

# El testamento público abierto, única forma de testar en el Distrito Federal

Jesús Saldaña Pérez

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Concepto de testamento. III. Características del testamento público abierto. IV. Importancia de la intervención del notario. V. Obligaciones del Notario. VI. Prohibiciones. VII. Solemnidades del testamento público abierto. VIII. Expresión de voluntad de manera clara y terminante. IX. La necesidad de expresión verbal de la voluntad. X. Imposibilidad de aclarar o modificar el texto con posterioridad. XI. La redacción en el protocolo del notario. XII. La lectura en voz alta. XIII. Contextual, en un solo acto y sin interrupciones. XIV. Firma y sello de autorizar. XV. Otros aspectos relacionados con el otorgamiento. XVI. Casos especiales. XVII. La responsabilidad notarial. XVIII. El Testamento público abierto otorgado en el extranjero. XIX. Registro de testamentos. XX. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

El 23 de julio de dos mil doce se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal un decreto que deroga y modifica diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal y de la Ley del Notariado, por virtud de éste, se derogan los testamentos especiales privado, militar y marítimo y de los testamentos ordinarios se derogan el público cerrado, el público simplificado y el ológrafo, para quedar el testamento público abierto como la única forma válida de testar en el Distrito Federal, sin perjuicio de que todos los testamentos otorgados con anterioridad a esta reforma conservarán su validez.

En el presente trabajo, se analiza en primer lugar el concepto de testamento y las principales reglas generales aplicables para todos los testamentos, posteriormente se analiza el testamento público abierto y su regulación, tanto del Código Civil como de la Ley del Notariado.<sup>1</sup>

La sucesión testamentaria se basa en un negocio jurídico *mortis causa*, el testamento, éste se fundamenta en el derecho de propiedad que confiere a su titular un derecho de disposición perpetuo, por ello resulta de especial

<sup>1</sup> Cuando se haga referencia al Código, deberá entenderse que es el Código Civil para el Distrito Federal, y cuando se haga alusión de algún artículo de la Ley, nos estamos refiriendo a la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

importancia la posibilidad de poder transmitirlo por herencia, el testamento es una manifestación de la inteligencia humana, un triunfo de la autonomía privada, cuando una persona hace testamento correctamente puede tomar las medidas necesarias para evitar controversias, cumplir obligaciones de manera ágil y sencilla, causando la menor molestia al grupo social con su muerte, como si nada hubiera pasado, por ello resulta importante que todas las personas hagan su testamento, pero éste debe hacerse en forma correcta, si es bien hecho genera certeza, mal hecho, incertidumbre, confusión y litigios, así, más valdría ni hacerlo.

## II. CONCEPTO DE TESTAMENTO

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, este término proviene del latín (*testamentum*). Declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de bienes y de asuntos que le atañen para después de su muerte. Documento donde consta en forma legal la voluntad del testador. Este término puede entenderse en dos sentidos, como el documento donde consta la última voluntad de una persona, es decir, el continente, también como el acto jurídico por virtud del cual se expresa esa última voluntad, el contenido.

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1295. Define el testamento. *Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.*

De la anterior definición podemos hacer las siguientes reflexiones, aplicables para todos los testamentos en general:

- *Es un acto jurídico.* Es la manifestación de voluntad de una persona que tiene por objeto producir consecuencias de derecho, que consisten en disponer de forma definitiva de sus bienes y derechos, declarar o cumplir deberes para después de su muerte.
- *Tiene como presupuesto indispensable para que los efectos se produzcan, la defunción de su autor.* Antes no produce efecto legal alguno.
- *Siempre es un acto jurídico completo y definitivo.* Esto significa que como tal, no se perfecciona con la muerte de su autor, tampoco con la aceptación de la herencia, no es requisito para su validez que éste contenga o no institución de heredero, ni que el heredero instituido sea capaz de heredar Código Civil (artículo 1378).
- *Es unilateral y no receptivo.* Por ello debemos entender que opera con la fuerza intrínseca de una sola voluntad, como consecuencia de lo anterior, éste es válido aunque el heredero o legatario repudie la herencia, sea incapaz de heredar o haya fallecido con anterioridad al autor de la sucesión. Es oportuno comentar que no faltan autores que le atribuyen naturaleza jurídica contractual, considerando que el

acuerdo de voluntades se logra cuando el heredero acepta la herencia, postura que no compartimos, porque la aceptación de la herencia siempre se da necesariamente en un momento posterior a la muerte del testador, precisamente cuando éste ya no vive, por tanto, no puede haber un acuerdo de voluntades entre el heredero aceptante, persona viva, y el testador difunto, carente de personalidad jurídica, toda vez que con la muerte ha dejado de ser persona.

- *Es personalísimo.* Solamente puede hacerse por el propio interesado, quien en ningún caso y bajo ninguna circunstancia puede hacerse representar por otra persona, ni siquiera cuando se trata de menores de edad o incapacitados, no puede otorgarse a través del padre, del tutor, apoderado ni comisario,<sup>2</sup> además en el acto de su otorgamiento sólo puede constar la voluntad de una única persona. No se admite en ningún caso la representación, tampoco la posibilidad de que dos o más personas puedan testar en el mismo instrumento, no se permite el testamento mancomunado, aunque se trate de cónyuges, porque ello daría lugar a que domine la voluntad de uno de los testadores sobre el otro, propiciando disposiciones captativas, tampoco se admite el testamento contractual,<sup>3</sup> porque constituye un obstáculo para la libre revocación. Para esta regla general, existe una única excepción en el testamento público simplificado, el cual, se permite solo cuando el testador está casado por sociedad conyugal, así se desprende la opinión de Arce y Cervantes, este tipo de testamento.

Este tipo de testamento —señala Arce y Cervantes— rompe con algunas de las reglas generales aplicables al testamento público abierto, pues puede otorgarse simultáneamente por varios testadores en el mismo acto, siempre que cada uno tenga el carácter de copropietario del bien inmueble objeto del legado. En el mismo instrumento, si el adquirente está casado bajo el régimen de sociedad conyugal, puede comparecer el cónyuge con el carácter de testador.<sup>4</sup>

- *Es revocable.* Toda persona conforme a su voluntad puede hacer o dejar de hacer testamento, si lo hace puede revocarlo en cualquier momento, el único válido siempre es el último, el código no permite ni siquiera que el mismo testador renuncie a la facultad de revocar su testamento, en caso de hacerlo, dicha cláusula es nula, se tiene por no puesta (artículo 1493). La revocación puede hacerse en forma expre-

<sup>2</sup> El testamento por comisario se otorgaba por un tercero, mediante un poder que era previamente otorgado por la persona que podía disponer *mortis causa* de sus bienes, estuvo regulado en las Leyes de Toro.

<sup>3</sup> El testamento contractual es aquel que deriva de un pacto, donde mediante el pago de una contraprestación, el autor se compromete a otorgar su disposición de ultima voluntad en favor de determinada persona.

<sup>4</sup> *De las Sucesiones*, Porrúa, México, 2001, p. 130.

sa o tácita, la primera es haciendo uno nuevo, donde el autor manifieste su deseo de dejar insubsistente el anterior, la forma tácita es tan solo haciendo uno con posterioridad, en virtud de la regla general contenida en el artículo 1494 del Código que dispone, todo testamento posterior perfecto revoca al anterior de pleno derecho. Para que un testamento anterior subsista, ya sea en todo o en parte, el testador debe manifestarlo expresamente, si no dice nada, el testamento anterior quedará revocado de pleno derecho. Esto tiene como consecuencia indirecta que todo aquello que no quede incluido en el último testamento se rige por las reglas de la sucesión legítima, aun cuando ya se hubiera dispuesto de dichos bienes en un testamento anterior, si el autor no hace mención alguna en el posterior. El código previene que el testamento anterior solo recobrará su fuerza si el testador manifiesta expresamente su voluntad de que éste subsista, ya sea en todo o en parte (artículo 1496). La doctrina también reconoce otra forma de revocación, la llamada revocación material, ésta consiste en la destrucción física del documento que contiene la última voluntad, ésta no aplica para todos los tipos de testamento, mucho menos para el público abierto, donde la destrucción física del documento, es decir, de la escritura que lo contiene, resulta intrascendente, porque al otorgarse ante notario, siempre consta en el protocolo, donde se conserva y puede reproducirse.

- *Es definitivo.* Si bien es cierto que es revocable y ni siquiera se puede renunciar a ese derecho, el propósito de todo testador siempre es definitivo, porque nadie sabe con precisión cuando, ni en qué circunstancias habrá de morir, por ello, el propósito de todo testador es que se cumpla su voluntad, mientras ésta no sea revocada, para modificarla o revocarla siempre debe cumplirse estrictamente y de nueva cuenta con todos los requisitos de otorgarlo de nuevo, por ello, es definitivo aunque se modifiquen las circunstancias, para eso existe la revocación, si cambian las circunstancias se puede hacer uno nuevo, por ejemplo: al hacer testamento era joven, soltero, no tenía hijos, tenía pocos bienes, ahora es adulto mayor, casado, ya tiene hijos, ha adquirido muchos bienes, cambiaron las circunstancias, también la voluntad, se puede hacer uno nuevo.
- *Como acto jurídico es completo desde su otorgamiento.* Esto significa que el acto jurídico no se perfecciona con la muerte del autor, ésta solo es un presupuesto para que se produzcan los efectos, pero el acto jurídico desde el momento en que se otorga es completo, tan es así, que para poder revocarlo deberán cumplirse las mismas solemnidades de otorgarlo de nuevo, por ello es definitivo, de otro modo sería absurdo que fuera revocable algo inexistente. Esta es la regla general, excepcionalmente algunos testamentos especiales tienen una vigencia

de un mes, y si no fallece el testador en las circunstancias que le autorizan recurrir a ese tipo de testamento y durante ese tiempo, queda sin efectos.

- *Es un acto libre y consciente.* La manifestación de voluntad debe ser expresada libremente, podemos decir libérrima, es decir, sin ninguna influencia y sin ningún tipo de coacción. Con el objeto de garantizar que efectivamente la voluntad del testador sea libre y consciente y no viciada, el legislador ha tomado todo tipo de medidas, lo que no ocurre para otros actos jurídicos, a tal extremo que hasta previene medidas especiales que tienen por objeto asegurar que a nadie se le impida testar, a efecto de que todas las personas que quieran, puedan hacer uso del ejercicio de este derecho, el Código dispone lo siguiente artículo 1488.

El juez que tuviere noticia de que alguno impide a otro testar, se presentará sin demora en la casa del segundo para asegurar el ejercicio de su derecho, y levantará acta en que haga constar el hecho que ha motivado su presencia, la persona o personas que causen la violencia y los medios que al efecto hayan empleado o intentado emplear, y si la persona cuya libertad ampara hace uso de su derecho.

También se previene la nulidad para el caso de que se otorgue un testamento bajo la influencia de amenazas, violencia física o moral, no solo contra su persona o sus bienes, también contra la persona o bienes de su cónyuge, o de sus parientes, la voluntad del testador siempre debe ser libre y consciente (artículo 1485).

- *No se permite ratificar o modificar un testamento una vez otorgado.* Una vez hecho el testamento no es posible ratificarlo ni modificarlo, más que cumpliendo con las mismas solemnidades de otorgarlo de nuevo. Esto significa que si cambian las circunstancias, por ejemplo en caso de haber sido influido el testador por violencia, miedo u otra causa de nulidad, una vez que haya cesado ésta, deberá otorgarse uno nuevo, donde se cumpla estrictamente con todas las formalidades, de lo contrario será nula la revalidación, así lo previene el código (artículo 1486).
- *Debe ser otorgado por una persona capaz.* La capacidad debe analizarse desde dos puntos de vista, en primer lugar lo relativo a la capacidad de testar, a este respecto el legislador contempla como regla general que cualquier persona puede disponer de sus bienes por herencia, con la sola excepción de aquellos a quienes la ley se lo prohíbe expresamente (artículo 1305). El segundo aspecto relacionado con la capacidad tiene que ver con la capacidad de ejercicio, a este respecto la regla general es que cualquier persona en condiciones normales al cumplir los dieciocho años adquiere la capacidad de ejercicio, con ello puede disponer libremente de su persona, de sus bienes, contraer

obligaciones, realizar actos jurídicos y obligarse por sí mismo, es a ésta edad cuando el legislador considera que una persona ya tiene la madurez y experiencia necesarias para comprender los alcances de sus actos y asumir las consecuencias de contraer una obligación, este mínimo de edad exigido por la ley tiene por objeto proteger los intereses de los menores, pero también el legislador está interesado en que el mayor número de personas haga su testamento, por ello se admite que el menor de dieciocho años pueda testar, a condición de que sea mayor de dieciséis años y el testamento no sea ológrafo. Por otra parte, están incapacitados para testar porque la ley se los prohíbe expresamente, todos aquellos que no disfrutan de su cabal juicio, ya sea de manera habitual o accidental. Para juzgar respecto a la capacidad del testador debe atenderse exclusivamente al momento del otorgamiento y no al momento de la muerte, en virtud de que la situación de una persona cambia de un momento a otro. El testamento otorgado por un incapaz es nulo y no se convalida aunque posteriormente cese la incapacidad, ejemplo: un menor de dieciséis años hace testamento, es nulo aunque muera siendo mayor de edad, no está expresamente privado de la capacidad de testar el ebrio consuetudinario, pero al momento de hacerlo deberá estar sobrio, en su sano juicio y libre de toda coacción, tampoco es incapaz aquella persona que padezca solamente una debilidad visual o auditiva, el que no sabe o no puede firmar, el ciego, el sordo que sepa leer, el sordomudo que pueda escribir, pero todos estos deberán sujetarse a las formas especiales previstas para estos casos, el sordomudo que no sabe leer ni escribir no puede testar, en virtud de que le resulta imposible cumplir con la forma. Según Rafael De Pina la capacidad de testar no puede ser suprimida, ni siquiera por sentencia civil o penal.

- *La voluntad debe ser libre.* Esto significa que no debe existir ninguna causa que influya en la voluntad del testador, tales como error, dolo o fraude, es nulo el testamento captado por dolo o fraude. Para garantizar que la voluntad del testador sea libre, la ley previene incapacidades para heredar derivadas de la sola presunción de un influjo contrario a la libertad del testador, en aquellos casos en que el heredero instituido por un menor es su tutor o curador, cuando se trata del médico que atendió al testador en su última enfermedad, lo que se hace extensivo a su cónyuge, a sus ascendientes, descendientes o hermanos del facultativo, si durante esa enfermedad se hizo el testamento, excepto cuando estos también sean herederos legítimos, pues en este caso de todas maneras tendrían derecho a heredar, en el mismo caso se encuentran el notario que autoriza el testamento, los testigos que intervienen y sus parientes.
- *Es un acto esencialmente de disposición.* La función práctica más importante del testamento es disponer, en todo o en parte del patrimonio

nio, con ello el testador se contrapone a las reglas de la sucesión legítima, permite que sean llamados a sucederle personas que no tendrían ningún derecho en la sucesión intestada, o aunque lo tengan, que pasen en una medida diversa al orden de prelación previsto para estos herederos.

- *Es esencialmente patrimonial.* El contenido típico del testamento es de disposición del patrimonio, pero también es un medio de llevar algunas disposiciones de última voluntad de índole no patrimonial, que no por ello le restan validez, como el reconocimiento de un hijo, la designación de un tutor y curador, el perdón de una ofensa, disposiciones “pro anima”, el reconocimiento de una deuda, la constitución de una fundación o un fideicomiso, la disposición del cadáver, de órganos o tejidos, hasta recomendaciones de tipo moral o religioso, contenido atípico.
- *Es un acto solemne.* Es indispensable que se observen de manera estricta todas las formalidades exigidas por la ley; es inexistente si se otorga en contravención a las formas que establece la ley.
- *Efecto mortis causa.* Toda disposición testamentaria surte sus efectos hasta la muerte del testador, es un presupuesto indispensable, antes de que esto ocurra, el testamento es completo en sus elementos de existencia, pero para terceros es tan solo un proyecto, no es ni siquiera una expectativa de derecho, porque el testador en todo tiempo goza de libertad para revocarlo o modificarlo, por eso la ley previene, son nulos todos los contratos que tengan por objeto la venta de la herencia de una persona viva.

### III. CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO

#### A. FORMA SOLEMNE

La palabra forma tiene diversas acepciones, algunas veces puede ser el continente del acto, en tanto que el acto jurídico mismo es el contenido, en estos casos la forma es algo secundario, como el vaso respecto al agua, el vaso es el continente, puede ser de vidrio, de plástico, de papel, el material es secundario, lo importante para satisfacer la sed, es el agua, no el recipiente; En algunos actos jurídicos considerados por la ley especialmente importantes, como el matrimonio y el testamento, la forma es algo inseparable e inherente al acto, estos son los actos jurídicos solemnes, para este tipo de actos no es suficiente la exteriorización de la voluntad en las formas comunes, la ley exige que ésta se exteriorice mediante una forma especial, generalmente presidida por personas revestidas de ciertos atributos indispensables, en el caso del matrimonio es el juez del Registro Civil, en el testamento público abierto es el notario, si no se cumple con la forma, la consecuencia es

la inexistencia. La forma en otros casos también se considera únicamente como un medio de prueba.

#### B. FORMA NOTARIAL

El testamento público abierto es un acto jurídico solemne y de forma notarial, la declaración de voluntad del testador se emite íntegramente ante notario, por ello, además de las disposiciones relativas del Código Civil, le es aplicable la ley adjetiva que regula la función notarial, en virtud de que el notario debe cumplir estrictamente con todos los requisitos que deben llenar los instrumentos notariales, apegándose al Código Civil y a la Ley del Notariado, por ello hacemos referencia de ambos cuerpos normativos.

#### C. IMPORTANCIA DE LA FORMA

Tomando las palabras de —Pérez Fernández del Castillo— La materia es el objeto de la voluntad interna del sujeto; la forma, su expresión, su manifestación por medio de signos verbales, escritos o por la realización u omisión de cualquier conducta. Esto significa que no hay acto jurídico ni contrato que no tenga forma, pues ésta constituye un elemento de existencia de la voluntad.<sup>5</sup>

En la sucesión mortis causa de que serviría la voluntad de una persona para dejarle a su muerte sus bienes a su sirviente si nunca lo exterioriza de alguna forma, si nunca dice nada, la voluntad no exteriorizada no produce ningún efecto, se queda en el interior de la persona.

El legislador es quien determina obligatoriamente como debe ser la forma para que la exteriorización de la voluntad sea apta para producir los efectos jurídicos deseados, como el testamento público abierto es un acto jurídico solemne, si no se cumple estrictamente con la forma es inexistente, por ejemplo, la persona exterioriza su voluntad mediante una forma inadecuada, una declaración ante testigos o ante un juez, mediante memorias, codicilos o comunicados secretos, al no cumplirse con la forma esa manifestación de voluntad es inexistente, aunque se tenga toda certeza de ella no produce efecto legal alguno.

#### D. ORDINARIO

Es ordinario en oposición a los testamentos especiales, en virtud de que a diferencia de aquellos, en éste no se requiere de la concurrencia de ninguna circunstancia especial que justifique su otorgamiento, lo puede hacer cualquier persona, en cualquier momento, la función notarial se puede ejer-

<sup>5</sup> *Derecho Notarial*, Porrúa, México, p. 65.  
DR © Universidad Nacional Autónoma de México;  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

cer cualquier día, sea hábil o inhábil, y a cualquier hora, aun cuando la oficina del notario se encuentre cerrada por estar fuera del horario de labores.

#### E. ES PÚBLICO

Quien lo autoriza es una persona investida de fe pública, un notario, la manifestación de voluntad se hace constar en una escritura y se asienta en el protocolo de éste.

#### F. ABIERTO

A diferencia del testamento público cerrado su contenido no se encuentra oculto, sino que está siempre visible en el protocolo del notario, por ello no es precisamente un secreto como en el público cerrado, donde por lo general únicamente el testador conoce su contenido, en éste, el contenido es conocido, cuando menos por el notario que interviene y en su caso por los testigos, el notario tiene obligación de reserva, no así los testigos, pero en nada afecta para su validez que cualquier persona conozca el contenido.

#### G. OBJETO E IMPORTANCIA DE LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO

El otorgamiento ante notario nos impone la necesidad de hacer las siguientes reflexiones acerca de la actividad notarial, quien es el notario, cual es su función, el objeto, la importancia y justificación de su intervención.

#### H. NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL

La Actividad notarial es un servicio público regulado por el estado, que se realiza personalmente por medio de particulares, mediante una concesión. El notario es un profesional del derecho investido de fe pública y un auxiliar de la administración de justicia, no es un funcionario público, sino un profesionista que trabaja en forma independiente para satisfacer una necesidad pública de interés social, consistente en recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante el acuden, a efecto de conferir autenticidad, certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos jurídicos que se pasan ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría, mismos que autoriza, asienta y conserva en el protocolo a su cargo, reproduce y da fe de ellos (artículo 42 L.N.).

El notario tiene entre otras, la obligación de actuar en forma personal, la Ley del Notariado en su artículo 26 dispone que el notario debe de actuar personalmente, es un cargo personalísimo, por tanto no se admite la posibilidad de que otra persona actué en su nombre o representación, también su

actuación siempre debe de ser imparcial, así lo dispone la misma ley, su intervención nunca es de oficio, sino a rogación de parte interesada, tiene como finalidad dar certeza jurídica, esto es, que se reconozca como cierto lo que éste asiente en las actas o escrituras que redacte, salvo prueba en contrario, esto es la función autenticadora.

Señala el mismo autor “la actividad del notario consiste en escuchar, interpretar, aconsejar a las partes, preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento”,<sup>6</sup> aplicando estas ideas al otorgamiento del testamento público abierto, ésta actividad consiste en lo siguiente:

*a) Escuchar.* El notario debe atender y oír con atención a quien acude a él para hacer su testamento, conforme al artículo 12 de la misma ley “Toda persona tiene Derecho, en términos de ley, al servicio profesional del Notario, el notario está obligado a prestar sus servicios, [...].” El notario no puede negarle sus servicios a ninguna persona, salvo cuando exista algún impedimento legal para realizar el documento solicitado, una excusa, que el solicitante no le aporte los elementos necesarios para preparar el instrumento o no le anticipé los gastos y honorarios. Para el notario la prestación del servicio es obligatoria por ser un servicio público, en cambio para la población la ley reconoce el principio de libertad de elección, ésta consiste en que la persona es libre de acudir al notario de su elección.

*b) Interpretar.* Esto consiste en traducir correctamente la voluntad del testador, pero no en cuanto a idioma se refiere, sino a efecto de identificar con precisión el propósito del solicitante y satisfacer su disposición de última voluntad de la manera más adecuada, siempre dentro del marco normativo, para ello, éste debe poner a disposición del testador todos sus conocimientos, habilidades y experiencia como perito en derecho.

*c) Aconsejar.* La intervención del notario no es pasiva, no se trata únicamente de dar fe de lo que vio u oyó, debe de ser activa, por ello debe instruir al solicitante como si fuera su maestro, porque no se trata de una fe de hechos. El notario debe asesorar jurídicamente al testador, con profesionalismo, ética, imparcialidad, eficiencia y apego a derecho, haciéndole saber las diferentes alternativas que existen para expresar su última voluntad, las ventajas y desventajas que se derivan de una y otra, de orden práctico, económico y hasta fiscal, adecuarlas a sus necesidades.

*d) Preparar.* El notario debe preparar cuidadosamente el instrumento, para tal efecto puede solicitar al interesado toda la documentación que sea necesaria para redactar adecuadamente la escritura, por ejemplo, si pretende testar para disponer de un inmueble y no determina claramente su ubicación, entonces deberá solicitarle toda la documentación necesaria para su identificación, con el objeto de evitar confusiones o ineficacias, porque su intervención es para dar certeza no para generar incertidumbre.

<sup>6</sup> Derecho, op. cit., p. 162.

*e) Redactar.* El testador expresa su voluntad en un lenguaje común, el notario debe expresar por escrito esa misma voluntad pero con palabras de sabor técnico, de manera clara, sencilla y precisa, moldeando cuidadosamente la voluntad a efecto de darle la forma adecuada, la forma notarial, siguiendo el orden previsto por la Ley del Notariado, está obligado a redactar correctamente, por eso es un profesional del derecho que ha sido investido por el estado de fe pública, para poder ejercer su actividad ha cumplido múltiples requisitos, exámenes, un concurso de oposición, ha otorgado una fianza que debe renovar anualmente para garantizar su buen desempeño, está obligado a conducirse siempre con ética, profesionalismo e imparcialidad, en caso contrario incurre en responsabilidad.

*f) Certificar.* El notario como fedatario habrá de formular un juicio de certeza, señala Pérez Fernández del Castillo.

En la certificación el notario da fe adecuando la función notarial al caso particular. Es la parte donde manifiesta el contenido de su fe pública, que es: fe de existencia de los documentos relacionados en la escritura; fe de conocimiento; fe de lectura y explicación del instrumento; fe de capacidad de los otorgantes y finalmente, fe de otorgamiento de la voluntad.<sup>7</sup>

*g) Autorizar.* Sigue diciendo el mismo autor “La autorización de la escritura es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico, quien ejerce sus facultades como fedatario público da eficacia jurídica al acto de que se trate, permite, en el caso de un hecho, que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena”.<sup>8</sup>

*h) Reproducir.* La actividad notarial siempre es documental, nunca es verbal, el artículo 78 de la Ley del Notariado previene la obligación a cargo del notario de asentar por escrito en el protocolo a su cargo, todo acto jurídico en el que intervenga, no podrá autorizar acto alguno sin hacerlo constar. El protocolo es el conjunto de libros formados por folios enumerados y sellados en los que el notario, observando las formalidades que establece la ley, asienta y autoriza las escrituras. El protocolo es del Estado, el notario tiene la obligación de conservarlo, después es depositado en el Archivo General de Notarías, lugar donde se conserva y puede ser consultado por cualquier persona que acredite tener interés, por ello siempre existe una matriz, lo que permite su reproducción, la reproducción no significa que ahora sean varios los actos jurídicos, es el mismo, pero se pueden expedir copias certificadas que tienen el mismo valor probatorio que el original, con todo esto se proporciona seguridad jurídica a la sociedad, no es solo una actividad examinadora, también permite la conservación y reproducción del instrumento.

<sup>7</sup> Derecho, op. cit., p. 163.

<sup>8</sup> Derecho, op. cit., p. 164.

#### IV. IMPORTANCIA DE LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO

Es indispensable para que se reconozca como algo cierto la expresión de ultima voluntad de su autor, de otro modo nadie tendría la certeza del otorgamiento, de la capacidad del otorgante, ni del contenido de las cláusulas, tan solo por no haber estado presente. También sirve para darle seriedad al acto, esto se logra mediante la obligación de asesorar y explicar al otorgante del contenido y las consecuencias legales del acto que ante él se celebra, evitando que la decisión del testador sea precipitada o motivo de un arrebato, que no sea un mero proyecto, sino una decisión meditada y razonada, que la voluntad se exteriorice con la mayor claridad posible, evitando impugnaciones, nulidades y litigios, la ley responsabiliza al notario en relación a la identidad del testador y su capacidad, así como la de los comparecientes, ya sean testigos o intérpretes, también sirve para garantizar que se cumplieron todas y cada una de las formalidades y la certeza del contenido.

#### V. OBLIGACIONES DEL NOTARIO

Como fedatario público tiene diversas obligaciones, entre otras muchas la de prestar sus servicios y actuar de manera personal, a rogación de parte interesada, nunca de oficio, dar los avisos que correspondan, guardar reserva, orientar y explicar a las partes, en ciertos casos, como cuando ante él se tramita una sucesión, solicitar información al Archivo General de Notarías y al Archivo Judicial, sobre si el de *cujus* otorgó o no testamento, en otros casos informar, como cuando ante él se otorga un testamento donde existen cláusulas irrevocables. Frente a los prestatarios del servicio, atenderlos personalmente, informarlos, orientarlos y asesorarlos con profesionalismo, ética e imparcialidad.

#### VI. PROHIBICIONES

Los artículos 78 y 45 de la Ley del Notariado contemplan entre otras muchas la de actuar fuera del protocolo, sin rogación de parte interesada, actuar en asuntos que tenga interés, disposición a su favor, actuar sin rogación de parte, dar fe de manera no objetiva o parcial, fuera del Distrito Federal.

#### VII. SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO

En el testamento público abierto son: la expresión de la voluntad del testador de un modo claro y terminante, libre de toda coacción; la redacción en el protocolo; debe contener los datos del testador, lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento; lectura en voz alta; llevarse a cabo todo en un solo

acto y sin interrupciones; debe ser firmado por el testador, por el notario y en su caso por los testigos, el notario debe además estampar su sello de autorizar. En caso de que falte alguna de estas solemnidades, el testamento queda sin efecto y el notario será objeto de las sanciones correspondientes previstas en la Ley del Notariado.

### **VIII. EXPRESIÓN DE VOLUNTAD DE MANERA CLARA Y TERMINANTE**

El testador dicta, el notario redacta, éste puede hacerlo en forma manual o por medios mecánicos, el notario está obligado a actuar en forma personal, es un cargo personalísimo, por ello no se admite la posibilidad de que otra persona actué en su nombre o representación, esto no significa que éste no pueda auxiliarse de un amanuense, lo cual consideramos que no le resta validez, por no ser ello un elemento esencial del acto, siempre y cuando el notario esté presente en todo momento e intervenga personalmente en la redacción, el testamento debe ser otorgado bajo su más estricta vigilancia y dirección, porque ése es precisamente el objeto de su intervención, algunos autores consideran que es nuncupativo, considerando que “la declaración de voluntad se hace oralmente”,<sup>9</sup> otros opinan lo contrario, “el testador puede expresar en cualquier caso su voluntad por escrito”.<sup>10</sup>

La expresión de voluntad debe ser clara y terminante, el código previene que nunca debe ser a través de monosílabos o señales, ni como respuesta a preguntas, en caso contrario el testamento será nulo (artículo 1489).

Esto no significa que el notario no pueda hacerle ninguna pregunta al testador, pero sólo son admisibles aquellas que no tengan por objeto influir en la voluntad del testador, afirma Messineo,

las preguntas eventualmente dirigidas por el notario al testador, no deben ser tales que puedan sugerir su voluntad: son admitidas siempre que se dirijan a obtener aclaraciones sobre las intenciones del mismo; y se admiten advertencias dirigidas a informar al testador sobre puntos de derecho, cuya ignorancia puede inducirlo a incurrir en invalidez de las disposiciones testamentarias.<sup>11</sup>

### **IX. LA NECESIDAD DE EXPRESIÓN VERBAL DE LA VOLUNTAD**

El código no señala expresamente que la manifestación de la voluntad deba ser verbal, solo que debe ser clara y terminante, por ello si el testador manifiesta previamente su voluntad al notario, ya sea de manera verbal o por escrito, a efecto de que éste pueda redactar el instrumento en forma cui-

<sup>9</sup> DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, Porrúa, México, 2008, p. 708.

<sup>10</sup> ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *Sucesiones*, McGraw Hill, México, p. 58.

<sup>11</sup> MESSINEO, Francesco, *Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa América, Argentina, 1979, p. 92.

dadora, puede darse el caso que al presentarse el testador ante el notario, el instrumento ya se encuentre redactado fuera de su presencia, para este caso hacemos propias las palabras de Messineo:

Esto no quita que, en vista de la disposición de la ley, para la validez del testamento sea necesario que el testador declare de nuevo y oralmente la propia voluntad al notario, en presencia de los testigos y antes de que se dé lectura del testamento; no basta la simple lectura de éste o la declaración del testador, según la cual él aprueba el texto escrito, en cuanto le es ya conocido.<sup>12</sup>

En ningún caso puede considerarse como testamento un simple escrito presentado y redactado por el propio interesado en papel común, aunque sea firmado y ratificado ante la presencia del notario.

## X. IMPOSIBILIDAD DE ACLARAR O MODIFICAR EL TEXTO CON POSTERIORIDAD

La disposición de última voluntad solo va a surtir efectos con posterioridad al fallecimiento de su autor, por ello, en ningún caso podrá ser ratificada, aclarada o modificada con posterioridad, cualquier modificación o aclaración, deberá hacerse en el momento mismo del otorgamiento, de no hacerse en ese momento, no podrá hacerse después más que otorgando un nuevo testamento, donde se cumplan estrictamente y de nueva cuenta todas las formalidades. Conforme a la Ley del Notariado, la redacción debe hacerse en español, la letra debe ser clara e indeleble, no se admiten raspaduras o enmendaduras, para testar una palabra deberá cruzarse con una línea que la deje legible, salvo que la ley ordene la ilegibilidad, o bien entrerrenglonarse lo corregido. Lo testado debe salvarse con una inserción al final de la escritura, con indicación de que lo primero no vale y lo segundo sí vale.

## XI. LA REDACCIÓN EN EL PROTOCOLO DEL NOTARIO

El artículo 78 de la Ley del Notariado claramente previene la obligación a cargo del notario de asentar por escrito, en el protocolo a su cargo, todo acto jurídico en el que intervenga, no podrá autorizar acto alguno sin hacerlo constar en el protocolo.

## XII. LA LECTURA EN VOZ ALTA

Una vez concluida la redacción, el notario deberá leer en voz alta el texto para que el testador manifieste su conformidad, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia puede omitirse la lectura.

### XIII. CONTEXTUAL, EN UN SOLO ACTO Y SIN INTERRUPCIONES

Todo lo anterior debe hacerse en un solo acto y sin interrupciones, resulta inadmisible que el testador al mismo tiempo realice otros actos jurídicos, por ejemplo una compraventa en la sala contigua. La exigencia de que se lleve a cabo en un solo acto significa que debe ser contextual, señala Messineo— *La razón de ello es que —de otro modo— podría darse lugar a un testamento respecto de cuyo contenido, la voluntad del testador se haya modificado con el transcurso del tiempo, la contextualidad excluye, por consiguiente la posibilidad de arrepentimiento.*<sup>13</sup>

### XIV. FIRMA Y SELLO DE AUTORIZAR

Deberá firmar el instrumento el testador manifestando su conformidad, también el notario quien deberá además plasmar su sello de autorizar como expresión de la voluntad estatal, señala Pérez Fernández del Castillo. “Con el sello se autorizan los documentos públicos y toda documentación relacionada con su actuación. Es el instrumento que el notario emplea para ejercer su facultad fedataria. Permite o impide la actividad notarial, pues es el símbolo de la fe pública del Estado. La falta de él produce la nulidad del instrumento”.<sup>14</sup>

### XV. OTROS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL OTORGAMIENTO

#### A. INSTITUCIÓN DE HEREDEROS O LEGATARIOS

Para que la institución de herederos o legatarios sea válida debe señalarse de preferencia por su nombre y apellido, en caso de haber varias personas que respondan al mismo nombre y apellido, entonces deberá agregarse otros nombres, datos o circunstancias que permitan distinguir al que se quiere nombrar, para evitar que resulte imposible determinar su identidad, porque ello ocasionaría la nulidad o ineficacia de la institución, dando lugar a la sucesión legítima, conforme al artículo 1387 del código. *Aunque se haya omitido el nombre del heredero, si el testador lo designare de otro modo que no pueda dudarse quien sea, valdrá la institución.*

El error en el nombre o apellido por si solo no vicia la institución, siempre y cuando de algún otro modo se pueda saber con certeza cuál es la persona nombrada, en caso de existir varias personas que respondan al mismo nombre y por las circunstancias no se pueda determinar quién es el heredero

<sup>13</sup> Derecho, op. cit., p. 91.

<sup>14</sup> Derecho Notarial, op. cit., p. 111.

o legatario señalado, ninguno será heredero, provocando la ineficacia de la institución, en virtud de que toda disposición en favor de persona incierta es nula.

### B. LA FUNCIÓN E IMPORTANCIA DE LOS TESTIGOS

Los testigos junto con el notario son autorizantes, su función es ver y oír, por lo tanto, en caso de ser requeridos, ya sea por el notario o por el testador, es indispensable su presencia al momento del otorgamiento, “la falta de un testigo produce la inexistencia del acto”,<sup>15</sup> ninguna otra persona puede actuar en su nombre o representación, es inadmisible que tan solo firmen el instrumento sin enterarse e imponerse del acto, deben ser capaces, estar atentos en todo momento, desde que se identifica el testador para poder cerciorarse de que se trata de la misma persona, de su capacidad y de su libertad moral, luego deben escuchar con atención todas y cada una de las instrucciones que el testador le va dictando al notario, verificar su procedencia, deben cerciorarse de que el autor vaya dando las instrucciones de manera clara y terminante, no como una respuesta a preguntas que se le formulen, mucho menos en forma de monosílabos, para ello deben encontrarse en tal relación con el testador y con el notario, que cuando se de lectura en voz alta al testamento por parte de éste, estén en aptitud de cerciorarse de que las cláusulas asentadas y leídas por el fedatario, corresponden fielmente a las instrucciones dictadas por el testador, también deben certificarse de que durante todo el acto el testador conservo su cabal juicio y su libertad moral, que se llevo a cabo todo en un solo acto y sin interrupciones, en todo caso deben imponerse del resto, para dar o rehusar su conformidad. Junto con el notario coautorizan el instrumento. “Único caso en nuestra legislación, con el testamento público cerrado, en el que el notario, a pesar de su fe pública, necesitaba de otros para que el acto quede autenticado”.<sup>16</sup>

### C. LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES Y LOS TESTIGOS DE IDENTIDAD

Es preciso distinguir entre testigos instrumentales y testigos de identidad, los primeros son aquellos ante quienes el testador en forma solemne otorga su testamento, tienen por objeto presenciar el acto donde el otorgante dispone de sus bienes y derechos, instituye herederos o legatarios, nombra albacea y demás, los testigos de conocimiento solo se limitan a manifestar que conocen al testador, que es la misma persona, que no tienen conocimiento ni advierten en él ningún signo de incapacidad y se encuentra libre de coacción, los testigos instrumentales pueden actuar también como testi-

<sup>15</sup> *Derecho Notarial*, op. cit., p. 243.

<sup>16</sup> ARCE Y CERVANTES, José op. cit., p. 124.

gos de conocimiento, es decir, para identificar al testador, así lo dispone el código, artículo 1504.

#### D. LA SUPRESIÓN DE LOS TESTIGOS

Por reforma publicada en el diario Oficial el 6 de enero de 1994 se modificaron los artículos 1511 al 1514 del Código Civil para el Distrito Federal, con lo cual deja de ser un requisito del testamento público abierto su otorgamiento ante tres testigos idóneos, como disponía el texto anterior, actualmente la presencia de los testigos es opcional, solo es necesaria cuando el testador o el notario lo consideren conveniente, y se reduce a dos el número de éstos.

Hay autores que consideran que la presencia de los testigos debería suprimirse definitivamente y para todos los casos, que solo constituyen un estorbo y una desconfianza del legislador hacia el notario, que es suficiente su fe pública, postura que no compartimos, consideramos que si es importante su función y que no son un estorbo, siempre y cuando cumplan con su función, es decir, que no se queden dormidos, porque junto con el notario tienen el carácter de autorizantes, su presencia le da mayor fuerza, seriedad y certeza al acto, también constituyen una mayor garantía para el testador, hasta para el mismo notario cuando éste es quien los solicita, que solo es cuando lo estime conveniente, por ejemplo, el testador es una persona de edad muy avanzada, en este caso robustecen su fe, los testigos son coautorizantes, por tanto deben cerciorarse de que la persona es capaz, que se encuentra libre de toda coacción, que durante todo el acto mantuvo lucidez, que su manifestación de voluntad es clara y terminante y que el texto escrito y leído por el notario coincide con las instrucciones del testador, cuando el que los solicita es el testador también son una garantía, porque él mismo puede llevar a personas de su confianza, entonces junto con el autor verifican que lo asentado por el notario se apegue a su voluntad y demás formalidades, que no quede en manos de un auxiliar, en caso contrario pueden negar su autorización.

#### E. PERSONAS QUE NO PUEDEN SER TESTIGOS INSTRUMENTALES

La regla es que cualquier persona capaz puede ser testigo de un testamento, la excepción es que ciertas personas no pueden serlo, el código las enumera expresamente en las siete fracciones del artículo 1502.

I. *Los amanuenses del notario que lo autorice.* Resulta obvia esta prohibición por la relación laboral de subordinación que guardan con el fedatario sus escribientes, aun cuando el texto legal no lo señala, la prudencia aconseja que esta prohibición sea extensiva para todos sus empleados.

II. *Los menores de dieciséis años.* El legislador permite testar a los menores de dieciocho años, siempre y cuando sean mayores de dieciséis y el testamento no sea ológrafo, ésta es una excepción a la capacidad de ejercicio, que se justifica por el propósito del legislador de que el mayor número de personas haga su testamento, además, debe considerarse que si un menor hace testamento no se puede causar ningún perjuicio patrimonial derivado de su inexperiencia, en virtud de que el testamento solo surte efectos hasta su muerte, pero consideramos que no hay una clara justificación para admitir que intervenga como testigo un menor de edad.

III. *Los que no estén en su sano juicio.* El testigo es junto con el notario un autorizante, por tanto debe estar en su sano juicio para cumplir su función, para juzgar respecto a la capacidad del testigo debe atenderse al momento del otorgamiento, ni antes, ni después, comprende no solo a los interdictos, sino a cualquier incapacidad, así sea transitoria, por ejemplo, no es un interdicto el testigo, pero acude en estado de ebriedad.

IV. Esta fracción actualmente se encuentra derogada, el antiguo texto se refería a los sordos o mudos. Tenía plena justificación, en virtud de que es absurdo que un testigo sea sordo o mudo, en virtud de que en esa condición no le va a ser posible identificar al testador, que sea la misma persona, encontrarse en una relación tal que pueda oír y ver todo lo que dice y hace el testador; difficilmente podrá asegurarse de la procedencia de su disposición; tampoco podrá certificarse de que durante todo el acto conserve cabal juicio y este libre de toda coacción, tampoco en igual relación podrá estar respecto al notario mientras lee el acta, como va a saber si han sido transcritas fielmente todas y cada una de las disposiciones, e imponerse del resto del acto para dar o rehusar su conformidad.

V. *Los que no entiendan el idioma que habla el testador.* Esta prohibición es muy clara, no puede ser testigo alguien que no entiende el idioma del testador, para este supuesto el artículo 1503 previene. *Cuando el testador ignore el idioma del país un intérprete nombrado por el propio testador concurrirá al acto y firmará el testamento.*

Consideramos que los testigos no solamente deben conocer el idioma del testador, también el español.

VI. *Los herederos o legatarios, sus descendientes, cónyuge o hermanos.* El concurso de una de estas personas sólo tiene como efecto la nulidad de la disposición testamentaria donde se beneficie a dicho testigo o a sus mencionados parientes, pero no produce la nulidad de todo el testamento, es de señalar que no se hace mención alguna para el caso de que el testigo sea precisamente el concubino del testador.

VII. *Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.* Es perfectamente lógico que alguien que ha sido previamente condenado por el delito de falsedad no pueda ser testigo, existe un antecedente que le resta credibilidad, sin embargo el notario difícilmente puede tener conocimiento de dicha circunstancia, no tiene forma de saberlo, por tanto, solo incurre en responsabilidad si a pesar de tener conocimiento autoriza el testamento.

#### F. LA INTERVENCIÓN DE TESTIGOS CON CAPACIDADES DIFERENTES

Por reformas de fecha 4 de diciembre de 2008 se adicionó un último párrafo al artículo que venimos comentando, absurdamente permite ser testigos a personas con capacidades diferentes relativas a ceguera total o parcial, sordera, mudez, incluso ambas, siempre y cuando concurran con un intérprete pagado por el propio testador, lo cual nos parece fuera de toda lógica, en virtud de que en este caso, al testigo no le va a ser posible identificar al testador, que sea la misma persona, encontrarse en una relación tal que pueda oír y ver todo lo que dice y hace; asegurarse de la procedencia de su disposición; tampoco podrá certificarse de que durante todo el acto este conserve cabal juicio y se encuentre libre de toda coacción, tampoco con respecto al notario mientras lee el acta, como va a saber si han sido transcritas todas y cada una de las disposiciones testamentarias e imponerse del resto del acto para darle o rehusarle su conformidad. Aunque concorra con un intérprete, es un testigo atípico, pues no vio ni oyó nada.

En virtud de que el legislador está interesado en que el mayor número de personas haga su testamento, en ciertos casos considerados especiales, admite la posibilidad de que ciertas personas que no pueden cumplir con todos los requisitos legales puedan testar, estos casos están consignados en los artículos 1514, 1515, y 1517 del Código Civil, a ellos habré de referirme en seguida.

### XVI. CASOS ESPECIALES

#### A. CUANDO EL TESTADOR DECLARE QUE NO SABE O NO PUEDE FIRMAR

Entonces uno de los testigos firmará a su ruego y éste solo imprimirá su huella digital. Artículo 1514, puede darse el caso que el testador no sepa firmar, ni siquiera poner su nombre, o bien que su estado de salud se lo impida, entonces se hace indispensable la presencia de testigos, uno de ellos deberá firmar y el testador solo imprimirá su huella digital, se trata de testigos instrumentales, tienen el carácter de autorizantes junto con el notario, por tanto, es indispensable que estén presentes en todo momento, es decir, durante todo el acto y no únicamente para firmar, para estar en aptitud de cumplir con su función, desde luego ser capaces, mantener lucidez, ver y oír todo lo que dice y hace el testador, si se identifica o no, que sea la misma persona, que conserve lucidez durante todo el acto, que se encuentre libre de coacción, que declare en forma espontánea, clara y terminante, que las instrucciones correspondan al texto asentado por el notario, que se lleve a cabo en forma contextual, en un solo acto y sin interrupciones.

## B. CUANDO EL TESTADOR ES ENTERAMENTE SORDO

En este caso de nada sirve que le sea leído el instrumento, pero en ningún caso puede omitirse la lectura, no se previene nada para cuando el testador solo padezca una simple debilidad auditiva, entonces solo será necesario que se le hable más fuerte. El testador debe manifestar igualmente en forma clara y terminante su voluntad, el fedatario siempre está obligado a cerciorarse que el autor conoce el contenido y manifieste su conformidad, si el testador sabe leer, el mismo es quien deberá dar lectura a su propio testamento a fin de que pueda cerciorarse del contenido y expresar su conformidad; lo anterior se complica aún más si la persona no sabe leer, o no puede hacerlo por su estado de salud o edad avanzada, en este caso designa una persona para que lo lea en su nombre, de cualquier manera debe expresar con toda claridad que conoce el contenido y está conforme, nunca debe ser expresada la voluntad a través de monosílabos o señales como respuesta a preguntas. Si el testador no expresa claramente que conoce y está conforme con el contenido, el notario no debe autorizar el testamento, la voluntad debe ser siempre clara y terminante, la ley responsabiliza al notario en relación a la capacidad de testar.

## C. CUANDO EL TESTADOR ES CIEGO, NO PUEDE O NO SABE LEER

Puede darse el caso de que el testador sea ciego, entonces se da lectura dos veces al testamento, una por el notario y otra por un testigo que el testador designa, con el objeto de que se entere de lo que quedó anotado y manifieste de manera clara su conformidad (artículo 1517).

## D. CUANDO EL TESTADOR IGNORA EL IDIOMA NACIONAL

Artículo 1518.—Cuando el testador ignore el idioma del país, si puede, escribirá su testamento, que será traducido al español por el intérprete a que se refiere el artículo 1503. La traducción se transcribirá como testamento en el respectivo protocolo y el original, firmado por el testador, el intérprete y el notario, se archivarán, en el apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto. Si el testador no puede o no sabe escribir, el intérprete escribirá el testamento que dicte aquél y leído y aprobado por el testador se traducirá al español por el intérprete que debe concurrir al acto; hecha la traducción se procederá como dispone el párrafo anterior. Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento al intérprete. Traducido éste, se procederá como dispone el párrafo primero de este artículo. En este caso el intérprete podrá intervenir además, como testigo de conocimiento.

En este supuesto necesariamente deberán concurrir al otorgamiento junto con el notario, un intérprete que es designado por el testador, si el testador puede escribir el mismo lo redactará de su puño y letra, el texto será

traducido al español por el intérprete, la traducción se transcribirá en el protocolo y éste será el testamento. El original, firmado por el testador, el intérprete y el notario, se archiva en el apéndice del notario, a efecto de que siempre pueda verificarse que se haya hecho correctamente la traducción, en este caso no es aplicable la fracción XVII del artículo 102 de la ley del Notariado, que exige que la traducción debe hacerse por un perito reconocido por autoridad competente, suponemos que esto obedece a que el testador es quien elige el intérprete, quien debe ser de su confianza, para mayor seguridad el original queda en el apéndice para cualquier aclaración posterior, por ejemplo; si resulta una controversia derivada de que la traducción no fue la correcta.

#### E. CUANDO EL TESTADOR NO SE PUEDE IDENTIFICAR

El legislador está interesado en que el mayor número de personas haga su testamento, por ello de manera excepcional admite que una persona pueda testar aunque en ese momento no se pueda identificar, pero en este caso el notario deberá hacerlo constar expresamente, señalando las características somáticas del testador, para que posteriormente se haga la identificación, dicho testamento no surtirá efecto alguno mientras no se acredite la identidad del testador. Art. 1505.

#### F. CUANDO EL TESTADOR ES UN DEMENTE EN UN INTERVALO DE LUCIDEZ

Es una regla general en la capacidad de testar el gozar de cabal juicio, los que habitual o accidentalmente no se encuentran en su cabal juicio están incapacitados para testar, sin embargo, como el legislador está interesado en que el mayor número de personas haga su testamento, excepcionalmente permite testar a un demente, siempre que acredite que se encuentra en un intervalo de lucidez, pero para que sea válido deben cumplirse estrictamente los requisitos contenidos en los artículos 1308, 1309, 1310, 1311 y 1312 del Código que exigen los siguiente.

El tutor del interdicto o en su defecto su familia, deberán presentar por escrito una solicitud al juez de lo familiar, éste deberá nombrar dos peritos médicos, de preferencia alienistas para que examinen al testador, el juez tendrá obligación de estar presente al momento de ser examinado el enfermo, es decir, el examen deberá practicarse en su presencia, a efecto de que el juzgador pueda hacerle unas cuantas preguntas considere necesarias para cerciorarse de su capacidad, los peritos emitirán un dictamen para acreditar que efectivamente la persona se encuentra en un intervalo de lucidez, lo cual se hará constar en acta formal, en caso de que el resultado del dictamen sea favorable, deberá hacerse de inmediato el testamento, a efecto de evitar

que el estado mental del testador pueda cambiar, en virtud de que para juzgar sobre la capacidad del testador deberá atenderse al momento de testar.

El testamento tendrá necesariamente que ser público abierto, pero además el notario tendrá que asentar al pie del mismo, una razón expresa de que durante todo el acto el testador conservó lucidez, sin cumplirse este requisito y su constancia el testamento será nulo.

#### **G. CUANDO EL TESTADOR ES MUDO O SORDOMUDO PERO PUEDE LEER Y ESCRIBIR**

En este caso el legislador admite la posibilidad de que presente su testamento al notario por escrito, en presencia de dos testigos, el notario redactará el testamento conforme a la voluntad del testador, hecho lo anterior, será leído en voz alta por el notario para que el otorgante manifieste su conformidad, debiendo firmar la escritura, el testador, el notario y los testigos que intervinieron, art. 1515.

### **XVII. LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL**

Con el sistema de responsabilidad previsto para el notario en nuestra legislación se garantiza plenamente su buen desempeño, en virtud de que en el ejercicio de sus funciones si éste actúa en forma deficiente, morosa, falta de técnica notarial, negligente, parcial, o de mala fe, si se niega a prestar el servicio en forma injustificada, por ser éste un servicio público, y otras causas, puede incurrir en diversos tipos de responsabilidad: civil, penal, administrativa, fiscal, colegial o varias a la vez, y de acuerdo a la gravedad puede hacerse acreedor a diversos tipos de sanciones, que van desde una simple amonestación, multa, suspensión temporal, pérdida de oficio, hasta privativas de la libertad por comisión de delitos relacionados con su actividad.

### **XVIII. EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO**

Conforme al principio *locus regit actum*, los funcionarios del Servicio Exterior Mexicano, cónsules, vicecónsules y en algunos casos los jefes de las Oficinas Consulares, por ministerio de ley realizan funciones notariales en el extranjero, a las que por una ficción legal se consideran como si hubieran sido realizadas por notarios del Distrito Federal, desde luego deben sujetarse a la Ley del Notariado, al Código Civil para el Distrito Federal y a las demás leyes relacionadas, de tal manera que conforme a la Ley del Servicio Exterior Mexicano, puede otorgarse testamento público abierto en el extranjero ante dichos funcionarios, cuando vaya a surtir efectos en México, la fe pública de

éstos es equivalente, pero con la restricción de que únicamente pueden hacerlo dentro de sus oficinas consulares:

Artículo 44.—Corresponde a los Jefes de Oficinas Consulares:

IV. Ejercer funciones notariales en los actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en territorio mexicano, en los términos señalados por el Reglamento. Su fe pública será equivalente en toda la República, a la que tienen los actos de los notarios en el Distrito Federal.

## XIX. REGISTRO DE TESTAMENTOS

En el Archivo General de Notarías del Distrito Federal se encuentra el Registro de Actos de Ultima Voluntad que tiene por objeto asentar las inscripciones de los testamentos, con todos sus datos, nombre del notario, número de notaría, nombre del otorgante, fecha de otorgamiento y demás, es una obligación de los notarios informarle dentro de los cinco días hábiles siguientes a cuando ante su fe se otorgue un testamento. Posteriormente cuando se tramita la sucesión, el juez o el notario, deben solicitar a dicho Archivo información sobre la existencia o inexistencia de testamento otorgado por el de *cujus*, artículos 121, 122 y 123 de la Ley del Notariado.

Existen convenios de coordinación entre la Secretaría de Gobernación y los Estados de la República para el establecimiento del Registro Nacional de Testamentos, de tal manera que cada vez que se solicita al Archivo General de Notarías del Distrito Federal el informe sobre existencia o inexistencia de testamento, éste a su vez se encarga de solicitar la información que devuelve anexa del Registro Nacional de Avisos de Testamento, con el correspondiente positivo o negativo, respecto de alguna disposición testamentaria hecha en alguna entidad federativa, ver artículo 789 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

## XX. CONCLUSIONES

El testamento público abierto es la forma más segura de testar, los otros tipos de testamento son poco prácticos, es por ello que casi no se utilizan, tienen múltiples inconvenientes que se derivan especialmente de una falta de asesoría legal y una deficiente conservación, esto se traduce en mayores impugnaciones y litigios, contrario a ello, el testamento público abierto ofrece las siguientes ventajas.

- Lo puede otorgar cualquier persona, en cualquier circunstancia, aunque no sepa o no pueda leer ni escribir, aunque sea sordo, ciego, mudo o desconozca el idioma castellano.
- Ofrece al testador asesoría de un profesional del derecho, investido de fe pública, que puede actuar cualquier día y a cualquier hora, cer-

tificado y calificado, con lo cual se logra mayor claridad en el contenido y estricto apego a derecho.

- Tiene a su favor todas las garantías derivadas de la intervención notarial.
- Ofrece mayor certeza a la sociedad, en virtud de que siempre se otorga en el protocolo del notario, donde se conserva, tiene una matriz, se puede reproducir y difícilmente puede extraviarse o sufrir alguna alteración.
- Tiene todo el valor probatorio de los documentos públicos.
- Tiene vigencia indefinida, no importa cuanto tiempo haya transcurrido entre la fecha de otorgamiento y la defunción de su autor, hayan o no cambiado las circunstancias.
- La presencia de un fedatario público garantiza la capacidad del autor, la expresión de voluntad libre de toda coacción y el cumplimiento de todas las formalidades.
- Ofrece la mayor garantía para el testador de que se expresará y respetara su voluntad, al responsabilizar al notario con sanciones severas, para el caso de autorizar un testamento sin que se cumplan los requisitos legales.