pretendida, ni como fin ni como medio, sino solamente prevista y tolerada como inevitable. Los cuidados paliativos constituyen una forma privilegiada de la caridad desinteresada. Por esta razón deben ser alentados.⁶⁶

4. *Documento de voluntad anticipada.* La LVADF define al documento de voluntad anticipada como

“el documento público suscrito ante notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la obstinación médica” (art. 3 frac. V LVADF).

El *documento de voluntad anticipada* puede ser suscrito por cualquier persona con capacidad de ejercicio, enfermo en etapa terminal médicamente diagnosticado, familiares de quien esta impedido de manifestar por si mismo su voluntad y los padres o tutores de un menor de edad o de un mayor incapaz (art. 7º LVADF).

⁶⁶ *Catecismo de la Iglesia Católica, op. cit.*

Los *requisitos* del documento son: debe hacerse por escrito de manera personal, libre e inequívoca *ante notario*; el solicitante debe poner su nombre y firma; debe designar un representante y señalar si hay disposición de donar órganos (art. 8° LVADF). Excepcionalmente, el enfermo en etapa terminal puede suscribir el documento ante el personal de salud correspondiente y dos testigos (art. 10 LVADF). Estos documentos deben notificarse a la Coordinación Especializada (arts. 9° y 10 LVADF).

El *representante* designado tiene, entre otras obligaciones, la revisión y confirmación de las disposiciones hechas por el signatario; verificación del cumplimiento exacto de las disposiciones y sus modificaciones; así como la defensa en juicio y fuera de él del documento (art. 17 LVADF).

Entre las *obligaciones del notario* para el otorgamiento de esta clase de documentos están: verificar la identidad del solicitante, que se halla en su cabal juicio y libre de coacción (art. 23 LVADF) y la de leerlo en voz alta a efecto de que el signatario declare que es su voluntad la que consta en el documento (art. 22 LVADF).

El documento de voluntad anticipada puede otorgarse por personas que no saben o que no pueden firmar (art. 29 LVADF); por personas enteramente sordas o mudas, pero que saben leer (art. 30 LVADF); o si fuera sordomudo y no sabe leer mediante un interprete (arts. 31 y 22 LVADF); por persona que ignore el idioma español con traductor (arts. 22 y 33 LVADF); y, por una persona que sea ciega o que no pueda o sepa leer, en este

caso se deberá leer dos veces el documento una por el notario y otra por uno de los testigos (art. 32 LVADF).

Las *formalidades* para otorgar el documento de voluntad anticipada se practicaran en un solo acto (art. 34 LVADF). El documento de voluntad anticipada puede ser *revocado*, en cualquier momento, únicamente por el signatario (art. 38 LVADF). Cuando existan varios documentos de voluntad anticipada será válido el último (art. 39 LVADF).

El documento de voluntad anticipada *es nulo*: si se hace en un formato distinto al autorizado por la Secretaría de Salud del Distrito Federal; el realizado bajo la influencia de amenazas contra el signatario o sus bienes o parientes; el captado por dolo o fraude; aquel en el que el signatario exprese su voluntad por señales o monosílabos; el que se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley; y, aquel en que exista algún vicio de consentimiento (art. 36 LVADF).

La gran mayoría de estas normas del documento de voluntad anticipada están copiadas de la regulación del testamento en el C.c.

El texto de una cláusula usual de *donación de órganos* que se contiene en un documento de voluntad anticipada dice:

“Que es mi deseo donar a mi fallecimiento, bajo las condiciones que aquí se contienen, los órganos que sean susceptibles de donación conforme a la Ley General de Salud y demás disposiciones legales aplicables.”

5. *Cumplimiento*. Para efectos del cumplimiento de las disposiciones del documento de voluntad anticipada el signatario o su representante deben de solicitar al personal de salud que se cumplan (art. 40 LVADF). En el historial médico del enfermo en etapa terminal se debe asentar la información que haga constar esta circunstancia, como son cuidados paliativos, medidas mínimas ordinarias, sedación controlada y tratamiento tanatológico (art. 41 LVADF). Estas medidas se refieren a la *ortotanacia* que significa muerte correcta (Art. 2º frac. XIII LVADF).

El personal de salud a cargo del cumplimiento de disposiciones, cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a las disposiciones, puedan ser objetores de conciencia y excusarse de intervenir en su realización (art. 42 LVADF).

El personal de salud en ningún momento ni circunstancia podrán suministrar medicamentos o tratamientos médicos que provoquen de manera intencional la muerte del enfermo en etapa terminal (art. 43 LVADF).

El cumplimiento de esta ley se encomienda a la *Coordinación Especializada* que es la unidad administrativa adscrita a la *Secretaría de Salud del Distrito Federal* (art. 45 LVADF). Esta Coordinación Especializada tiene como atribuciones: recibir, archivar y resguardar los documentos de voluntad anticipada que provengan de instituciones públicas y privadas de salud; hacer del conocimiento del Ministerio Público los documentos de voluntad anticipada; supervisar el

cumplimiento de los documentos de voluntad anticipada y lo relativo a transplantes y donación de órganos y tejidos; fungir como vínculo con los centros Nacional y Estatales de transplantes; y, proponer la celebración de convenios de colaboración con otras instituciones y asociaciones que promuevan y realizan transplantes de órganos y tejidos (art. 46 LVADF).