

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

Limitaciones del otorgamiento de testamento durante la pandemia: Estudio comparado del código civil del estado de jalisco y código civil español

Limitations of the granting a will in a pandemic: a comparative study between the civil code of Jalisco and the civil code of Spain

Antonio Márquez Rosales¹ , Cristina Corona Flores² , Adriana Hernández González² 

¹ Doctor en Derecho, Universidad de Guadalajara, Carretera Ameca-Guadalajara kilómetro 4.5, Ameca, Jalisco, México, Notario Público número 1 en San Martín de Hidalgo, Jalisco.

² Doctora en Educación, Universidad de Guadalajara, Carretera Ameca-Guadalajara kilómetro 4.5, Ameca, Jalisco, México.

Forma de citar: Márquez-Rosales, Antonio; Corona-Flores, Cristina y Hernández-González, Adriana. (2024). "Limitaciones del otorgamiento de testamento durante la pandemia: Estudio comparado del código civil del estado de jalisco y código civil español" *En: Revista CES Derecho*. Vol. 15. No. 1, enero a abril de 2024. pp. 97-113. <https://dx.doi.org/10.21615/cesder.7448>

Resumen

El objetivo es identificar las limitaciones que existen en el Código Civil del Estado de Jalisco, México y en el Código Civil Español para otorgar un testamento durante la pandemia del COVID 19, así como mencionar la alternativa que se llevó a cabo en el Estado de Jalisco en México para el otorgamiento de una persona que dio positivo. Abordado del derecho positivo, con los métodos: analítico, inductivo y comparativo. Basado en un estudio de caso con una técnica de investigación documental. Se concluye que, en tiempos de pandemia se puede otorgar: el testamento privado (México), testamento en caso de epidemia y en peligro inminente de muerte (España), con las dificultades de realizarlo ante testigos; además del conocimiento jurídico que deben de tener para su redacción.

Palabras clave: Testamento privado; testamento en caso de epidemia; testamento en peligro inminente de muerte; Testamento público abierto; COVID 19.

Abstract

The main objective is to detect the limitations that exist in the Civil Code of the State of Jalisco, Mexico, and in the Spanish Civil Code to grant a Will in a pandemic as COVID 19. Additionally, announce the alternative that was implemented in the State of Jalisco in Mexico for the granting of a will for a person that tested positive for COVID 19. Based on a case study with a documentary research technique. It is concluded that, in times of pandemic, the following can be granted: a private will (Mexico), a will in the event of an epidemic and an In imminent danger of death (Spain), with the difficulties of making it before witnesses; in addition to the legal knowledge that is required to have to write them.

Keywords: Private will; will in case of epidemic; will in imminent danger of death; Open Public Will; COVID 19.

Introducción

En relación con la pandemia del SARS-COV-2 muchas personas se contagiaron de este virus, no solo en el Estado de Jalisco, en México, sino en el mundo. En este caso concreto, una persona mayor de edad, de alrededor de los

Fecha correspondencia:

Recibido: 03 de noviembre de 2023.

Revisado: 10 de noviembre de 2023.

Aceptado: 29 de noviembre de 2023.

DOI: 10.21615/cesder.7536

ISSNe: 2145-7719

<https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho>



45 años, que reside en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, México, se infectó del virus. A pesar de que por su edad no se encontraba en un grupo de riesgo él se sintió en estado grave de salud llegando a necesitar respirador artificial. Existiendo la posibilidad de fallecer debido a esta afección, consideró la posibilidad de otorgar su testamento.

La persona llamó a diferentes notarios de la zona metropolitana de Guadalajara, Jalisco, México, solicitándole el otorgamiento de su testamento público abierto a domicilio por no poder asistir a la oficina notarial, los que se excusaron de realizar el servicio notarial por poner su vida en peligro derivado a la posibilidad de contagio. Por ello, la persona llamo a un notario público de su confianza para el otorgamiento de su testamento. Este fedatario está ubicado en una región notarial diferente al domicilio del testador, pero dentro del Estado de Jalisco. El otorgamiento de este acto jurídico es importante para el testador y sus familiares en cualquier momento de su existencia, pero cuando surge una enfermedad que pone en peligro la vida, como este caso, se vuelve un documento necesario.

La investigación se basó en el Código Civil del Estado de Jalisco. Ante la escasa bibliografía referente a la problemática aplicada en México, se analizó el Código Civil Español, así como diversos autores para realizar una comparación entre los diferentes tipos de testamentos que están regulados en estas legislaciones, sus ventajas, desventajas y finalmente concluir el tipo de testamento más apropiado en tiempo de pandemia, como fue el Covid 19.

Por consiguiente, se expone un bosquejo del concepto de testamento. Se analiza desde el punto de vista del derecho positivo los tipos de testamentos, así como su regulación en el Código Civil del Estado de Jalisco y el Código Civil Español; las limitaciones de otorgar lo en las circunstancias que trajo el Covid 19, así como, la solución al caso concreto que se llevó a cabo en la práctica. Por último, se mencionan todos los elementos que debe de contener un testamento privado apegado al Código Civil del Estado de Jalisco para que cualquier persona lo pueda ajustar a sus necesidades y no se vea en la situación de fallecer intestado.

El testamento en general

Por lo que se refiere al testamento es un acto jurídico muy importante para el ser humano, ya que es una disposición de los bienes, derechos y obligaciones que se transmitirán a las personas que él decida; Incluso puede reconocer deudas o de hijos. En el Estado de Jalisco el testador tiene libertad de testar a favor de la persona que él desee, a excepción cuando tiene la obligación de suministrar alimentos, verbigracia que en el caso que se tenga hijos incapaces (mayores o menores de edad), se tiene que nombrarlos herederos, legatarios o en su caso, se podrá imponer a los herederos o legatarios la obligación de suministrar alimentos durante su incapacidad, en caso de no acatar esta disposición, el testamento será inoficioso de acuerdo al artículo 2704 del Código Civil del Estado de Jalisco (CCEJ). En cambio, de conformidad al Código Civil Español (CCE), el testador puede disponer de la totalidad de sus bienes si no tiene herederos forzosos, como lo establece el artículo 763 y, en caso contrario, solo podrá testar de manera libre de una tercera parte de sus bienes, regulado por el artículo 808. Más allá del efecto legal, el testamento es un acto de amor por tomar en cuenta a sus seres queridos.

Williams Alejandro Abdo Arias (2021) refiere que Históricamente el testamento:

(...) “aparece como tal desde la época de Roma, en la ley de las XII Tablas, mediante el cual, se disponía de los bienes para después de la muerte, con lo cual, se impedía que existieran manejos diversos como contratos de traslación de dominio con reservas que conflictuaran después con la voluntad del testador antes de que falleciera”. (p.3)

El testador -es la persona que otorga su disposición testamentaria- puede otorgar uno o más testamentos, pero el posterior revoca al anterior, excepto en los casos que así quede establecido en su nueva disposición testamentaria. Por lo tanto, el testamento válido será el último.

La pregunta obligada es ¿Cuándo tenemos que otorgar testamento?, la respuesta es; en cualquier momento, pero lo más prudente es cuando se esté tranquilo, se tenga claridad sobre quién o quiénes serán los dueños de nuestros bienes cuando fallezcamos y en qué proporción -el testador podrá realizar una lista de los bienes que tiene y decidir si es en partes iguales o desiguales para los herederos, en su caso nombrar legatarios la casa "A" para mi hijo "X", la casa "B" para mi hijo "Y" etcétera. Procurar estar en armonía con nuestros seres queridos, de lo contrario se pueden tomar decisiones equivocadas al calor de emociones momentáneas. Se recomienda no acudir a elaborar su disposición testamentaria "(...) sólo si estoy enfermo acudo al notario, una falsa creencia que puede conllevar múltiples inconvenientes" (Eugenia, 2020, p.288). Ahora bien, si la persona no otorga su testamento, los bienes, derechos y obligaciones se heredarán de conformidad al capítulo de la sucesión legítima contempladas en el Código Civil. Por lo tanto, si no se desea que la ley decida sobre nuestros bienes, derechos y obligaciones, es necesario otorgar testamento.

Sobre la definición del testamento el CCEJ (2014) menciona:

Artículo 2666. (...) "es el acto jurídico, unilateral, personalísimo, libre y solemne por medio del cual una persona física capaz para ello, dispone de sus bienes y derechos; declara o cumple deberes para después de su muerte o realiza reconocimiento de hijo.

El testamento es revocable en cualquier momento, pero esta revocación sólo tendrá efectos en cuanto a la disposición de bienes y derechos". (p.279)

De conformidad al CCEJ (2014) el testamento es: un acto jurídico, por ser un acto voluntario del ser humano; unilateral: ya que no pueden testar dos o más personas, en el mismo testamento; personalísimo: Solo el testador lo puede otorgar; libre: Es un acto voluntario y no deberá ser obligado por un tercero; solemne: Debe de reunir las formalidades que establece la legislación aplicable.

Por su parte el CCE (2020) establece: "Artículo 667. El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento".(p.215). Al respecto el "Artículo 670. El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario"(Petit, 2020, p.216).

Ambos Códigos coinciden que el testamento es un acto personalísimo, por lo tanto, no cabe la posibilidad de que un tercero pueda comparecer a nombre de otra persona para el otorgamiento, por ejemplo, con un poder general o especial, el tutor a nombre del tutorado, el padre a nombre del hijo incapaz.

Tipos de testamentos

En relación a los tipos de testamentos el CCEJ (2014) en su artículo 2829 regula en general dos formas de testamento: "(...) ordinario y extraordinario o especial"(p.291), cabe añadir que el CCEJ (2014) en el artículo 2830 clasifica como testamentos ordinarios al: "(...) público abierto, público cerrado y ológrafo" (p.291), además refiere el CCEJ (2014) en su numeral 2831 a los testamentos extraordinarios o especial al: "(...) privado, Militar y marítimo, Hecho fuera del Estado de Jalisco y hecho en el extranjero"(p. 291).

Por su parte, el CCE (2020) en su artículo 676 menciona que los testamentos "(...) pueden ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado"(p. 215).Es importante resaltar que en el capítulo del testamento abierto está regulado cuando el testador esté en peligro inminente de muerte conforme al artículo 700, y el testamento en caso de epidemia, reglamentado en el artículo 701. Asimismo, menciona en su artículo 677 que los "(...) testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero"(Petit, 2020, p.215). Los dos códigos civiles analizados se establecen testamentos que se llevan a cabo durante la vida cotidiana y en circunstancias especiales.

En cuanto a los tipos de testamentos más adecuados para otorgarse en el Estado de Jalisco, México en tiempos de pandemia como fue con el SARS-CoV-2, mejor conocido como COVID 19, se sugiere el testamento público abierto. En este supuesto el testador tiene que acudir ante notario público, o en su caso éste puede acudir al domicilio del solicitante para el otorgamiento. Otra opción es el testamento privado, con algunos inconvenientes, como se describirá en párrafos posteriores.

Cabe añadir que en el mismo supuesto, para otorgar un testamento de conformidad al CCE los testadores pudieron otorgar su testamento abierto. Ahora bien, aun con las restricciones sanitarias, pudieron otorgar su testamento ológrafo, el testamento en peligro inminente de muerte o el testamento en caso de epidemia, todos ellos con sus ventajas y desventajas, como se referirá más adelante.

Regulación legal de los testamentos

Acerca de los datos que deben de contener todos tipos de testamentos que regula el CCEJ (2014) éstos están establecidos en el artículo 2675: sus datos generales (Nombre, lugar y fecha de nacimiento, estado civil y en el caso de estar casado el nombre del cónyuge, así como el régimen matrimonial, ocupación y domicilio), además se debe de plasmar el nombre de sus padres, de sus hijos, y en el caso de vivir en concubinato manifestar el nombre de su concubina o concubinario, datos que servirán en determinado momento en el juicio sucesorio para acreditar las diferencias entre homónimos.

Testamento público abierto (Estado de Jalisco)

En cuanto al testamento público abierto lo puede otorgar cualquier persona que tenga capacidad, ante un notario público. El testador debe manifestar su voluntad de otorgar este acto jurídico, "(...) de una manera clara, precisa y terminante (...)"(Gobierno del Estado de Jalisco, 2014, p.292), como lo establece el artículo 2841 del CCEJ. Se necesitan testigos en los siguientes supuestos que menciona el artículo 2842 del CCEJ (2014): a).- Si es menor de edad, entre los 16 y hasta antes de cumplir los 18 años. b).- Si no sabe leer o escribir, en muchas ocasiones las personas si saben leer y escribir, pero por su estado de salud no puede leer, no puede escribir, o simplemente no saben. c).- Cuando sean ciegos, sordos o mudos, en el supuesto del testador sea ciego podría nombrar a un perito en sistema braille o podría escribirse en este sistema como lo estipula el artículo 2842 último párrafo del CCEJ. d).- Cuando el notario no conozca al testador o éste no tenga identificación vigente. e).- En el caso que no conozca el idioma español, se podría redactar en el lenguaje del testador, pero es importante resaltar que el notario público también lo debe de conocer. Otra alternativa consiste en que en el mismo instrumento se realicen dos columnas, una con el idioma del testador y otra en español como lo establece el artículo 2833 del CCEJ. Si el testador sabe leer, escribir, poner su nombre completo y, tiene identificación vigente, no es necesario la presencia de testigos.

El testador manifestará su voluntad al notario público de testar. El fedatario le preguntará su nombre, los datos generales (lugar y fecha de nacimiento, estado civil, ocupación y domicilio), nombre de su cónyuge o concubino, nombre de sus padres, nombre de sus hijos. Con este interrogatorio el notario público analiza la capacidad del testador, si considera que se encuentra en sus facultades mentales redactará el instrumento público con la siguiente información: número de escritura, lugar, fecha, nombre y adscripción del notario público, nombre del testador, los datos generales, nombre de su cónyuge o concubino, nombre de sus padres, nombre de sus hijos, las cláusulas -adecuadas a la voluntad del testador-, asentando la hora de inicio y de terminación del acto jurídico. El notario público leerá en voz alta al testador el acto jurídico para que manifieste su conformidad del contenido, en caso de ser así, el testador firmará y asentará sus huellas digitales -de dedos índices-, junto con los testigos en su caso. Solo las personas que disfrutan de su cabal juicio pueden otorgar su testamento. Ahora bien, si no tuviera capacidad, pero tenga momentos de lucidez podrían otorgar testamento como lo establece el artículo 2678 del CCEJ, acto jurídico que establece varios requisitos, pero es posible llevarlo a cabo en estas circunstancias.

Testamento privado (Estado de Jalisco)

En este caso el testamento privado puede ser por escrito o, en el caso de suma urgencia, podrá ser verbal. Este tipo de testamento solo se puede otorgar en los supuestos que indica el CCEJ (2014) que dice:

Artículo 2888. El testamento privado está permitido en los casos siguientes; cuando:

- I. El testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra notario a hacer el testamento;
- II. No haya notario en la población;
- III. Aunque haya notario en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil que concurra al otorgamiento del testamento;
- IV. Esté en una población incomunicada por razón de cerco sanitario decretado por las autoridades de Salubridad, en razón de alguna epidemia, aunque él no la padezca; y
- V. Cuando los militares o asimilados del Ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Para que en los casos enumerados en este artículo pueda otorgarse testamento privado, es necesario que al testador no le sea posible hacer testamento público u ológrafo.” (pp.296-297)

Por lo tanto, este tipo de testamento sólo se puede otorgar en casos especiales, mismo que se hará en la presencia de tres testigos.

El testamento privado solo tiene efecto jurídico, si el testador falleciere de la enfermedad que lo aquejaba. En el caso que recupere su salud, debe otorgar cualquiera de los testamentos ordinarios. Si no lo hiciere dentro del mes siguiente, el testamento privado perderá eficacia jurídica CCEJ (2014). Es por ello por lo que el testamento privado es considerado por el CCEJ como un testamento extraordinario o especial.

Los datos que debe contener el testamento privado son los mismos que el testamento público abierto como lo contempla el CCEJ (2014) indicando: “Artículo 2892. Al otorgarse el testamento privado se observarán, en lo conducente, las solemnidades prescritas para los testamentos públicos abiertos”(p.297). Para formalizar el testamento privado se necesitan dos etapas: En la primera se tendrá que preconstituir el testamento, los testigos acudirán a la primera autoridad a manifestar lo ocurrido como lo indica el artículo 2891 del CCEJ. Con este documento ocurrirán al Juez de primera instancia a declarar las circunstancias del testamento privado y en su caso el juez declarará que es formal el testamento privado. Todo ello regulado por el CCEJ en sus artículos del 2893 al 2898. En la [Tabla 1](#) se realiza una comparación entre el testamento público abierto y el testamento privado.

Tabla 1. Comparación entre el testamento público abierto y el testamento privado.

	Testamento público abierto	Testamento privado
Forma	Ordinario	Extraordinario
Se otorga ante notario Si/No	Si.	No.
Se necesitan testigos. Si/No	No. Sólo en los casos regulados por el CCEJ.	Si. Siempre se necesitan tres testigos.
Formato	En escritura pública.	Verbal. Por escrito en documento privado.

Fuente: Elaboración propia, basado en el Código Civil del Estado de Jalisco.

Testamento abierto (España)

En otro orden de ideas, en el testamento abierto, el testador expresará de cualquier forma su voluntad ante un notario y deberá de tener la capacidad legal para otorgarlo. El fedatario debe de cerciorarse de la capacidad del testador, como menciona María Jesús López Frías (2020) diciendo:

Lógicamente el notario no es un facultativo entendido en cuestiones psíquicas o neurológicas pero sí que puede, con “la entrevista” previa al otorgamiento de un testamento, determinar la situación mental consciente del otorgante en torno a lo que quiere, cómo lo quiere, respecto de quién lo quiere y la finalidad o motivo por lo que se manifiesta en ese sentido. (p.3)

Si bien es cierto que el notario no es médico para determinar la capacidad del testador, también es necesario que la persona que pretende otorgar un testamento deba expresar su voluntad de otorgar este acto jurídico y no sus acompañantes. Además, con la entrevista, el fedatario llega a detectar algún fallo neurológico en el testador que disminuya su capacidad para testar.

El testamento debe contener lo establecido en el artículo 695 del CCE (2020):

“(…) lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir”. (pp.220-221)

Si el testador no sabe leer o escribir, o a solicitud del testador o del notario público, pueden otorgarse ante la presencia de dos testigos.

Testamento cuando el testador se hallare en peligro inminente de muerte (España) y el testamento en caso de epidemia (España)

En lo que concierne al testamento puede ser otorgado en caso de peligro inminente de muerte está reglamentado por el CCE en sus artículos 700, 702, 703 y 704. Este testamento lo puede otorgar cualquier persona capaz ante la presencia de cinco testigos. En relación con el testamento que se otorga en tiempos de epidemia está regulado por el CCE en sus artículos 701, 702, 703 y 704. Se otorga ante la presencia de tres testigos mayores de dieciséis años. Cuando el testador está en peligro inminente de muerte y en caso de epidemia, puede ser por escrito, y en su caso verbal, sin la intervención del notario, pero ante testigos. Solo la regulación del testamento en peligro inminente de muerte menciona que los testigos deben de ser idóneos como lo establece el artículo 700 del CCE, pero es una regla general para todos los testamentos. Es importante resaltar que ambos testamentos se encuentran en la sección del testamento abierto en el CCE. En ambos casos quedará sin eficacia jurídica en los dos meses siguientes de haber cesado el peligro inminente de muerte del testador o la epidemia. Además, en caso de fallecimiento dentro del término señalado con antelación, se tendrá que acudir ante notario dentro de los siguientes tres meses a elevar a escritura pública el testamento como lo indica el CCE en su artículo 703.

Testamento ológrafo (España)

El testamento ológrafo puede otorgarlo cualquier persona mayor de edad que sepa leer y escribir, debido a que tiene que ser escrito y firmado por él, sin necesidad de testigos, ni notario. Como lo indica el CCE (2020) en su numeral 688 en el testamento debe de expresarse: “(…) año, mes y día en que se otorgue”(p.219). De conformidad al artículo 689 del CCE el testamento debe de protocolizarse ante notario dentro de los cinco años posteriores al fallecimiento.

En la [Tabla 2](#) se muestra la comparación entre el testamento abierto, testamento en peligro inminente de

muerte, testamento en caso de epidemia y testamento ológrafo.

Tabla 2. Comparación entre el testamento abierto, testamento en peligro inminente de muerte, testamento en caso de epidemia y testamento ológrafo.

	Testamento abierto.	Testamento en peligro inminente de muerte.	Testamento en caso de epidemia.	Testamento ológrafo.
Forma.	Común.	No especificado por los artículos 676 y 677 CCE.	No especificado por los artículos 676 y 677 CCE.	Común.
Se otorga ante notario.	Si.	No.	No.	No.
Se necesitan testigos.	No. Sólo en casos específicos.	Cinco.	Tres.	Sin testigos.
Formato.	Por escrito.	Por escrito o verbal.	Por escrito o verbal.	Por escrito.

Fuente: Elaboración propia, basado en el Código Civil Español.

Problemática de testar en tiempos de pandemia en el estado de jalisco, México

En otro orden de ideas, ante esta situación tan complicada del Covid- 19, que se vivió, la gente estaba temerosa de salir de sus casas, de convivir entre sus familiares y amigos, es de resaltar que también hubo personas escépticas sobre la enfermedad, contagio y vacunas. Como consecuencia de pensar en la muerte las personas determinaron realizar su testamento o en su caso otorgar uno nuevo y revocar el anterior. Se tuvieron dos tipos de clientes los que estaban sanos -porque no presentaban signos ni síntomas de la enfermedad- y los enfermos de SARS-COV-2 -aislados en sus casas o en su caso hospitales-. Los primeros tenían la opción de otorgar su testamento público abierto y los segundos su testamento público abierto a domicilio o el testamento privado, con sus consecuencias que se relatan en párrafos posteriores.

Testamento público abierto (Estado de Jalisco)

Por otra parte, durante el periodo de la pandemia las notarías públicas del Estado de Jalisco estuvieron abiertas -excepto en días inhábiles-, con las obligaciones sanitarias dispuestas por las autoridades estatales y federales como: la utilización de cubrebocas por todo el personal y de los clientes, uso de gel antibacterial, no saludar de mano, ni con abrazos, el lavado de manos de manera frecuente, sana distancia, rotación de horarios de trabajadores -unos presencial otros en línea-, disminución de aforo de clientes. Incluso en algunas notarias se utilizó caja de ozono para desinfectar los documentos, bolígrafo y algunos otros artículos de oficina o personales. Para algunas personas resultó exagerado las medidas sanitarias, pero recordemos que se atiende con frecuencia a personas de la tercera edad.

Las personas que pretendían otorgar su testamento llamaban por teléfono a la notaría pública o en su caso llegaban al domicilio solos o acompañados de amigos o familiares, solicitaban cita para su atención o en ese momento se les podría elaborar el acto jurídico. Manteniendo la sana distancia y siguiendo los protocolos sanitarios se le atendía, en un primer momento la auxiliar notarial solicitándole su identificación. Posteriormente era atendido por el notario público, recordemos que es su obligación realizar esta actividad personalmente.

El testador tiene que manifestar su intención de otorgar su testamento, no siempre la persona va a decir “vengo a realizar mi testamento”, sino “quiero dejarles a mis hijos lo poco o mucho que tengo”, el notario público le preguntará si el efecto es hasta que ocurra su fallecimiento o que sean los propietarios desde este momento, si dice que hasta que él muera, estamos en el supuesto de que se elabore su testamento.

El notario público le pedirá al testador que se identifique con la credencial para votar, y el fedatario verificará sus datos biométricos con el sistema que en la actualidad se tiene, siendo necesario para su funcionamiento, el internet. En el caso de que no se cuente con el sistema en ese momento o no tenga credencial para votar, lo podrá realizar con dos identificaciones oficiales como pasaporte, licencia de conducir, entre otras o con dos testigos quienes tienen la obligación de identificarse y que se verifiquen sus datos biométricos, como lo establece el artículo 84 fracción VIII de la LNEJ. En el caso que el notario público conozca al testador, asentará que da fe de conocerlo, no siendo necesario lo anterior. Respecto a lo anterior Antoni Vaquer Aloy (2016) menciona:

“(…) El notario debe identificar al testador ... valiéndose, salvo conocimiento personal, o de testigos que le conozcan y sean conocidos del notario, o de los documentos expedidos por las autoridades públicas cuya finalidad sea, precisamente, la de permitir la identificación de las personas (…).” (pp. 14-15).

Desde el primer contacto el notario público analiza la capacidad del testador. Aun no teniendo conocimientos de la rama de la medicina, observa como interactúa con sus acompañantes. Si llega solo se podrá deducir que otorgará su testamento sin ninguna coacción. Es frecuente que si está acompañado éstos manifiesten que su tío o su papá, en su caso, quiere elaborar su testamento, entonces es importante dirigirnos al testador para que éste manifieste su voluntad de elaborar su testamento, si la persona no presta atención, sería un signo de la falta de capacidad para testar, menciona Alex R. Zambrano Torres (2023):

(…) Otorgar testamento no es un acto que puedan hacer todas las personas, es necesario que sean solo aquellas que tienen su “voluntad” libre y en ejercicio; que la persona no se encuentre en un estado de inconciencia, imposibilidad de su capacidad de decidir por propia voluntad (...). (p.67).

En cambio, si contesta y manifiesta su voluntad de otorgar su testamento se continúa con el acto jurídico, solicitándole sus datos generales, que indica el Código Civil y Ley del Notariado ambos del Estado de Jalisco, su nombre, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, ocupación, su domicilio, nombre de: sus padres, de sus hijos, cónyuge o concubina o concubinario. Todos estos datos el testador los debe de saber sin ningún problema, en cambio si no sabe algunos datos se puede pensar que la persona no tiene capacidad para testar, Alexander Valencia Moreno (2021) comenta: “El Notario y los testigos deben asegurarse de que el testador tiene la capacidad legal necesaria para testar” (p.133).

Posteriormente el fedatario le preguntará ¿a quién o a quienes desea dejarle sus bienes y en qué proporción?, esto es, el nombramiento de: herederos y/o legatarios, el notario tiene la obligación de asesorarlo en caso de ser necesario -derivado a que muchas veces no sabe el efecto de las diferentes figuras jurídicas-. Llega a suceder que algunas veces pretende estipular cláusulas que el Código Civil considera como no puestas, o en ocasiones no incluye en su disposición testamentaria cubrir sus obligaciones de alimentos lo que, en consecuencia, se considerará como testamento inoficioso. Alex R. Zambrano Torres (2023) menciona sobre la libertad de testar lo siguiente: “(…) La regla general en las sucesiones es empezar por la sucesión testamentaria, esto es que se cumpla con la “voluntad” del testador, anteponiéndose a la ley. No obstante existen reglas que limitan la voluntad del testador (…).” (p.65). Por lo tanto, es nodal que el fedatario público escuche la intención del testador, las interprete y las incluya en la escritura pública.

Además, el fedatario público asentará: Tomo, libro o volumen, número de escritura, lugar, día, mes, año, nombre del notario público y su adscripción, hora de inicio y terminación del testamento, que el testador tiene capacidad legal para otorgar su testamento, se redactará las cláusulas adecuadas a la intención del testador, en su caso que revoca un testamento anterior, por último que se reunieron todas las formalidades en un solo acto continuo se lo entregará para que lo lea y en su caso aclare dudas. Respecto a la fecha de otorgamiento Alex R. Zambrano Torres (2023) resalta:

“La fecha de otorgamiento de los testamentos es importante porque determinan la validez y vigencia de la voluntad del testador; así un testador puede realizar tantos testamentos como desee, pero sólo valdrá

el que tenga la última fecha, es decir, la más cercana a su muerte. En este caso la fecha determina el derecho.” (p.75).

Antoni Vaquer Aloy (2016) refiere sobre la hora que se debe de asentar en el testamento: “(...) la finalidad del requisito es asegurar la certeza de las últimas voluntades en los supuestos de existencia de testamentos otorgados el mismo día, por lo que la ausencia de hora no podía tener efecto invalidante del testamento (...)” (p. 16).

Si el testador está conforme con el contenido del testamento, firmará y asentará las huellas de sus dedos índices en el protocolo del notario público, igualmente lo harán los testigos en su caso. Recordemos que la firma es el reflejo del consentimiento del testador, la huella digital es un dato biométrico que podría ser una prueba indubitable de la presencia y consentimiento del testador. Al referirse Alex R. Zambrano Torres (2023) a la firma del testador “La firma es un trazo escrito que tiene como finalidad identificar al autor de la misma, representa la certificación de la voluntad o en todo caso la identificación a través de un símbolos o trazos de una persona (...)” (p.77). sobre el mismo tema afirma Antoni Vaquer Aloy (2016): “La firma del testador supone la asunción como propio del testamento que ha redactado el notario, de ahí que constituya una solemnidad esencial e ineludible (...)” (p.15). Respecto a la huella digital del testador el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Octavo Circuito en tesis jurisprudencial (2022) dice: “(...) la impresión de la huella digital del testador, además de su firma en la escritura que contenga el testamento público abierto, constituye un requisito esencial para su validez (...)” (p.3553).

El testamento es un acto jurídico ininterrumpido, esto es, al testador se le atiende, se identifica, se le toman los datos general y los exigidos por el CCEJ y la LNEJ, en su caso también a los testigos, se le entrevista sobre cómo quiere distribuir sus bienes, se elabora el proyecto para que lo lea, se realizan las correcciones si es necesario, una vez que lo aprueba el testador, se lo lee el notario no habiendo dudas se imprime en el folio del protocolo, el testador y los testigos en su caso firman y asientan sus huellas digitales de los dedos índices en presencia del notario público quien a su vez autorizara el acto jurídico con su firma y sello. Posteriormente dentro de los siguientes dos días hábiles dará aviso a la procuraduría social y al archivo de instrumentos públicos -llamado en otros Estados archivo de notarías-, adjuntado él duplicado del testamento. Alexander Valencia Moreno (2021) comenta sobre el acto jurídico que debe de ser continuo diciendo: “(...) todas las formalidades que se exigen para este testamento se desarrollarán o practicarán en un solo acto y siempre, al final del testamento, el Notario dará fe, de haberse cumplido con todas las formalidades (...)” (p.121).

El notario público al autorizar un testamento público abierto debe de cumplir con todos los requisitos de fondo y forma que estipula el CCEJ, la LNEJ, y evaluar la capacidad del testador de lo contrario podría traer como consecuencia la nulidad del acto jurídico, además que no se cumplirá la voluntad del testador, como lo menciona el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito en su tesis jurisprudencial (2012) que dice: “(...) en la regulación que el mencionado código realiza del testamento no se encuentra ninguna disposición especial que determine la nulidad relativa del acto cuando el testador es incapaz, por tanto, puede clasificarse ese acto con una nulidad absoluta (...)” (p.2158).

En el caso que el testador no pueda acudir a la oficina notarial, podrá solicitar al notario público que acuda a su domicilio a realizar el acto jurídico. Si bien es cierto que es un derecho del testador solicitar sus servicios al fedatario y éste tiene la obligación de acudir, también es cierto que él puede excusarse como lo marca la LNEJ que dice: “Artículo 38. El notario sólo podrá excusarse de prestar sus servicios en los siguientes casos: (...) II. Por enfermedad o que se pueda poner en grave peligro su vida, su salud o sus intereses (...)” (Ramírez Acuña, Javier n.d., p.11). Derivado a la incertidumbre sobre los contagios del Covid-19, tratamientos y la alta mortalidad, sobre todo al comienzo de esta pandemia, es lógico que los notarios públicos se excusasen de acudir al domicilio del testador para celebrar este acto jurídico, por lo tanto hubo algunas personas que no pudieron testar por no poder salir del hospital o de su domicilio a otorgar su disposición testamentaria, aunado a lo anterior con justa o injusta razón los notarios públicos no acudieron a dar fe de su última voluntad en los dos circunstancias

anteriores por el riesgo de contagio del Covid-19.

Las ventajas que se tiene de otorgar un testamento público abierto son: Asesoramiento del notario público, verificación de la capacidad del testador, identificación del testador o en su caso con testigos, el notario público da fe que la persona -testador- firma de su puño y letra o en su caso un testigo firma a su ruego, incluso existe un duplicado del testamento en papel o digital, por consiguiente, mayor seguridad jurídica.

Una de las desventajas que se podrían considerar para el otorgamiento del testamento público abierto, es el precio que se paga por los servicios notariales. Ahora bien, si dentro del pago está la seguridad jurídica, el acto jurídico no es tan gravoso. Aunado a esto, en varios Estados de México se lleva a cabo el programa llamado mes del testamento donde los costos bajan, éste se lleva a cabo en el mes de septiembre y en algunos casos se prorroga a octubre. Sobre los testamentos, la forma más usada y recomendable es el testamento público abierto.

Testamento privado (Estado de Jalisco)

En relación con el tiempo de pandemia, como fue el Covid-19, fue viable el otorgamiento del testamento privado por estar dentro de los supuestos que establece el CCEJ en su artículo 2888, que es por una enfermedad violenta, esto es, que sea inesperada y el otro supuesto es relacionado con cerco sanitario por epidemia. Recordemos que durante la pandemia hubo restricciones de concurrir a lugares públicos y privados. Ahora bien, la norma menciona que al testador no le sea posible ocurrir a otorgar un testamento ordinario -público abierto, público cerrado o el ológrafo-, ésta circunstancia que se deberá de demostrar en el juicio sucesorio, es importante resaltar que tanto las notarías públicas, el registro público de la propiedad y las oficinas de recaudación fiscal del Estado de Jalisco, estas dos últimas es donde se puede otorgar el testamento ológrafo estuvieron abiertas durante la pandemia -excepto en días inhábiles-, por lo tanto los herederos deberán demostrar que el testador dio positivo a Covid-19 además que se solicitó a un notario público el otorgamiento del testamento público abierto o público cerrado en su domicilio y éstos se excusaron, por lo que no acudieron al otorgamiento de éste acto jurídico. El testador dirá ante sus tres testigos su última voluntad y cualquiera de ellos lo escribirá. En su caso, podrá ser verbal, si ninguno de los testigos sabe escribir o la enfermedad es tan violenta que no dé tiempo a ello, esta es una característica del testamento privado.

Una de las problemáticas que tiene el testamento privado es que muchos ciudadanos no saben redactar un testamento, no saben diferenciar entre heredero o legatario, no conocen los derechos y obligaciones de un albacea o de un tutor testamentario, incluso podrían redactar cláusulas contrarias al derecho o que la ley regula como no puestas, además de no conocer las solemnidades del testamento privado que serán iguales a las del testamento público abierto como lo indica el artículo 2892 del CCEJ.

Otra dificultad que presenta este testamento, es que se debe de otorgar ante tres testigos idóneos, por lo tanto, no pueden ser sus familiares; sus hijos, ni esposa o esposo, ni quien interviene en el testamento, derivado a que estarían imposibilitados, como lo menciona el CCEJ en su numeral 2965 ya que se presume que influyeron en el contenido del acto jurídico. Incluso en su artículo 2832 establece que no pueden ser testigos en un testamento los familiares, herederos y legatarios. Ahora bien, lo complicado es que lo más probable que un amigo o conocido no acepte ser testigo en el testamento privado de una persona que dio positivo a Covid-19. Recordemos que la presencia de los testigos es obligatoria dentro de las formalidades de este testamento, de lo contrario será nulo.

Aunado a lo anterior, otra desventaja es que los testigos, por lo general no saben diferenciar cuando una persona está o no en su cabal juicio. Para ellos es normal que al testador se le olvide los datos generales que se asientan en el testamento, pero ello es un indicador que esta persona está perdiendo capacidad neurológica. En un supuesto así, es probable que los familiares le digan al testador “¿verdad que X inmueble es para mí?” y el testador solo diga si o no, lo que está prohibido por el CCEJ en su artículo 2819, derivado a que debe de expresar de manera clara en primer término su voluntad de otorgar su testamento –y no que a los que les urge que otorgue el testamento sean los presuntos herederos, como llega a pasar-, y en segundo término que sea el

testador quien mencione como distribuirá sus bienes nombrando herederos o legatarios y no contestar con monosílabos -si o no- a las preguntas que le realizan sus familiares que pretenden repartirse toda la masa hereditaria.

Las ventajas que se tiene en el testamento privado son: No necesita otorgarse ante notario público y no tiene un costo de honorarios de un notario público, pero si lo redacta un abogado seguramente este cobrará, y se puede otorgar en casos especiales.

Referente a las desventajas podemos mencionar: Una alta probabilidad de que se declare nulo dentro del juicio sucesorio por la forma de su redacción o porque el testador no estaba en su cabal juicio, además que existe un solo ejemplar del testamento si es por escrito si se pierde o se rompe pierde validez, aunado a lo anterior en el momento de la formalización ante el juez de primera instancia podría haber contradicciones entre los testigos si se realiza en forma verbal, por su forma de interpretar la última voluntad del testador.

Durante la pandemia fue posible otorgar un testamento privado por estar en los supuestos legales, pero se tiene que realizar con todas las formalidades de fondo y forma que exige el CCEJ y la LNEJ, siendo precavido que no falte un elemento, para que posteriormente no traiga como consecuencia la nulidad absoluta del acto jurídico. A este respecto menciona Armando Adriano Fabre (2021): “Bajo esa tesitura, si nos ubicamos en el supuesto de un enfermo de Covid-19 completamente aislado, se puede estimar como herramienta jurídica idónea para otorgar una disposición testamentaria, la estipulada en el Código Civil Federal como testamento privado (...)” (p.128).

Testamento abierto (España)

En lo que atañe al testamento abierto, María Jesús López Frías (2020) manifiesta “(...) la mejor opción para testar es el testamento abierto. En él la función de asesoramiento y la garantía de veracidad hacen que el porcentaje de validez alcance altas cotas” (p.11), derivado al asesoramiento que tendrá el testador del notario y la redacción del testamento, el que deberá ser de manera clara para no tener lugar a interpretaciones futuras.

Ahora bien, en tiempos de pandemia, con las restricciones sanitarias, no fue fácil otorgar testamento por la publicación de la instrucción de la dirección general de seguridad jurídica y fe pública del 15 de marzo de 2020 sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial, en que todas las notarías deberían de:

“(...) procurar un teléfono de contacto, así como un correo electrónico para atender tales actuaciones. (...) el interesado que considere urgente una actuación notarial deberá contactar por teléfono o en lo posible presentar telemáticamente un escrito (...) en el que deberá indicar sus datos de identificación, incluido teléfono, así como la actuación notarial demandada (...) la prestación del servicio público notarial se sujetará a las siguientes medidas: a) (...) no se admitirá el acceso a la notaría a nadie distinto del propio interesado y conforme a la legislación notarial otros intervinientes como intérpretes o testigos. b) La actuación notarial se desarrollará exclusivamente en la oficina notarial (...) c) El interesado que acuda a la notaría lo hará en el día y hora indicado por el notario, para lo que deberá acudir a la misma con aquellos medios de autoprotección que garanticen la seguridad sanitaria. d) En la notaría, tanto el personal de la oficina pública notarial, como el notario adoptarán las medidas de separación y alejamiento físico recomendadas por las autoridades. e) Para garantizar la prestación del servicio público notarial, el notario establecerá en su notaría, de ser ello posible atendido el número de empleados, turnos para esto, de conformidad con la legislación laboral. El notario facilitará, a tal efecto, a sus empleados un documento a modo salvoconducto que les pueda permita justificar que acuden a su puesto de trabajo”. (General Seguridad Jurídica y Fe Pública, s.f., pp.2-3).

Como se desprende de lo anterior, el notario sólo podía realizar actos jurídicos en su oficina notarial previa cita,

a donde los interesados acudirán con todas las medidas sanitarias requeridas y sólo en caso de urgencia. Al respecto Francisca Ramón Fernández (2020) dice: “La urgencia de la actuación debe ser interpretada de forma restrictiva (...)” (p.400), “(...) deberá ser el notario el que aprecie las circunstancias que concurran, para formarse un juicio personal para citar o no al sujeto en su notaría” (Ramón Fernández, 2020, p.401). Si bien es cierto que el testamento abierto garantiza seguridad jurídica al testador, las medidas sanitarias se deben de seguir como lo indican las autoridades, las que no agradan a todas las personas, pero es necesario asumirlas.

Testamento en peligro inminente de muerte (España) y testamento en caso de epidemia (España)

En lo concerniente al testamento, cuando el testador está en peligro inminente de muerte refiere Santiago Castán (2021):

“(...) En caso de otorgar testamento bajo la forma prescrita para inminente peligro de muerte, cabe que el testador se encuentre contagiado por la Covid-19 y hallarse en una situación de extrema gravedad, aunque, por supuesto, cualquier otra circunstancia grave que haga presagiar una muerte próxima o la pérdida de sus facultades, y que no tenga relación con el contagio por coronavirus, habilita, igualmente, esta forma testamentaria. Necesitará la intervención de cinco testigos idóneos mayores de edad”. (p 461).

La gravedad del testador es una circunstancia que se debe de comprobar. Ahora bien ¿por qué esperar a estar en una situación grave para el otorgamiento del testamento?, ya que existen diferentes formas de testar, es muy posible que si el testador realiza este acto jurídico tan importante en estas circunstancias tenga decisiones sesgadas en cuanto al nombramiento de herederos o legatarios.

Por lo que se refiere al otorgamiento del testamento en tiempos de epidemia Francisca Ramón Fernández (2020) menciona: “(...) es preciso que haya una declaración de pandemia en el territorio, que puede ser extensiva a todo el Estado español o bien a una parte de su territorio (...)” (p.410), por lo que no se puede otorgar en cualquier tiempo, debe de haber una razón de epidemia generalizada y declarada por el gobierno Español, como lo afirma Santiago Castán (2021):

“En caso de otorgar testamento bajo la forma prescrita para caso de epidemia, no es necesario que el testador esté contagiado por la Covid-19. Existiendo una declaración formal de epidemia o pandemia (en nuestro caso, OMS, 11 de marzo de 2020, y Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19), el testamento es válido en todo el territorio nacional.” (con la excepción ya señalada de Cataluña). (pp.458-459).

El testamento en tiempo de epidemia debe de otorgarse en circunstancias especiales como lo regula el CCE, en el caso concreto, si existe una declaratoria del Gobierno de la emergencia sanitaria con ello reúne el supuesto legal para su otorgamiento, independiente de si el testador esta o no contagiado.

Una de las consecuencias que visualiza Santiago Castán (2021) es:

“Sin embargo, la jurisprudencia suele ser restrictiva a la hora de interpretar la validez de los testamentos otorgados sin la intervención del notario cuando se producen impugnaciones de estos, de modo que si el testador no se encontrara contagiado por el coronavirus probablemente se valorarán sus circunstancias particulares, y en concreto, si pudo o no pudo haber testado con intervención notarial. (...) En suma, debe justificarse la imposibilidad de haber podido testar mediante la intervención del fedatario público, algo difícil de demostrar si el testador no se hallaba contagiado.” (pp. 459-460).

En cuanto su regulación Elisa Muñoz Catalán (2021) menciona: “Estamos, pues, ante un precepto muy sucinto o escueto del que solo se deriva que no hace falta la intervención del notario, entendiéndose, como ha sucedido en los últimos meses, que las notarías estaban solo trabajando para supuestos de urgencia a causa del confinamiento” (p.108), circunstancias subjetivas que el notario debió de valorar.

En el testamento en caso de epidemia y en peligro inminente de muerte se requieren testigos. En el primer caso tres y en el segundo cinco. La problemática es que en el tiempo de pandemia es difícil encontrar testigos por el distanciamiento social y el temor de contagio para el otorgamiento de este acto jurídico como lo refiere Santiago Castán (2021): “(...) pocas personas estarán dispuestas a prestar este servicio cuando el testador enfermo tenga una carga vírica importante o presente un cuadro avanzado de la enfermedad” (pp. 464-465). Lo más lógico es que sus seres queridos estén acompañando al enfermo, y están imposibilitados para ser testigos como lo asienta el CCE (2020) en su artículo que dice: “Artículo 681. No podrán ser testigos en los testamentos: (...) Quinto. El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad (...)” (pp.217-218).

Respecto a los testigos en el testamento en tiempos de epidemia Francisca Ramón Fernández (2020) comenta: “(...) en particular si puede ser de forma síncrona o asíncrona con la manifestación de voluntad del testador”(p.414), el CCE en su artículo 701 no lo establece, pero lo más prudente es que debe ser manera sincrónica presencial, para que todos los testigos escuchen la última voluntad del testador, y no existan diferentes interpretaciones, asentándose por escrito o de manera verbal.

Por lo tanto, contar con testigos idóneos para el otorgamiento del testamento en caso de epidemia y cuando el testador está en peligro inminente de muerte es un requisito que se debe cumplir para que el testamento sea válido. Al referirse a los testigos en estos tipos de testamentos María Jesús López Frías (2020) dice:

“(...) Pero estos testigos (...) deben de reunir las condiciones mínimas para identificar al testador, ver en qué estado se encuentra, entender la trascendencia del acto que se lleva a cabo y escribir o retener en la memoria lo que se les manifiesta. Por otro lado, no podrán pertenecer a las clases de parientes a los que se refiere el art. 682 ni estar dentro de los beneficiados por esa declaración de voluntad mortis causa. Estas son exigencias mínimas, aunque no se hable de testigos idóneos, para que el testamento tenga garantía de veracidad.” (pp.7-8).

Es por ello que contar con testigos idóneos es todo un reto para estos dos tipos de testamentos. Además, en ambas formas es de suma trascendencia “La (...) adverbación posterior del testamento otorgado (...) es necesario elevar el testamento a escritura pública antes de que transcurran tres meses desde el fallecimiento del testador” (Castán Santiago, 2021, p.468), este proceso legal es obligatorio.

Testamento ológrafo (España)

En cuanto al otorgamiento del testamento ológrafo regulado por el CCE Francisca Ramón Fernández (2021) sostiene:

“La benevolencia de esta forma de testar en tiempo de pandemia es precisamente que no necesita desplazamiento a la Notaría, ni tampoco presencia de testigos (aunque puedan estar presentes, ya que el precepto no lo impide), y también su gratuidad, por lo que su utilización en la situación de crisis sanitaria en que la movilidad estaba tan restringida, puede haber sido una opción válida para muchas personas.” (p.460).

“Por tanto, ya en los supuestos en que la persona tuviera el contagio, o bien tuviera miedo de contagiarse y con la limitación de los desplazamientos, esta modalidad sería la idónea, ya que si se encuentra enfermo no podrá salir, y si tiene miedo por ser personal de riesgo o cualquier otro motivo, no va a necesitar testigos, que en caso de requerirlos también será difícil poder encontrarlos, ya que deben ser idóneos

(...)” (Ramón Fernández, 2021, p.461).

A juicio de María Eugenia Serrano Chamorro (2020): “Una opción más sencilla permitida en todo el territorio español es acudir al testamento ológrafo, que debe ser escrito de su puño y letra, con una serie de exigencias legales, necesitando la protocolización y adveración notarial (...)” (p.324), a decir de Santiago Castán (2021) “(...) el testamento ológrafo es más práctico en circunstancias de crisis sanitaria y restricción de derechos y libertades. En efecto, la no necesaria intervención de testigos y notario facilita enormemente su otorgamiento y los plazos para su protocolización (...)” (p.470).

Respecto a los inconvenientes al otorgamiento del testamento ológrafo sostiene María Jesús López Frías (2020):

“(...) la capacidad, el animus testandi y la falta de asesoramiento que pueda hacer inválida la voluntad del testador, además del problema del depósito o la guarda del mismo. Y es que si en tiempo de epidemia alguien quiere testar y está solo, el camino puede ser éste. Pero si muere y nada se ha dicho sobre su existencia, puede ser traspapelado, puede perderse o, en el peor de los casos, hacerse desaparecer por quien no le interese. Por ello en estos casos parece fundamental la publicidad. Esta puede consistir en hacerlo saber a familiares, amigos o vecinos para que tengan la precaución de buscarlo allí donde se les indique, comunicación que, en su caso, puede hacer el testador personalmente, por teléfono, mensaje etc.” (p.10).

Por lo tanto, este tipo de testamento desafortunadamente no podría elaborarlo cualquier persona, es necesario tener conocimientos de fondo y forma del mismo para que se cumpla con la voluntad del testador, evitando la nulidad del acto jurídico.

Solución al caso en concreto

Por lo que se refiere a la expedición del nombramiento de notario público también llamado fiat es otorgado por el Gobernador del Estado, asignándolo a un municipio. El Estado de Jalisco está dividido en regiones notariales, cualquier persona puede acudir al domicilio del notario a otorgar un acto jurídico. En el caso que el notario público tenga que actuar fuera de su domicilio notarial, lo puede llevar a cabo, pero dentro de su región notarial. como dice la LNEJ:

Artículo 28. “Únicamente podrán actuar en el Estado, los notarios que hubieren sido autorizados en los términos de Ley.”

“El notario deberá desempeñar su cargo a petición de parte, dentro de los límites territoriales de la Región a la cual pertenezca el Municipio de su adscripción, salvo los casos previstos en esta ley (...)” (Ramírez-Acuña, Javier, n.d., p.6).

Por lo tanto, no podría ejercer su función notarial en el domicilio del testador, por pertenecer a una región diferente.

Otra limitación sería: En el Estado de Jalisco, si el notario público no conoce a la persona que otorgará el acto jurídico debe de identificarse, debido a la redacción del artículo 84 fracción VIII de la LNEJ, la credencial para votar tiene mayor importancia, pero, es transcendental resaltar que se debe verificar que esté vigente, así como los datos biométricos. En el caso concreto, si se llevara a cabo el testamento a domicilio se deberá llevar equipo de cómputo, además, es necesario que el lugar tenga acceso a internet, para cumplir con este requisito de la LNEJ. Si no hubiera internet se deja constancia de ello y el notario solicitará una segunda identificación. Si no tuviera otra identificación serán necesario dos testigos que identifiquen al testador. En lo particular, si el testador es conocido por el notario público no es necesario que se identifique, ni testigos, solo se asienta en la escritura pública que se da fe de conocer al compareciente.

En cuanto a la restricción para acudir al domicilio del testador por pertenecer a una región notarial diferente - restricción legal que no debería de existir-, el notario público lo atendió por llamada telefónica, se le tomaron los datos (nombre, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, ocupación, domicilio, nombre de sus padres, nombre de sus hijos y nombre de su cónyuge), además de los datos generales de los tres testigos, se le orientó sobre la diferencia de heredero, legatario y albacea. El testador definió la forma de distribuir sus bienes, manifestándose al fedatario público. Con lo anterior el notario público elaboró un testamento privado y se lo envió por correo electrónico, con la intención que lo imprimiera y lo firmara ante tres testigos idóneos en su domicilio.

A continuación, se enumeran los elementos que debe de contener un testamento privado regulado por el CCEJ con la finalidad que sea de utilidad en algún momento de la vida.

Lugar y fecha de otorgamiento, hora de inicio y hora de terminación, la voluntad del testador de otorgar su testamento privado ante la presencia de tres testigos, circunstancia del otorgamiento, los datos generales del testador, además del nombre: de sus padres, hijos, su conyugue, concubino o concubinaria, luego las cláusulas que son como repartirá sus bienes nombrando herederos, legatarios, albacea o en su caso tutor testamentario y si otorgó otro testamento anterior revocándolo, dejándolo sin efecto. En otro capítulo asentamos los datos generales de los tres testigos, ellos dan fe de la capacidad del testador y que se llevó todo en un solo acto continuo, se agregan las identificaciones del testador y de los testigos, firman y asientan sus huellas de los dedos índices todos los comparecientes

En el caso de tener la intención de conocer más sobre las cláusulas que se pueden redactar en un testamento puede consultar la monografía titulada ¿Sabe usted cómo elaborar su testamento?, del autor Antonio Márquez Rosales.

Conclusiones

Recapitulando, el mejor momento para otorgar el testamento es cuando el futuro testador está en armonía con sus seres queridos y no tiene enfermedades que afecten su razonamiento, de lo contrario las decisiones de la distribución de sus bienes podrían ser sesgadas. Bajo este tenor, su disposición testamentaria debe de ser de conformidad a la realidad que vive en ese momento. Si cambian las circunstancias de su entorno el testador podría modificar su testamento.

Respecto al otorgamiento del testamento; si el testador tiene los conocimientos legales para redactarlo, podría otorgar el testamento ológrafo (en España), puesto que no necesita notario público ni testigos. Ahora bien, si no tiene estos conocimientos jurídicos lo mejor es otorgar su testamento público abierto (Estado de Jalisco, México) o el testamento abierto (España) -los que pueden llevarse a cabo en cualquier tiempo- ambos son otorgados ante notario quien valorará la capacidad del testador, lo asesorará respecto a las diferencias entre heredero, legatario, tutor testamentario, así como los derechos, obligaciones del albacea, y su efecto jurídico. El fedatario redactará el testamento de conformidad a la voluntad del testador, quien manifestará su voluntad con su firma y huellas digitales de los dedos índices.

En tiempos de pandemia, como el del SARS-CoV-2 mejor conocido como COVID 19, cuando el testador éste temeroso de contagio de esta enfermedad o dio positivo a ella, puede otorgar su testamento privado (Estado de Jalisco, México), testamento en caso de epidemia (España) y en peligro inminente de muerte (España) éstos últimos solo pueden ser otorgados en circunstancias especiales. El inconveniente consiste en que el testador y las personas que intervienen en el acto jurídico deben de tener conocimientos jurídicos para su redacción, o estar asesorados por un experto en la materia. Además de la obligación de otorgarlo ante testigos de manera presencial, incluso con el riesgo de que ellos interpreten diferente la voluntad del testador o se olviden lo que escucharon. Los testigos no deben ser parientes del testador, ni herederos o legatarios del mismo.

Ahora bien, bajo las circunstancias de pandemia es difícil ser testigo idóneo por el riesgo del contagio. Sin embargo, en el caso de no haber testigos el acto jurídico será nulo. Por lo tanto, es un nicho de oportunidad para que los abogados y notarios puedan asesorar por teléfono al testador cuando pretenda otorgar su testamento privado (Estado de Jalisco, México), testamento en caso de epidemia (España) y en peligro inminente de muerte (España), elaborando el testamento para que posteriormente se lo envíen al otorgante por WhatsApp o correo electrónico, incluso dictárselo por teléfono. Así el testador puede imprimirlo y firmarlo en conjunto con sus testigos y, en caso necesario, asentar huellas digitales, para reunir los requisitos de la ley aplicable.

Con relación al caso planteado, las regiones notariales en el Estado de Jalisco en México para la actuación del notario público fue una limitación para el actuar del notario público y como consecuencia, el otorgamiento del testamento público abierto. Prohibición que no debería de existir; la función notarial debería llevarse a cabo dentro de todo el Estado de Jalisco, México, con mayor razón durante el periodo de la pandemia como la que vivimos. Como consecuencia a esta restricción y la excusa de diversos notarios públicos de la región notarial del domicilio de testador -enfermo de Covid-19-, el fedatario que pertenecía a una diferente región notarial optó por asesorar vía telefónica al testador elaborando un testamento privado el que fue enviado por correo electrónico para su impresión en hojas, mismas que fueron firmadas y donde se asentaron las huellas digitales del testador en conjunto de sus testigos.

Ahora bien, nos preguntamos ¿Cuántas personas no pudieron testar por estar contagiados del Covid-19 -aisladas en un hospital o en su domicilio, o simplemente no pudieron acudir ante un notario público a manifestar su última voluntad?, así como ¿Cuántas personas otorgaron su testamento privado, testamento en caso de epidemia o en peligro inminente de muerte?, datos que sería muy difícil poder cuantificar.

En el Estado de Jalisco no existe un testamento adecuado en caso de pandemia, debido a las limitaciones que están reguladas en el Código Civil y la Ley del Notariado, ambos del Estado de Jalisco, en México. En relación de los testamentos regulados en el Código Civil Español, como el testamento en caso de epidemia o en peligro inminente de muerte, la dificultad principal es la presencia de los testigos por las circunstancias adversas del distanciamiento social, así como el contagio. Ante el contexto legal surge la necesidad del próximo tema: “El testamento a distancia”, el que tendrá sus propios retos legales y tecnológicos.

Referencias

- Adriano Fabre, A., & Hernández Sánchez, M. L. (2021). Testamento y herencia digital. *Enfoques Jurídicos*, 2021(04), 120–136. <https://doi.org/10.25009/ej.v0i04.2574>
- Arias, A., Alejandro, W., Carmen Acosta Toraya, del, Esmeralda, A., Velueta, M., Williams Alejandro Abdo Arias, Á., ... Nacional Abierta Distancia, U. (2021). Las TIC'S en la evolución del testamento ológrafo y los derechos humanos. *Periodicidad: Semestral*, 15(1), 2021. Recuperado de <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/129/1292439005/1292439005.pdf>
- Castán Santiago. (2021). “Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad”. En: *Revista Internacional de Derecho Romano*, pp. 419–480. Recuperado de <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18179>
- Eugenia, M. C. S. (2020). Covid-19. Testamento ológrafo. “Testamento ante testigos / Covid-19. olgraph testament. testament before witness”. *Revista de Derecho Civil*, 7(4), 287–330. Recuperado de <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/567>
- Ministerio de Justicia. Secretaría General para la innovación y calidad del servicio público de justicia. (s.f.). “Instrucción de la dirección general de seguridad jurídica y fe pública de 15 de marzo de 2020 sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial”. Recuperado de <https://www.mjusticia.gob.es/es/Ciudadano/Documents/AvisosCovid19/5.%20Instrucci%C3%B3n%20de%20la%20Direcci%C3%B3n%20General%20de%20Seguridad%20Jur%C3%ADdica%20y%20Fe%20P%C3%ABlica.pdf>
- Gobierno del Estado de Jalisco. (2014). Código Civil del Estado de Jalisco. Recuperado de https://congresoweb.congresoal.gob.mx/BibliotecaVirtual/legislacion/C%C3%B3digos/Documento_s_PDF-C%C3%B3digos/C%C3%B3digo%20Civil%20del%2

- [OEstado%20de%20Jalisco-190423.pdf](#)
- López – Frías, María Jesús (2020). “Testamentifacción en tiempos revueltos: especial consideración del testamento en caso de epidemia”. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, 17. Recuperado de <https://www.dykinson.com/cart/download/articulos/9133/>
- Muñoz-Catalán, Elisa. (2021). “Aplicación jurídica del Testamentum Tempore Pestis o Testamento en caso de pandemia como la generada actualmente por el coronavirus”. En: FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, Vol. 23, No. 1, pp. 103–125. <https://doi.org/10.5209/foro.73999>
- Petit, Carlos. (2020). El Código civil español (2). En: Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación. Recuperado de: <https://doi.org/10.2307/j.ctv102bmd.9>
- Ramírez – Acuña, Javier. (s.f.). Ley del Notariado del Estado de Jalisco. Recuperado de <https://congresoweb.congresoal.gob.mx/BibliotecaVirtual/legislacion/Leyes/Documentos PDF-Leyes/Ley%20del%20Notariado%20del%20Estado%20de%20Jalisco-190423.pdf>
- Fernández, Ramón. (2020). “El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICS en el derecho español”. En: Revista de Derecho Privado, (40). Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/drpri/article/view/6930/9496>
- Fernández, Ramón. (2021). “Sin notario y sin testigos: el testamento ológrafo como forma testamentaria en tiempo de pandemia en el derecho español”. En: Revista de La Facultad de Derecho de México, 71(280–2), 453. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2022.280-2.79073>
- Tribunales Colegiados de Circuito. “Testamento. El otorgado por una persona incapaz, no es susceptible de ratificación y está afectado de nulidad absoluta, por lo que su impugnación puede promoverse en cualquier tiempo y de ella puede prevalecer cualquier interesado, aun antes del fallecimiento del testador.” (legislación del estado de México). Registro digital: 2000924. Tesis. Mayo de 2012. Recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000924>
- Tribunales Colegiados de Circuito. “Testamento público abierto. La impresión de la huella digital del testador, además de su firma en la escritura que lo contiene es un requisito esencial para su validez (legislación del estado de durango)”. Registro digital: 2024361. Tesis. Marzo de 2022. Recuperado de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024361>
- Valencia Moreno, A. (2021). “La función del Notario en un Testamento Abierto y sus efectos jurídico”. En: Anuario De Derecho, (50), 115–134. Recuperado de https://revistas.up.ac.pa/index.php/anuario_derecho/article/view/3028
- Vaquero Aloy, A. (2016). “La relajación de las solemnidades del testamento”. En: Revista de Derecho Civil. 9-34. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5764551>
- Zambrano Torres, A. R. (2023). “Los fundamentos de la libertad de los derechos de sucesiones testamentarias”. En: Derecho, Vol. 12, No.12, Universidad privada de Tacna. pp. 58 – 87. Recuperado de <https://revistas.upt.edu.pe/ojs/index.php/derecho/article/view/785>