

2ej 11



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**TESIS DONADA POR
D. G. B. - UNAM**

EL TESTAMENTO

T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
FROYLAN ALVAREZ RAMIREZ



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES SOBRE EL TESTAMENTO

Pág.

I. CONCEPTO DE TESTAMENTO	1
II. PROGRESION HISTORICA DEL TESTAMENTO	
1. Antigüedad	3
2. Derecho Romano	9
3. Derecho Español antiguo y colonial	12
4. El testamento en los Códigos Civiles de 1870 y 1884	16
III. CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO	21
IV. CONTENIDO DEL TESTAMENTO	26
V. DIFERENTES CLASES DE TESTAMENTO	27
1. Testamentos ordinarios	29
2. Testamentos especiales	31

CAPITULO SEGUNDO

LA EFICACIA DEL TESTAMENTO

I. LA IDEA DE EFICACIA JURIDICA REFERIDA AL TESTAMENTO. LA INEXISTENCIA Y LA NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS	39
II. DE LOS TESTAMENTOS NULOS	44
III. DE LA CADUCIDAD DE LOS TESTAMENTOS	50
IV. DE LOS TESTAMENTOS INOFICIOSOS	54
V. DE LA REVOCACION DE LOS TESTAMENTOS	62

CAPITULO TERCERO

INCAPACIDAD PARA HEREDAR

I.	INCAPACIDAD POR FALTA DE PERSONALIDAD	70
II.	INCAPACIDAD POR DELITO	75
III.	INCAPACIDAD POR PRESUNCION DE INFLUENCIA CONTRATIA A LA LIBERTAD DEL TESTADOR O A LA VERDAD O INTEGRIDAD DEL TESTAMENTO ...	83
IV.	INCAPACIDAD POR FALTA DE RECIPROCIDAD INTERNACIONAL	89
V.	INCAPACIDAD POR UTILIDAD PUBLICA	90
VI.	INCAPACIDAD POR RENUNCIA O REMOCION DE ALGUN CARGO CONFERIDO EN EL TESTAMENTO	93

CAPITULO CUARTO

INCAPACIDADES PARA TESTAR

I.	CONCEPTO DE CAPACIDAD	97
II.	DIFERENTES CLASES DE CAPACIDAD:	
1.	Capacidad de goce	99
2.	Capacidad de ejercicio	104
a)	Menores de edad	106
b)	Privados de Inteligencia	109
c)	Sordomudos que no saben leer ni escribir	112
3.	Incapacidad de hecho o incapacidad de derecho	113
III.	LA EMANCIACION	116
IV.	LA LIBERTAD DE TESTAMENTIFACCION	120
V.	LOS MENORES DE EDAD Y SU CAPACIDAD PARA DICTAR TESTAMENTO	124
VI.	LOS QUE HABITUAL O ACCIDENTALMENTE NO DISFRUTAN DE SU CABAL JUICIO Y SU APTITUD LEGAL PARA TESTAR	125
VII.	DEBE PERMITIRSE QUE LOS MAYORES DE CATORCE AÑOS PUEDAN DISPONER POR TESTAMENTO DE LOS BIENES ADQUIRIDOS MEDIANTE SU TRABAJO	130
	CONCLUSIONES	134
	BIBLIOGRAFIA	136

CAPITULO PRIMERO.

GENERALIDADES SOBRE EL TESTAMENTO.

I.- CONCEPTO DE TESTAMENTO:

La institución del testamento es considerada por la mayoría de los estudiosos del Derecho, como una de las más lentamente elaboradas en la historia de las instituciones jurídicas, pues no es sino hasta en el Derecho Romano en donde vino a adquirir su mayor importancia.¹

Así vemos que el origen del testamento, tanto del romano como del griego y del germánico, es la adopción, recurso al que se acudía para conseguir un descendiente, a falta de procreación.

Castán Toboñas dice al respecto, que en las primeras sociedades no había sucesión testamentaria ni derecho de sucesión, porque no existía el derecho de propiedad individual o tal vez este derecho era temporal, es decir que a la muerte de una persona su patrimonio volvía a la colectividad de que procedía, y que si bien más adelante aparece el derecho de sucesión, ello empieza con el carácter de sucesión necesaria o familiar.²

Existen muchas definiciones de testamento, que no -- creemos necesario mencionar en su totalidad, por lo que -- nos concretamos a recoger algunas de las que, desde nuestro punto de vista personal, consideramos más importantes. Pero también es conveniente antes de dar una definición -- del testamento y de las características jurídicas de éste,

¹ RAFAEL DE PINA, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo II, 7a.ed. México, D.F., 1977, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 287.

² JOSE CASTAN TOBIÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo VI, Vol. I, Reimpresión de la 7a.ed. Madrid. Ed. Reuz, S.A. 1969, Pág. 30.

hacer referencia a varios principios generales básicos, -- que nos serán de mucha utilidad posteriormente.

Empecemos pues por decir que el testamento es un acto jurídico SUI GENERIS, en el que vamos a encontrar muchas -- derogaciones a las reglas generales del acto jurídico. -- "Por excepción, éste acto jurídico puede en ocasiones tener sólo un contenido de carácter moral, no económico, lo que acontece muy pocas veces, pues puede ser otorgado sólo para reconocer a un hijo natural".³

La definición del testamento que nos da MODESTINO, expresa:

"Testamento es una justa disposición de nuestra voluntad de aquéllo que alguien desea que sea hecho después de su muerte".⁴

ULPIANO, por su parte define al testamento, diciendo:

"Es una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne -- para que valga después de la muerte".⁵

RUGGIERO define el testamento como:

"Un acto solemne, unilateral, espontáneo, revocable, por lo cual -- una persona determina el destino de su patrimonio para después de su -- muerte, y reglamenta sus relaciones jurídicas para el tiempo en que no viva".⁶

³ LEOPOLDO AGUILAR CARVAJAL, *Bienes Derechos Reales y Sucesiones*, 4a.ed. México, D.F. 1980, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 287.

⁴ ANTONIO DE IBARROLA, *Cosas y Sucesiones*, 5a.ed. México, D.F. 1981, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 559.

⁵ ANTONIO DE IBARROLA, *Ob. Cit.* Pág. 559.

⁶ ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Trad. de la 4a.ed. italiana, Román Serrano Suer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid Ed. Reuz, S.A. Pág. 469.

VALVERDE nos dice que:

"El testamento es un negocio jurídico unilateral, personal y autónomo, en el que la voluntad expresa da no produce efectos hasta después de la muerte del que lo hace".⁷

El Código Civil de 1884, definía el testamento en su artículo 3237:

"Art. 3237.- Acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos".

Es muy estrecha la definición transcrita, y no tiene en cuenta que muchas veces en el testamento se hacen revelaciones de paternidad, se reconocen deudas, etc.

Así podemos citar más y más tratadistas y veremos que todos tienen diferentes definiciones, pero también que todos llegan a la misma conclusión, o sea la de que el testamento es una declaración de última voluntad.

Finalmente, nuestro Código Civil vigente, en su artículo 1295, nos da la siguiente definición:

"Art. 1295.- Testamento, es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capáz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte".

A esta definición le hace falta resaltar el carácter de unilateral que tiene el acto, Además omite la característica de solemne, que si es inherente al testamento.

II.- PROGRESION HISTORICA DEL TESTAMENTO:

1.- ANTIGUEDAD.- Suponen algunos sociólogos que en las primeras sociedades no pudo existir verdadera sucesión, porque o no estaba reconocido el derecho de propiedad individual (al menos con respecto a los bienes inmuebles), o -

⁷ LEOPOLDO AGUILAR CARBAJAL, Ob. Cit. Pág. 288.

lo estaba con un carácter temporal y revocable, que hacía que a la muerte del individuo, volviera el patrimonio a la colectividad de que procedía.

Autores como ANTONIO DE IBARROLA consideran que:

"Al principio no hubo propiedad individual; La familia era la única propietaria de los bienes. Lo que sucedía en realidad era que los parientes sucedían al difunto, en virtud del antiquísimo derecho de co-- propiedad familiar conforme al cual, recordémoslo aquí, sin mayores trámites, la viuda, desde la edad de pú-- dres, hizo suyos los objetos de su -- esposo",¹

Es que el desenvolvimiento histórico de la sucesión, en sus primeras fases, está ligado a la evolución de la propiedad y de la familia. La individualización, cada vez mayor de la propiedad, va haciendo que perdure ésta -- aún después de la persona individual.

Pero a la vez, la sucesión "*Mortis causa*" o por -- causa de la muerte, en sus formas primitivas, va asociada a la realidad de la familia, a las exigencias de su perdurabilidad y continuación y a las necesidades del culto doméstico.

Así pues, podemos decir que la sucesión en los primeros tiempos no se manifiesta bajo la forma de sucesión voluntaria, sino con el carácter de sucesión necesaria y familiar y, ordinariamente, como transmisión del patrimonio indiviso.

La sucesión legítima es cronológicamente muy anterior a la sucesión testamentaria, la cual presupone un desenvolvimiento de los conceptos jurídicos y un reconocimiento de la propiedad individual que no se encuentra en --

¹ ANTONIO DE IBARROLA, *Cosas y Sucesiones*, 5a. ed. México, D.F. 1981, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 653.

los pueblos primitivos. Así, en los pueblos orientales como Egipto, India y el Hebreo, no se conocía el testamento; lo único que podía hacer el padre en vida, era distribuir su patrimonio entre sus hijos y el que no tenía hijos o descendientes, para dejar sus bienes a un extraño tenía que acudir a la adopción. En Atenas, la Institución de heredero sólo podía existir a falta de hijos y revestía también la forma de adopción. Los germánicos tampoco conocieron el testamento, porque existía entre ellos obligación de transmitir los bienes dentro de la familia y únicamente podía hacer uso de la "adoptio in hereditato", que implicaba una traslación solemne de la propiedad que se hacía durante la vida, a falta de herederos legítimos o, todo lo demás, con el consentimiento de éstos.

ANTONIO DE IBARROLA, dice al respecto:

"En el Derecho Germánico medieval se admitió que los herederos por la sangre, tienen un derecho adquirido sobre la herencia, independientemente de la voluntad del de cujus; Éste no podía desconocer sus derechos 'Solus Deus Facit Heredem' Solo Dios hace al heredero, Los herederos nacen, no se hacen".²

FUNDAMENTO DE LA SUCESION "mortis causa": A.-Teoría negativa. Se llama así las que niegan a la sucesión hereditaria, en sus diversas formas, todo fundamento racional, y que han sido formuladas por las escuelas extremas individualistas y socialistas. Los individualistas, partiendo de concepciones subjetivas que fundan el derecho sobre el atomismo de la personalidad (Kan, Fitch, etc.) no admiten ningún especie de sucesión en Derecho Natural. En su concepto no hay sucesión testamentaria, porque la muerte extingue todos los derechos de la persona con la voluntad que los crea, la cual no puede fijar el nacimiento de-

² ANTONIO DE IBARROLA, Ob. Cit. Pág. 653.

su derecho a partir de un momento en que ha dejado de existir; y no tiene razón de ser la sucesión ab intestato, por que una comunidad de bienes en la familia solo se concibe dentro de la duración de la misma. Según estos autores, - los bienes de un difunto se convierten en bienes vacantes, a juicio de otros caen bajo la aplicación del derecho del primer ocupante, generalmente el más próximo pariente, y - además otros dicen que pertenecen al Estado.³

A nuestro juicio es de que si el hombre puede enajenar sus bienes en vida, puede igualmente disponer de ellos para después de su muerte.

Los socialistas clásicos, enemigos de la propiedad privada, combaten, como es lógico, el Derecho de Sucesiones, que según Lassalle, se funda en dos ideas anticuadas: La absurda continuación de la voluntad del muerto y la copropiedad aristocrática de los bienes de la familia romana. Los colectivistas y socialistas modernos, sin embargo, se limitan por lo general, a negar el derecho de sucesión con respecto a la tierra y a los instrumentos de trabajo, reconociéndolo para los bienes de consumo y de goce, cuya propiedad admiten.

RAFAEL DE PINA, dice:

"En la práctica de ciertos regimenes de significación socialista - se admite la sucesión en ciertos bienes los llamados de consumo o de goce, limitando la negativa a la sucesión, a la propiedad de la tierra y a los instrumentos de producción"⁴

POLACO, por su parte nos dice:

"La sucesión hereditaria en sí - y por sí, no es ya el blanco de las saetas disparadas por el socialismo. Lo que éste pide hoy en día es la -

³ RAFAEL DE PINA, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo II, 7a. ed. México, D.F., 1977, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 259

⁴ RAFAEL DE PINA, *Ob. cit.*, Pág. 260

socialización del suelo y de los medios de producción; deja lugar en cuanto a los demás, esto es, en cuanto a los bienes de consumo y de goce, a la propiedad individual y, por tanto, también a su transmisión por causa de muerte".⁵

Las doctrinas que no admiten el derecho de propiedad son perfectamente lógicas al no admitir el de sucesión. Dichas doctrinas suponen que la herencia es contraria a la justicia y al interés social, crea entre los hombres una desigualdad, y si ésta puede permitirse en la sociedad cuando procede de diversas aptitudes, no puede tolerarse cuando debe volver a la colectividad.

En contra de los argumentos de tales teorías, diremos que nunca es más completo el derecho de propiedad que cuando es personal y hereditario; el derecho de testar va naturalmente incluso dentro del derecho de propiedad. TEODORO KIPP⁶ expresa, sin el derecho de sucesión, la propiedad privada no se hallaría completa, en cuanto a los bienes adquiridos por nosotros, no llegaríamos a ser gran cosa, más que usufructuarios vitalicios .

B.- *Teorías positivas*. Son muy numerosas las que se han formulado acerca del fundamento del Derecho Sucesorio, pero podemos encerrarlos en los tres grupos siguientes:

1a.- *Teorías que fundan la sucesión en el derecho de propiedad*. Las doctrinas que han tenido más fuerte arraigo en el Derecho Natural y en el Derecho Civil, son las que fundan la sucesión sobre la propiedad individual y el "*ius disponendi*", entendiéndose que la sucesión testada de

⁵ POLACO, "De las Sucesiones", 2a. ed. trad. de Sentis Melando, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Hispano América -- Bosch, Pág. 29

⁶ ENNECERUS-KIPP-WOLEF, *Derecho de Sucesiones*, Tomo V, Volumen I, 2a. ed. Trad. Belmont Coing, Barcelona, Ed. Bosch, Casa Editorial, S. A., Pág. 484

riva directamente de la voluntad expresa del propietario - difunto y que la intestada deriva de su voluntad presunta, y no es otra cosa que una especie de testamento tácito.

Para CASTAN TOBENAS:

"El problema de la fundamentación del derecho sucesorio no puede separarse del problema de la propiedad, en atención a que la sucesión hereditaria no es otra cosa que el modo de continuar y perpetuar la propiedad individual".⁷

En otras palabras, el fundamento de la sucesión es la necesidad de perpetuar los patrimonios más allá de los límites de la vida humana, necesidad que se origina a su vez, en la de dar estabilidad a la familia y fijeza a la economía social,

2a.- *Teorías que fundamentan la sucesión en el Derecho de Familia.* Así como las doctrinas anteriores explican las dos clases de sucesión por la idea de la propiedad individual, éstas otras teorías entre cuyos representantes están Hegel y Stahl, fundan la sucesión en el exclusivo principio de la comunidad familiar, haciendo de la sucesión legítima una sucesión primitiva y normal, y de la testamentaria una sucesión de segundo orden o de imitación. En la actualidad, pasado el auge de las concepciones individualistas de la sucesión hereditaria, vuelve a tener mucho relieve su fundamentación familiar. Planiol, Ripert, - Boulanger, conceptúan que la sucesión es, ante todo, una institución de orden familiar.

3a.- *Teorías eclécticas.* Estas teorías pretenden - colocar el fundamento de la sucesión en la armonía de los principios individual y familiar. Así, para Miraglia y Cogliolo "El fundamento de la sucesión testamentaria se halla

⁷ JOSE CASTAN TOBENAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo IV, Vol. 1, Reimpresión de la 7a. ed., Madrid 1969, - Ed. Reuz, S.A. Pág. 147.

en el derecho de la propiedad, pero el de la sucesión legítima, se encuentra en los vínculos de la sangre y en el --condominio doméstico".⁸

2.- DERECHO ROMANO.- *El testamento*, como disposición de última voluntad de índole más comprensiva, es una creación del Derecho Romano. Este elaboró dos formas de --disposición de última voluntad; el testamento rigurosamente formalizado de los juristas republicanos y el fideicomiso no sujeto a forma de la época imperial.

Por su parte ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, expresan:

"Prescindiendo de las formas arcaicas, la evolución del testamento romano parte de una transmisión fiduciaria del patrimonio intervivos. Esto es, de que el causante enajenaba objetos de su patrimonio en un fiduciario familia emptor, y al hacerlo declaraba en términos formales a quien debían trasmitirse -- los distintos objetos, que recibían el nombre de nuncupatio, es de suponer en su origen éste estaba destinado solo a adjudicaciones aisladas. Pero ya muy pronto se desarrolló -- hasta convertirse en testamento con institución de heredero. El familia emptor quedó reducido a un simple testigo; el causante nombraba -- él mismo un heredero universal heres; nuncupatio se convierte en lectura de (o remisión a) un documento abierto que al fin del acto de otorgamiento se cierra y es sellado por los testigos. Esto era ya el estado de cosas en tiempo del edicto pretorio; en virtud de un documento testamentario provisto de 7 sellos, el pretor confería la posesión de la -- herencia".⁹

⁸ MIRAGLIA Y COGLIOLO, *Filosofía del Derecho*, Trad. de la -- España Moderna, Tomo II, PÁR. 369,

⁹ ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de derecho civil*, Tomo V, -- Vol. I, 2ª. ed. Trad. Helmut Coing, Barcelona, Ed. Bosch -- Casa Editorial, S.A. PÁR. 287.

El derecho de este gran pueblo Romano, escribe Sánchez Roman, ofrece el primer ejemplo de un amplio desarrollo de la sucesión testada; la verdad es que hay muchas razones para suponer que en el más antiguo Derecho Romano sólo existió la sucesión legítima, como parece comprobarlo - el orden de llamamiento de la sucesión legal, establecido por las XII tablas y el carácter y significación de las -- primitivas formas de testar. Al parecer la sucesión testamentaria fué el producto de una larga evolución. Es indudable que en el Derecho Romano de los tiempos históricos, -- fué donde la sucesión testamentaria adquirió todo su desenvolvimiento e importancia, llegando a ser la típica sucesión romana.

La herencia en el Derecho Romano y en el Derecho -- Moderno:

"El Heres típico romano, no es -- el heredero legítimo, sino el instituido en testamento. Que la sucesión testamentaria prevaleció sobre la legítima y ambas son contemporáneas, es algo que se infiere en un sereno exámen de toda la historia -- del derecho hereditario romano. El favor testamenti se afirma en términos categóricos, y no por guardar -- consideración a la voluntad del testador, como nos lo precisan ciertos acordes dictados de la costumbre, -- la ley y la jurisprudencia, que a -- veces se pronuncian contra ella, si no por razones que derivan de la -- singular naturaleza del viejo organismo familiar".¹⁰

La sucesión legítima no era más que una forma suppletoria, que recibió por ello la denominación de sucesión "ab intestato", Bien puede afirmarse que el testamento, -- con sus características más propias y que han perdurado, -- es una institución eminentemente romana.

¹⁰ ■ "La herencia", en el Derecho Romano y en el Derecho Moderno en Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo VI, Pág. 45

El testamento, escribe IGLESIAS SANTOS:

"Es una antiquísima institución genuinamente romana, y resulta empeño inútil el querer definirlo con recursos filológicos o conceptuales suministrados por ordenamientos jurídicos de otros pueblos que no lo conocieron, el testamento, o cuando menos a lo romano. Nada provechosa la comparación entre la Helénica y el *testamentum*. El testamento Griego como en el testamento Greco Egipcio, falta una institución de herederos en el sentido romano. Allí sólo hay dos cosas; Adopción y simple disposición de bienes, y no hay incompatibilidad de sucesiones, acefamiento, distinción entre capacidad contractual y capacidad de testar, nulidad de la inatitución *ex re certa*".¹¹

Mas las grandes transformaciones que experimentó el Derecho Sucesorio Romano, no impidieron que a través de la larga y complicada evolución del mismo, existiesen dos notas fundamentales que constituyen rangos distintivos de dicho Derecho, como son:

A).- *El principio de la sucesión universal*. En virtud de él, dicen Jors y Kunkel, "El heredero adquiría los bienes hereditarios de una sola vez y en conjunto, no separadamente o en porciones; y de él es una consecuencia *hereditas* y la adquisición de objetos singulares de ella por legado *legatum*".¹²

B).- En consecuencia, la consideración de esa *sucesión universal* como en todo del que formaban parte las *deudas* del causante y, consiguientemente, la responsabilidad personal e ilimitada del heredero por razón de dichas *deudas*.

¹¹ La herencia en el Derecho Romano y Derecho Moderno, Ob. Cit. Pág. 46

¹² JORS Y KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, Pág. 437.

CASTAN TOBEÑAS, dice al respecto:

"El derecho sucesorio tiene un fundamento familiar, aunque el objeto de la herencia, en época histórica, no sea otro que el patrimonio. Sometiéndose las relaciones patrimoniales a un juego de movilidad que llevará a incesantes crisis y mudanzas, el traspaso de las mismas se hizo siempre de acuerdo con la estructura familiar. Cabalmente la originalidad del derecho hereditario romano estriba en que, pese a sus profundas transformaciones, tantas y tales, y a lo largo de toda la historia romana, que a caso no sean iguales en cualquier otra esfera del Derecho Privado, nunca fue ajeno a las dictadas de dicha estructura".¹³

3.- DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO Y COLONIAL:

Rasgos Generales de la evolución del Derecho Sucesorio en España. La circunstancia de que el pueblo visigodo fuese el más romanizado de los Bárbaros, explica que sus monumentos legales, en lo referente al Derecho Sucesorio, nos presenten un claro influjo de Derecho Romano, pero también nos muestran visibles huellas de los principios germánicos. En definitiva, es una característica del derecho visigodo la libertad de testar con fuertes limitaciones familiares. Durante la reconquista los Fueros Municipales y Nobiliarios toman la influencia germánica como idea inspiradora,

CLEMENTE DE DIEGO, dice:

"La de fomentar la población y exaltar el principio familiar, fueron consecuencia de ello lo reducida y limitada que estaba la facultad de testar, el llamamiento en la sucesión intentada a los hijos de -

¹³ CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Reimpresión de la 7a, ed. Tomo VI, Vol. I, la Sucesión en general, Ed. Peuz, S.A. 1969. Pág. 31 y 32.

concubina o barragana en defecto - de hijos legítimos, la admisión de la troncalidad y algún pequeño rasgo de primogenitura".¹⁴

Para los tratadistas históricos del Derecho Castellano, así como para los redactores de las Partidas, la herencia no era otra cosa que un modo universal de adquirir el dominio. se concebía la herencia como "universal patrimonio de alguno, con sus cargas". Nadie podía adquirir la herencia sin que primero se defiriera, esto es, se le diera por llamado a ella. Se defiere la herencia por testamento y faltando éste, por *ab intestato*.

En las leyes de Partidas, fueron dos las especies de testamento admitidas, así como por la Novísima Recopilación; los nuncupativos o abiertos, y los escritos o cerrados; admitiéndose también la existencia de los codicilos, en los cuales ya fueran abiertos o cerrados, habían de intervenir cinco testigos que supieren firmar.

JOSE MA. OTS Y CAPDEQUI, nos dice al respecto:

"Tenían prohibición de testar -- los siguientes; Los varones menores de catorce años, y las mujeres menores de doce, los desmemoriados (como tales consideraba las partidas a los locos o mentecastos); el desgasado o pródigo, los mudos o sordos -- que no pudieran hablar ni supieren escribir, los religiosos profesos y los condenados a muerte o deportación, así como los hijos que estuvieren bajo su potestad. La Novísima Recopilación acepta esta lista de incapacidades establecidas por las Partidas, con excepción de los enumerados en último lugar".¹⁵

Las leyes de Toro regularon ampliamente el testamento por comisario, o sea el otorgado por un tercero en -

¹⁴ CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, Pág. 16 (Nueva ed. Pág. 21).

¹⁵ JOSE MA. OTS Y CAPDEQUI, *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*, Pág. ...

virtud de los poderes para testar recibidos a su favor de la persona que quería disponer *mortis causa* de sus bienes. Esta institución fué sancionada más tarde por la Novísima Recopilación.

Las Partidas aceptaron el principio jurídico romano, según el cual nadie podía morir en parte testado y en parte intestado. Consecuencia de este principio fué de -- que no se admitiera la institución de heredero hasta tiempo cierto o desde tiempo cierto; toda esta doctrina fué ra tificada por la Novísima Recopilación. La institución de heredero podía hacerse también bajo condición, y las condi ciones podían ser; posibles o imposibles, o bién potestati vas, causales o mixtas, según que el cumplimiento de la -- condición dependiese de la voluntad del interesado, del -- azar o del hecho de un tercero, o bién de una mezcla de am bas fuentes generadoras,

Las condiciones imposibles por su propia naturaleza o por ser contrarias al Derecho, se tenían por no puestas y no viciaban la validez del testamento; en cambio, según la opinión de tratadistas tan autorizados como GREGORIO LOPEZ Y ANTONIO GOMEZ,¹⁶ "eran nulos los contratos en que fuese alguna condición de cumplimiento imposible, a pesar de que las leyes castellanas nada declaran al respecto de una manera expresa".

En Castilla, en el siglo XIII, el Fuero Real muestra inclinación preferente al espíritu del Derecho Nacional sobre el Romano, y si bién las Partidas intentan introducir el Derecho Justiniano, la reacción encuentra cauce durante el siglo siguiente, en el ordenamiento de Alcalá, -- que reduce las formalidades testamentarias y suprime la ne casidad de la institución de heredero, así como la incompa

¹⁶ JOSE MA, OTS, Y CAPDEQUI, Ob. Cit. Pág. 68.

tibilidad romana entre la sucesión testada y la intestada. Posteriormente en las leyes de Toro se dictan reglas importantes sobre algunas materias sucesorias y sobre todo se reconoce y reglamenta la institución de los mayorazgos.

En términos generales puede decirse que si bien el Código Civil se separa en mucho de la tradición jurídica romana y de la castellana, lo hace para introducir mejoras en el sistema sucesorio, o para aproximarlos con buen criterio al régimen de las legislaciones forales. Por la diversidad que se presenta en el Derecho de Sucesiones, por haber sido influido por las tradiciones romana y germánica, y por haber utilizado a veces los redactores del Código fuentes contradictorias, la dogmática del Derecho Hereditario no siempre posee en el Código Español la deseable claridad. Es ello lo que ha dado lugar a las controversias doctrinales que se han producido en relación con algunos conceptos básicos, como el de la adquisición de la herencia (materia regulada confusamente con preceptos que parecen ser una mezcla de influjos romanos y germánicos), y el de la determinación de título universal o particular de la sucesión.

Por su parte, RAYO MARTINEZ, nos dice al respecto:

"Cada uno de los conceptos fundamentales del derecho sucesorio, tiene un contenido distinto en el sistema romano, y en el sistema germánico, y que ambos sistemas han aportado ingredientes y concepciones para la formación de los regímenes positivos contemporáneos, por lo que son muchas las instituciones sucesorias de nuestro tiempo, en las que subsisten las huellas de una contradicción interna originada por la pugna latente entre sus propios componentes históricos".¹⁷

Históricamente las legislaciones inspiradas en el

¹⁷ RAYO MARTINEZ, *Derecho Sucesorio "Mortis Causa"*, Pág. 17.

Derecho Romano y, las que admiten una amplia libertad de testar, parecen atribuir el primer rango a la sucesión testamentaria, mientras que las inspiradas en la tradición germánica, tienden a dar preferencia a la sucesión legítima o llegan a no admitir como verdadera sucesión más que ésta última.

En la doctrina moderna parece alcanzar cierto predominio la teoría que dá prioridad a la sucesión legítima, y que es aceptada por legislaciones tan importantes como las de Alemania y Suiza. Pero el Código Civil Español y nuestra doctrina científica, siguen al sistema romano. Así se infiere del artículo 658 del Código Civil Español, que considera a la sucesión legítima como supletoria de la testamentaria.

El Código Civil Español, dice en su artículo 658:

Art. 658.- "La sucesión se difiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley".

Sin embargo, no está exento de razón RAYO MARTINEZ, cuando advierte que:

"Casi todos los derechos contemporáneos y desde luego el nuestro, entre ellos representan una solución transaccional entre las dos tendencias extremas, pues admiten el testamento, pero aseguran a los más próximos parientes una participación necesaria en los bienes dejados por el difunto y llaman a suceder a los parientes cuando no existe testamento".¹⁸

4.- EL TESTAMENTO EN LOS CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.

En principio, empecemos por citar la definición --

¹⁸ RAYO MARTINEZ, OB. CIT. PÁG. 38.

que se daba en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, acerca del testamento.

El Código Civil de 1870, definía el testamento en su artículo 3374:

Art. 3374.- "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".

Y el Código Civil de 1884 decía en su artículo -- 3237:

Art. 3237.- "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento".

Del análisis de los artículos transcritos, vemos que el testador sólo podía disponer de sus bienes, omitiendo sus derechos y deberes, por lo que consideramos que es una definición muy restringida para el difunto.

Los artículos transcritos, se tomaron del artículo 1739 del Código Civil Portugués y del artículo 662 del proyecto Español de 1882. No tuvieron en cuenta que muchas veces en el testamento se hacen revelaciones de paternidad, se reconocen deudas y se expresan datos de toda especie.

Así vemos en nuestro Código Civil vigente, en el cual se da una definición más amplia y nos dice en su artículo 1295:

"Art. 1295.- "Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona espñz dispone de sus bienes y derechos y de clara o cumple deberes para después de su muerte".

Tanto en nuestro Código Civil vigente, como en el Código Civil de 1884, el testador tiene plena libertad de disponer de sus bienes por testamento, con la única obligación de que cumpla con sus obligaciones previstas por la ley, tales como dejar una pensión de alimentos a sus parientes consanguíneos en línea recta o colateral y al cónyuge supérstite.

En el Código Civil de 1884, no se reconocía el derecho de la concubina, sino se vino a reconocer ésta en nuestro Código Civil vigente.

La limitación a la libertad de disponer de sus bienes por el testador, que se establecía en el Código Civil de 1884, estaba supeditada al hecho fundamental a que el acreedor alimentario no tuviera bienes; por consiguiente, es de suponerse que no era una alimentación absoluta que en todo caso se presentase, sino simplemente se impondrá al testador cuando sus parientes carezcan de bienes o éstos no sean suficientes.

Pero en el Código Civil de 1870, no se admitió la libertad de que el testador pudiera disponer de sus bienes para después de su muerte, sino se limitó tal libertad de testar.

Al respecto, ROJINA VILLEGAS nos dice:

"En realidad se instituyó un régimen en el cual el testador sólo podía disponer de una parte pequeña de sus bienes, dejando el resto a sus herederos consanguíneos en línea recta ascendente o descendente; a ésta se le llamó institución legítima".¹⁹

En su artículo 3460, el Código Civil de 1870 decía:

Art. 3460.- "Legítima es la porción de bienes destinada por la ley a los herederos en línea recta, ascendientes o descendientes, que por ésta razón se llaman forzosos".

Por institución legítima se entendía la porción de bienes que forzosamente debería dejar el testador a sus parientes consanguíneos en línea recta, ascendientes o descendientes, y en caso de que el testador no cumpliera con ésta disposición establecida por la ley, era nulo dicho testamen

¹⁹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo IV, 5a. ed., México, D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 349.

to, criterio que viene a reforzar el artículo 3461:

El artículo 3461 del Código Civil de 1870 decía:

Art. 3461.- "El testador no puede privar a sus herederos de la legítima, sino en los casos expresamente designados por la ley".

La noción de una legítima supone una legislación que en principio reconozca la libertad de testar, pero que no la considera absoluta. Es un compromiso entre el derecho individual y el derecho familiar; requiera una civilización ya desarrollada, en el cual se busque una conciliación entre un principio absoluto y las exigencias de un nuevo estado social.

Según el Código Civil de 1870, cuando el testador tenía hijos legítimos o legitimados, a éstos les correspondía las cuatro quintas partes del caudal hereditario; es decir, que se deducían las deudas y se obtenía el remanente, y de éste remanente el testador podía disponer de una quinta parte. Por tal razón, se comprendía que el testador estaba limitado por la ley para disponer libremente de sus bienes. Así vemos que su artículo 3463, decía:

Art. 3463.- "La legítima consiste en cuatro quintas partes de los bienes, si el testador sólo deja descendientes legítimos o legitimados; en dos tercios, si sólo deja hijos naturales; y en la mitad, si sólo deja hijos espúrios".

La sanción impuesta en el Código Civil de 1870, -- fué declarar inoficioso el testamento. Naturalmente que si los herederos forzosos morían antes que el autor de la herencia, quedaba ya sin efecto la legítima y podía ya disponer libremente éste éste de la parte que caducó; este criterio lo viene a reforzar el artículo 3485;

Art. 3485.- "Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto".

Por su parte, el artículo 3498, decía:

Art. 3498.- "El que no tiene he-

herederos forzosos, puede disponer libremente de sus bienes en favor de cualquiera persona que tenga capacidad legal para adquirirlos".

También aceptó causas de desheredación y fijó como en el Derecho Español, la porción legítima que debía reconocerse necesariamente a los parientes consanguíneos.

De este régimen se pasó al Código Civil de 1884, - en el que la libertad de testar se permitió tal como existió en un principio el del derecho Romano, pero se impone - en nuestro Código anterior la obligación de dejar alimentos a los parientes consanguíneos y al cónyuge superviviente, de lo contrario el testamento resultaría inoficioso. El Código Civil vigente, sigue este sistema.

Por su parte, LEOPOLDO AGUILAR CARBAJAL, dice:

"Que el sistema de la libertad de testar consiste en que el testador pueda disponer de sus bienes, salvo las limitaciones establecidas por la ley, que son dejar alimentos a las personas a quienes tiene obligación legal de sostener; en consecuencia, es libre de dejar sus bienes a las personas que desee; en cambio, el régimen de la legítima presupone una limitación a la libertad de testar, ya que el testador tiene la obligación de dejar parte de sus bienes a los parientes más allegados, y sólo es libre de dejar sus bienes a quien quiera la parte sobrante".²⁰

El Código Civil de 1884, decía en su artículo 3230:

Art. 3230.- "El heredero representa a la persona del autor de la herencia".

Es decir, para hacer resaltar este fenómeno de la sucesión, expresaba que el heredero representaba a la persona

²⁰ LEOPOLDO AGUILAR CARBAJAL, *Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, 4a. ed, México, D.F., 1980, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 341.

na del autor de la herencia. Esta afirmación no puede sostenerse desde un punto de vista jurídico, puesto que para que exista el fenómeno de la representación, es necesario que exista la persona representada. En consecuencia, no es posible hablar de representación, cuando ha fallecido la persona representada, que es la hipótesis que se plantea. Por ésta razón, la doctrina actual repudia, por antijurídica, la teoría de la representación de los herederos y legatarios respecto de la persona del autor de la herencia; lo único que existe, como lo expresa el artículo 1281 del Código Civil vigente, es una *sucesión*; es decir, que el heredero sucede al autor de la herencia en la titularidad de todo el patrimonio, cosa muy diferente a la representación, que la sucesión tiene por objeto la liquidación de ese patrimonio (herencia) y la aplicación a los herederos y legatarios del activo líquido.

III.- CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO:

Del análisis de la definición del testamento, vemos que es un acto jurídico, que tiene como características las de ser *personalísimo, revocable y libre*, por medio del cual una persona con capacidad dispone de sus bienes y derechos que no se extinguen con la muerte, y además, encontramos otro punto muy fundamental para nuestro estudio, es el de que por medio del testamento se pueden cumplir deberes morales para después de su muerte del otorgante.

RAFAEL DE PINA, nos dice:

"La palabra testamento, puede entenderse sin perjuicio de lo antes expuesto, en dos sentidos; como acto de última voluntad, y como documento en que esta voluntad se encuentra".¹

¹ RAFAEL DE PINA, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Tomo II, 7a. ed. México, D.F., 1977, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 287.

Desde luego que es un acto jurídico, puesto que -- produce efectos en la situación jurídica de los bienes, y -- es un acto unilateral; se limita a la manifestación de la - voluntad del testador; se trata también como en los contra- tos, de su voluntad jurídica, pero en este caso sólo se re- fiere a la suya (de cujus), su carácter, pero quizá más aún la libertad que debe tener el testador, por eso se exige -- que sea unilateral, sea absoluta, de manera que no es posi- ble ningún otro acto de persona alguna.

Es importante tratar el testamento como acto jurí- dico, tanto para aplicar su teoría, como para tratar de sus elementos esenciales y de validez, ya que esto nos permite- hacer un estudio de los testamentos válidos, nulos e inexig- tentes, precisando cuáles son los elementos esenciales para su existencia y cuáles son los elementos de validez que -- traen consigo la nulidad absoluta o relativa de este acto - jurídico. Recordando la definición de acto jurídico que nos dá De Pina², "Este acto es una manifestación de voluntad -- que se hace con la intención de producir consecuencias de - derecho, siempre y cuando la norma jurídica ampare esa mani- festación de voluntad".

Así pues, de la definición del testamento se des- prenden los siguientes elementos:

- a.- Una manifestación de voluntad.
- b.- La intención de producir consecuencias de dere- cho,
- c.- Que la norma jurídica sancione esa manifesta- ción de voluntad.
- d.- Que tenga un objeto, o sea producir consecuen- cias de derecho.

Remos dicho que el testamento es un acto *personall* *simo*, porque no puede desempeñarse por conducto de represen- tantes, (la mayoría de los actos jurídicos se pueden efec--

² PAFEL DE PINA, Ob. Cit. Pág. 291.

tuar por medio de un representante, y excepcionalmente algunas deben ser personales). En el caso del testamento, el carácter *personalísimo* estriba en que el testador en persona es el que debe manifestar su voluntad, instituyendo herederos o legatarios, asignando cantidades y distribuyendo bienes. No puede encomendarse a un tercero ni la designación de herederos y legatarios, ni la asignación de bienes o cantidades, ya que a un tercero únicamente puede encomendarse la distribución de cantidades o bienes que hubiese designado el testador a ciertas clases, como huérfanos, ciegos, pobres, etc., fijando una cantidad global o un acervo de bienes.

Por su parte ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, dicen:

"Las disposiciones por causa de muerte, son de carácter personalísimo, en el sentido de que el causante ha de tomar por sí mismo una determinación concreta en cuanto al contenido de su disposición. No puede dejar a terceros el cometido de completar su determinación, ni puede hacer depender del asentimiento de otra la validez de la disposición de última voluntad por él dictada".³

El testamento también tiene como característica otro elemento básico, esencial, que es su REVOCABILIDAD. Es un acto eminentemente revocable, no es más que la sola voluntad del testador para después de su muerte; no produce efectos, sino cuando ya ha muerto; mientras tanto, el testador puede disponer libremente de sus bienes, ya que si cambia de parecer, no afecta de ninguna manera el derecho de tercero.

Así pues, el testamento es un acto revocable. El testador no puede celebrar pacto o convenio por el cual renuncie a la facultad que tiene de revocar su testamento, --

³ ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Derecho de Sucesiones*, Tomo V, Vol. 1, 2ª ed. Trad. Helmut Coing, Barcelona, Ed. Bosch, Casa Editorial, S. A. Pág. 199.

pués tal pacto, no sólo cuando implica renuncia, sino restricción o modificación, es nula por disposición de la ley. (Art. 1493).

RAFAEL DE PINA, nos dice:

"Por ser un negocio *mortis causa*, o de última voluntad, del que únicamente se derivan efectos jurídicos o atribuciones de derechos a partir de la muerte del otorgante, se ha escrito con referencia a esta característica del acto de que se trata, el testamento es mientras que el testador vive, una mera prevención o puro proyecto, que ni a nadie asigna derechos actuales, ni vincula al otorgante a perseverar en su decisión, y que aquí la revocabilidad ilimitada del testamento, que sólo cristaliza como fuente de efectos jurídicos al morir el causante, cual expresión de la última o postura definitiva voluntad de éste",⁴

Así pues, el testador puede llevar a cabo la revocación en forma expresa o tácita; en forma expresa, declarando de plano que revoca el testamento o lo modifica; en forma tácita, haciendo un nuevo testamento y éste sólo hecho implica la revocación del anterior, a no ser que el testador declare que subsiste el primero o que subsiste con determinadas modificaciones.

También el testamento es un acto LIBRE. No puede el testador obligarse por contrato o por convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o bien a transmitir por testamento sólo parte de sus bienes y reservar otra parte para sus herederos legítimos.

Por su parte FERNANDO AGUIRRE, dice:

"Es un acto de libertad, puesto que se dispone de todos los bienes o de parte de ellos, para cuando ya no se recibe ninguna compensación,

⁴ RAFAEL DE PINA, Ob. Cit. Pág. 291.

Parece ocioso que así nos lo diga - la ley, por que el que puede lo más, puede lo menos; pero lo hace así -- porque en el Derecho Romano, no se podía morir en parte testado y en parte intestado. Ahora, en cuanto no se disponga de los bienes, se aplican las reglas de las testamentarias, mientras que en Roma, tal cosa llevaba a la nulidad".⁵

El Testamento *libre* es aquél que ha sido otorgado por la voluntad del testador no afectado por coacción alguna, física o moral.

A primera vista parece que el legislador trata de repetir el principio general, en el sentido de que todo acto jurídico debe ser libre, exento de violencia; pero lo -- que acontece en realidad es que quiere consagrar plena libertad en el testador para revocar el testamento que hubiere otorgado; en cualquier tiempo dejar sin efecto las instituciones de heredero y legatario que hubiese hecho y designar otros nuevos.

En cuanto a la naturaleza jurídica del testamento, los tratadistas de la materia han dado diferentes explicaciones, concibiéndolo como un contrato, como una obligación condicional, etc., nosotros decimos que el testamento no es un contrato, porque para éste se requiere el acuerdo de dos o más voluntades, y dá el caso de que el testamento es una declaración unilateral de voluntad. "Es evidente su calidad de acto jurídico unilateral, con las características que la atribuye nuestra legislación, es lo suficiente satisfactoria para que no haya necesidad de buscar otra".⁶

CLEMENTE DE DIEGO, dice al respecto:

"El testamento no es un contrato,

⁵ARTURO FERNANDEZ AGUIRRE, *Derecho de los Bienes y de las Sucesiones*, 2a. ed., Puebla, Pue., México, 1972, Ed. José - M. Cajica Jr., S. A. Pág. 368.

⁶RAFAEL DE PIÑA, *Op. Cit.* Pág. 788

porque no hay convenio, y el heredero cuando acepta, ya ha muerto el testador; no es una impetración al poder público, 'porque siendo un acto legítimo según la ley, basta con esto para que tenga la protección de la sociedad, sin necesidad de súplica ni de imprecaciones'; y que no es una obligación condicional, 'porque el testador a nada se obliga, ni con nadie se compromete al hacer testamento, y lo puede revocar cuando quiera',⁷

IV.- CONTENIDO DEL TESTAMENTO:

Los autores que han estudiado ampliamente acerca del contenido del testamento, han formulado al respecto opiniones distintas y contradictorias. Antonio de Ibarrola,¹ dice: "son todas las disposiciones que el testador puede ordenar, tanto en relación con sus derechos como sus deberes, es el objeto del testamento".

Entendiéndose que el testamento no es solamente un acto por el cual se transmiten bienes, puesto que es evidente que puede tener y tiene en la mayoría de los casos, un contenido mucho más complejo, ya que el testador puede en efecto, reconocer hijos, confesar deudas, aconsejar y orientar a sus familiares respecto a lo que crea más conveniente. También nos dice PLANIOL², "Que el contenido del testamento es la voluntad del testador, ya que la voluntad del testador debe ser respetada desde que se expresó en la forma requerida por la ley, toda vez que la ley no reconoce efec-

⁷ CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, Pág. 25

¹ ANTONIO DE IBARROLA, *Cosas y Sucesiones*, 5a. ed., México, D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 743.

² PLANIOL, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo X, Vol. I, Trad. de la Dra. Dolia García Daereaux, Buenos Aires, Ed. la Ley, - Pág. 352.

tos de la voluntad del testador, más que cuando ésta revigite la forma de un testamento",

La voluntad debe ser respetada desde que se expresó en la forma requerida por la ley. De ello se dice que puede hacerse un testamento para disponer de un elemento - infino de la fortuna del testador. En la medida en que -- asegura la transmisión de los bienes hereditarios deroga - las reglas de la sucesión ab intestato.

Respecto a si el testamento debe contener la insti tución de heredero, el Código Civil dispone lo siguiente:

a).- Es válido el testamento, sin que necesariamen te tenga una institución de herederos.

Dice el artículo 1378 del Código Civil:

Art. 1378.- "El testamento otorgado legalmente, será válido, aunque no contenga institución de here dero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de here dar".

b).- El testamento puede contener o no la designación de heredero; puede limitarse a desheredar; puede el - testador concretarse a indicar cómo debe realizarse sus fu nerales; puede expresar sus deseos, etc.

c).- El testador puede designar a los herederos en parte de sus bienes; puede disponer del todo o de parte de sus bienes; la parte que no disponga quedará regida por -- los preceptos de la sucesión legítima. (Art. 1283).

V.- DIFERENTES CLASES DE TESTAMENTO:

Se ha dicho que el testamento es un acto jurídico-formal, ya que para su validez se requiere que la voluntad del testador conste por escrito, aunque excepcionalmente - puede manifestarse en forma verbal, como en el caso de tes tamento militar y el privado, cuando los testigos que concu rren no saben o no pueden escribir o por la urgencia del ca

so, es imposible hacer la redacción antes de que muera al testador; en este caso, valdrá la simple manifestación verbal, pero para ello se requiere que los testigos declaren a ciencia cierta sobre lo siguiente:

- 1.- Lugar, día y hora en que se otorgó el testamento.
- 2.- La causa por la que no fué posible hacer el testamento por escrito.
- 3.- La enfermedad o causa que impidió al testador otorgar testamento ordinario.
- 4.- Si el testador murió de la enfermedad que padecía y en que fecha.
- 5.- Si el testador se encontraba en pleno juicio y si manifestó claramente su voluntad. En este caso, los testigos dirán los terminos más o menos textuales de la declaración de voluntad que hizo el autor de la herencia.
- 6.- Que el testador no se encontraba sujeto a ninguna coacción,¹.

En toda clase de testamento la manifestación de la voluntad debe ser expresa. No es válido el testamento, si el testador manifestó su voluntad contestando por medio de monosílabos a preguntas que se le hicieron, o bien respondiendo por señas.

Así, nos dice el artículo 1489 del Código Civil:

Art. 1489.- "Es nulo el testamento en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señas o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen".

El Código Civil, desde el punto de vista formal, clasifica a los testamentos en ordinarios y especiales. Los

¹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo IV, 5a. ed., México, D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 380.

ordinarios son; público abierto, público cerrado y ológrafo. Y los testamentos especiales son: privado, militar, marítimo y hecho en país extranjero.

RAFAEL DE PINA, dice que:

"En la historia del Derecho Sucesorio se han conocido diferentes maneras de testar, que actualmente nuestra legislación desconoce y que, desde luego, por múltiples razones deben quedar fuera de cualquier régimen testamentario. Por ejemplo, el testamento mancomunado, que es -- aquél por medio del cual dos personas en un mismo acto o instrumento hacen su manifestación de última voluntad. Fue utilizado especialmente por personas sujetas al vínculo del matrimonio, y en la práctica -- constituía un testamento sospechoso de falta de libertad, ya que el cónyuge de mayor personalidad, solía imponer su voluntad al de personalidad más débil".²

TESTAMENTOS ORDINARIOS:

a).- TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.- Es un testamento ordinario y formal, en el cual el testador manifiesta su voluntad ante notario y tres testigos, y el notario redacta por escrito esta manifestación. Una vez hecha la redacción dará lectura en voz alta, y si el testador dá su conformidad, será firmado por éste, el notario y los testigos. "No quiere decir que el notario escriba el testamento; puede simplemente dictarlo a un amanuense y cumple con esta formalidad exigida por la ley".¹

El artículo 1504 del Código Civil, dispone:

Art. 1504.- "Tanto el notario como los testigos que intervengan en-

² RAFAEL DE PINA, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Tomo II, 7a. ed. México, D.F., 1977, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 324.

¹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo IV, 5a. ed. México, D.F., 1981, Ed. Porrúa, S. A. Pág. 369.

cualquier testamento deberán conocer al testador o cerciorarse de algún modo de su identidad y de que se halla en su cabal juicio y libre de cualquier coacción".

Pero además de éstos requisitos, el notario debe señalar el lugar y la hora en todo testamento público abierto.

Cuando se otorga el testamento Público Abierto por un sordo, prescribe el artículo 1516:

Art. 1516.- "El que fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento: - si no supiere o no pudiere hacerlo, designará a una persona que lo lea a su nombre".

b).- TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.- Es aquél por medio del cual el testador manifiesta su voluntad en documento privado, que guarda en un sobre cerrado, y que es escrito por el mismo testador o por otra persona a su ruego, firmando todas las hojas y al calce del testamento; si no supiere o no pudiere hacerlo, podrá rubricar y firmar por él - otra persona a su nombre y por su ruego (Art.1522).

En éste testamento interviene el notario y tres testigos, pero sólo para hacer constar en la cubierta del sobre que lo contiene, la declaración del testador, en presencia de los testigos, de que en dicho sobre se encuentra, según lo ha manifestado el testador, un pliego que contiene su testamento. Tanto el notario como los testigos, deberán firmar en la cubierta y el notario pondrá su sello y demás requisitos exigidos por la ley.

El artículo 1531 del Código Civil vigente, dice:

Art. 1531.- "El sordo-mudo podrá hacer testamento cerrado, con tal que esté todo él escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario, ante cinco testigos, escriba en presencia de todos sobre la cubierta que en aquél

pliego se contiene su última voluntad y va escrita y firmada por él.- El notario declarará en el acta de la cubierta que el testador le escribió, así, observándose, además, lo dispuesto en los artículos 1524, 1526 y 1527".

c).- TESTAMENTO OLOGRÁFO.- El testamento olografo, es el que está escrito totalmente de puño y letra del testador y otorgado con sujeción a las formalidades prescritas por la ley, para las disposiciones de última voluntad de esta clase. Este documento debe otorgarse por duplicado y guardarse en un sobre cerrado cada uno de los ejemplares; - el original se presentará dentro de un sobre cerrado y lacrado en el Archivo General de Notarias, y el duplicado, -- también cerrado en un sobre lacrado, se presentará ante el Director del Registro Público de la Propiedad, y se manifestará ante dicho Director y en presencia de los testigos, -- que en ese sobre se contiene el testamento. Debe comparecer directamente el testador y hacer esa manifestación.

TESTAMENTOS ESPECIALES:

a).- EL TESTAMENTO PRIVADO.- El testamento privado se caracteriza porque puede ser otorgado por escrito u oralmente. En ambos casos es válido, siempre y cuando reúna -- los requisitos establecidos por la ley. En el otorgamiento no interviene ningún funcionario público, sino sólo testigos.

Los casos en que puede otorgarse este tipo de testamento, están previstas en el artículo 1565 del Código Civil, y son:

Art. 1565.- "El Testamento privado está permitido en los casos siguientes:

I.- Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que -

concurra notario a hacer el testamento;

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

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

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

Del artículo transcrito se desprende que es necesario que el testador no pueda otorgar testamento ológrafo.

En el testamento privado, el testador declara su última voluntad en presencia de cinco testigos idóneos, (en casos de suma urgencia, los testigos pueden ser sólo tres. - Art. 1569); en otras palabras, que no tengan impedimento legal para hacerlo; y lo escribirá, pero si no puede hacerlo, uno de los testigos lo asentará por escrito el testamento. En la forma oral, el testador declarará ante los testigos, su voluntad; ésta forma se empleará cuando el testador no puede o no sepa escribir; a esto viene a reforzar el artículo 1568 del Código Civil vigente, al decir:

Art. 1568.- "no será necesario redactar por escrito el testamento cuando ninguno de los testigos sepa escribir y en los casos de suma urgencia".

El testamento privado sólo tendrá validez y surtirá sus efectos, si el testador fallece de la enfermedad o del peligro en que se hallaba al otorgar el testamento, o dentro de un mes de que hubiere desaparecido la causa que motivo su otorgamiento.

Para que surta sus efectos el testamento privado, es necesario que se declare que es válido por la autoridad-

judicial, declaración que deberá ser pedida por los interesados inmediatamente después que supieren la muerte del testador y la forma de la disposición. La elevación a formal-testamento, se lleva a cabo por los trámites señalados en los artículos del 884 al 887 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En los casos en que el testamento se haya otorgado sólo de palabra, es parte legítima para pedir esta declaración:

- a).- El que tuviere interés en el testamento,
- b).- El que hubiere recibido en él algún encargo del testador. (Art. 885 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Una vez hecha la solicitud ante la autoridad competente, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia, con citación del Agente del Ministerio Público, y se recibirá la información de los testigos, respecto al lugar, día, hora, mes y año de otorgamiento; si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador; el tenor de la disposición; si el testador estaba en su cabal juicio y libre de coacción; el motivo por el cual tuvo que otorgarse testamento privado, y si saben que el testador falleció del peligro o de la enfermedad que lo obligó a testar.

b).- TESTAMENTO MILITAR.- El testamento militar es un testamento especial, que se permite sólo en los casos en que el militar o el asimilado al ejército entra en campaña o resulte herido en el campo de batalla. CASTAN TOBERAS¹ nos dice al respecto, que "Únicamente en los riesgos y peligros de la vida de campaña y en la imposibilidad en que se encuentran los sujetos a ella de testar en las formas ordi-

¹ RAFAEL DE PIÑA, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo II, 7a. ed., - Ed. Porrúa, S.A., Pág. 349.

narias",

Por su parte, el artículo 1579 del Código Civil dice:

Art. 1579.- "Si el militar o el asimilado del ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra".

Esta disposición también es aceptada para los prisioneros de guerra.

Cuando es por escrito dicho testamento, deberá ser entregado luego que muera el testador, por la persona en cuyo poder haya quedado, al jefe de la corporación, para que se remita a la Secretaría de la Defensa Nacional, a fin de que ésta, a su vez, lo haga a la autoridad judicial competente. En el caso de que únicamente exista la declaración verbal, los testigos informarán al jefe de la corporación para que éste dé parte a la Secretaría de la Defensa Nacional y a su vez ésta denuncie el caso al Juez competente. El juez citará a los testigos para que, como en el caso del testamento privado cuando se otorga oralmente, declaren a ciencia cierta sobre lo siguiente:

- a).- Lugar, día, hora, mes y año en que se otorgó el testamento verbal.
- b).- Haber conocido al testador, así como haberlo identificado y reconocido en el acto en que se hizo el testamento.
- c).- Indicarán el testador de la disposición testamentaria. En este caso, informarán al juez sobre las palabras y dason del testador.
- d).- Declararán si el testador se encontraba en su sano juicio y libre de coacción.

- e).- Si el testador murió de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, y
- f).- Indicarán la causa por la cual no pudo hacer testamento por escrito.

Una vez recibida la declaración sobre estos hechos si las informaciones de los testigos coinciden, el Juez considerará que existe legalmente testamento al tenor de la información producida por los testigos.

Esta clase de testamento sólo producirá sus efectos, si el militar muere de la enfermedad o herida, en el momento del peligro en que se encontraba, o bien, dentro de un mes.

El artículo 1571 del Código Civil, nos dice:

Art. 1571.- "El testamento privado sólo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó".

c).- TESTAMENTO MARITIMO.- Es un testamento especial que se otorga estando el testador en alta mar a bordo de un buque nacional, bien sea de guerra o mercante. El artículo 1583 del Código Civil, nos dice:

Art. 1583.- "Los que se encuentren en alta mar, a bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra o mercante, pueden testar sujetándose a las prescripciones siguientes".

De esto se desprende que representa un privilegio otorgado en favor de los marinos y de los pasajeros, quienes por encontrarse en alta mar, no podrían emplear ninguna de las formas de los testamentos ordinarios. Y para que se pueda otorgar se requiere:

- a).- Que el testador viaje a bordo de un navío de la Marina Nacional, de guerra o mercante; de

donde se deduce que puede ser marinero o pasajero;

- b),- Que la embarcación se encuentre en alta mar, pues si estuviere anclada, podría hacerse en forma ordinaria;
- c),- Que haya algún peligro de muerte, ya sea por enfermedad o por hundimiento.

Este testamento siempre deberá otorgarse por escrito y por duplicado, en presencia de dos testigos y del capitán del navío; y en caso de que el capitán sea el que quiera otorgar testamento, hará sus veces el que deba sucederle a bordo, observándose respecto a la fecha, firma y lectura, las reglas del testamento público abierto, pero siempre estará firmado por el capitán y dos testigos. (Art. 1584 y 1585).

RAFAEL ROJINA VILLEGAS, nos dice al respecto:

"El testamento marítimo se caracteriza, por consiguiente, como testamento especial en forma escrita, en tanto que el privado y el militar son los únicos testamentos especiales que pueden revestir la forma escrita o la oral".³

Este tipo de testamento, una vez hecho por duplicado, se conservará entre los papeles más importantes de la embarcación, y de él se hará mención en su diario. Si el buque llegará a un puerto extranjero, en donde existiere agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicanos, el capitán depositará en su poder uno de los ejemplares del testamento, fechado y sellado con una copia que debe constar en el Diario de Navegación. Arribado a un puerto nacional, entregará el otro ejemplar a la autoridad marítima, sellado y fechado, con la copia del asiento que aparezca en el diario de navegación.

³ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo IV, 5a. ed. México, D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 385.

Los agentes diplomáticos, cónsules o las autoridades marítimas que reciban el o los ejemplares del testamento, levantarán acta de entrega y la remitirán con aquél o aquéllos, a la mayor brevedad a la Secretaría de Relaciones Exteriores, la que mandará publicar la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento (Art, 1590),

"El legislador se equivocó al disponer que se promueve la apertura, siendo que éste testamento es abierto; - debe decir el juicio sucesorio".⁴

El testamento marítimo, solamente produce efectos legales falleciendo el testador en el mar o dentro de un mes contado desde el desembarque en algún lugar, que conforme a la ley mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar y otorgar otro nuevo. No se puede hablar de ratificación sino de otorgamiento de otro testamento.

d).- TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO.- Es un testamento especial, que puede sujetarse a las formalidades de la ley extranjera, cuando tenga su ejecución en la República Mexicana, o bien, puede otorgarse ante los diplomáticos o cónsules mexicanos, observando las formalidades de la ley mexicana. Respecto a la forma deberá observarse la del país en donde se otorgue, y tiene plena validez en la República, en virtud del principio de que el lugar rige el acto (locus regit actum), pero los mexicanos que se encuentran en el extranjero, podrán optar entre la forma que establece la ley local, y ocurrir a los secretarios de legación, cónsules o vicecónsules mexicanos en el extranjero, quienes podrán hacer las veces de notarios, para el otorgamiento --

⁴ LEOPOLDO AGUILAR CARBAJAL, *Derecho Civil*, 4a. ed. México, - D.F., 1980, Ed. Porrúa, S.A, Pág. 361.

TESIS DONADA POR D. G. B. - UNAM

CAPITULO SEGUNDO,

LA EFICACIA DEL TESTAMENTO,

I.- LA IDEA DE EFICACIA JURIDICA REFERIDA AL TESTAMENTO, LA INEXISTENCIA Y LA NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS;

Vamos a comprobar una vez más, que el testamento es un acto jurídico. En la teoría general del acto jurídico se presentan como motivos de la invalidez, la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

En cambio, en el testamento sólo existen: *testamentos válidos o testamentos nulos*; en otras palabras, no hay nulidad relativa.

CLEMENTE DE DIEGO, explica:

"La ineficacia del testamento -- puede ser originaria, coetánea al otorgamiento de la última voluntad del vicio inherente a su confección, o puede ser adquirida con posterioridad; los testamentos nacen ineficaces o se hacen, refiriéndose lo primero a la nulidad que implica -- que el testamento no existió o está privado de valor '*ab initio*', sin ser susceptible de convalidación; y suponiendo lo segundo un testamento válido en el origen, susceptible -- por sí de producir efectos, pero -- que no llega a producirlos por hechos posteriores bastante a detenerlos, como en los casos de revocación o de caducidad".¹

El Código Civil hace referencia a la nulidad del testamento, y de la institución de herederos o legatarios.

¹ DR. LUIS MUÑOZ, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo II, México, - D.F., 1971, Ed. Modelo, Pág. 477.

del testamento público, abierto o cerrado, así como el Director del Archivo de Notarías, para el otorgamiento de los testamentos ológrafos,

Si el testamento fuere público abierto, deberán remitir copia autorizada a la Secretaría de Relaciones Exteriores, a fin de que se publiquen avisos con objeto de que los interesados inicien el juicio, y si el testamento fuere ológrafo, el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá, por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el término de diez días, al encargado del Registro Público, del domicilio que dentro del Distrito Federal señale el testador.

Puede confiarse la guarda del testamento al Secretario de legación, cónsul o vicecónsul, quien deberá hacer mención de esta circunstancia en el testamento, y entregará recibo (Art. 1597),

El papel en que se extiendan los testamentos otorgados entre los agentes diplomáticos o cónsules, llevará el sello de la legación o consulado respectivo; por consecuencia, además de éstas normas, también deberán observarse las específicas de cada especie de testamento.

Así en su artículo 1485, nos dice;

Art. 1485.- "Es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge, o de sus parientes".

Por su parte, ROBERTO DE RUGGIERO, nos dice al respecto:

"Ante todo, de los principios generales propios del negocio jurídico, se desprende que la voluntad del testador debe estar exenta de vicios. La invalidarán, pues, el dolo, el error, y la violencia. Influye en esta voluntad el error de derecho o de hecho, el que versa sobre la persona del destinatario, sobre cualidades de éste, consideradas de modo especial por el testador, o sobre el objeto de la disposición".²

Así pues, podemos decir que la nulidad resulta de un vicio originario, que puede afectar al fondo, o que puede referirse a la forma del testamento.

Resulta nulo un testamento por un vicio de fondo, cuando el testador carece de la capacidad necesaria, bien por falta de conocimiento del acto (menores, locos), o bien porque no haya gozado de la libertad, al ejecutarlo, que exige la ley.

También nos dice RUGGIERO:

"El testamento es un acto formal y solemne; precisan para su existencia el documento escrito (que aquí es requerido *and substantiam* como elemento esencial del negocio), y otras formalidades solemnes que el declarante no puede omitir ni sustituir. Fiján-

² ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen 2o, Trad. de la 4a, ed., por Román Serrano Suárez y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Ed. Arreuz, S.A. Pág. 481.

dose en las diversas formas de que la voluntad testamentaria puede revestirse, distingue la ley entre testamentos ordinarios y especiales, y en cada uno de estos grupos-especies diversas que se estudiarán en el siguiente. Basta con advertir aquí que siempre es ineficaz la voluntad oralmente manifestada (testamento nuncupativo), aún cuando ésta sea seria, cierta o puede fácilmente probarse³.

Respecto a los testamentos nulos por haber sido captados por dolo o fraude, hay que decir que algunos autores -- distinguen entre *sugestión* y *captación* de un testamento.

Una voluntad es sugerida, o sea que hay *sugestión*, cuando el testador ha querido hacer las disposiciones que ha hecho con la mira de librarse de ciertas molestias, que se le están acarreado. Y en cuanto a la *captación*, consiste en -- apoderarse de la benevolencia de una persona, y en obtener de ella determinadas liberalidades por el afecto que se le inspira. Sólo habrá que tomarse por nula la disposición testamentaria, si ha mediado dolo o fraude, como lo pide la ley.

Es inválida la disposición emitida bajo la influencia del dolo, ya éste sea empleado por el beneficiario o por un tercero, ya para obtener una disposición testamentaria favorable, ya para revocar la perjudicial.

Así, dice ROBERTO DE RUGGIERO:

"El dolo adopta las formas de *captación* y de *sugestión*, consistente en el empleo de artes y medios ilícitos para despertar en el testador sentimientos diversos de los que le animan, produciendo en él rencores o sospechas contra la persona a quien hubiere querido favorecer, o afectos o inclinación en favor de aquélla a quien habría seguramente olvidado. El consejo, la presunción, el halago, no --

³ ROBERTO DE RUGGIERO, Ob. Cit., Pág. 472 y 473.

hasan para que la voluntad del testador pueda estimarse coartada o menos espontánea; el medio empleado ha de ser ilícito, revestir caracteres dolosos o consistir en maquinaciones fraudulentas".⁴

El Código Civil establece de manera expresa e inequívoca que el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que éste deba ser nulo conforme a la ley. (Art.1490).

Por otro lado, el Código Civil en su artículo 80.- se dispone:

Art. 80.- "Los actos ejecutados -- contra el tenor de las leyes prohibi-vas o interés público, serán nulos, - excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

Con éstos elementos podemos considerar que cuando en el testamento se persiga un fin ilícito por parte del testador, estará afectado el testamento de nulidad absoluta. Luego entonces se necesita precepto expreso que declare que un testamento esta afectado de nulidad relativa, atribuyendo le las características de la confirmación o de la prescripción, para derogar esta norma general. En el testamento no encontramos ninguna disposición especial que determine la nulidad relativa del acto, y por tanto, debe clasificarse como una nulidad absoluta.

Por su parte FERNANDEZ AGUIRRE, nos dice:

"Un testamento nulo puede ratificarse. Si la nulidad procede por falta de capacidad al ejecutarlo; puede ratificarse con las mismas solemnidades que si se otorgara de nuevo. Por otras causas, la ratificación deberá consistir más que una verdadera ratificación, en el otorgamiento de un testamento nuevo. Uno carente de for-

⁴ ROBERTO DE RUGGIERO, Ob. Cit., Pág. 482.

ma no resulta ratificable. La ratificación sería indubitable, pero el testamento ratificado seguiría siendo motivo de duda".⁵

En consecuencia, podemos decir que los perjudicados por el testamento podrán invocar en cualquier tiempo la nulidad, ya que esta no es un acto susceptible de confirmación, porque si el testador revoca su testamento y hace uno nuevo en el que ya no se contenga la finalidad ilícita, no se tratará entonces de una ratificación, sino de un nuevo otorgamiento.

RUGGIERO, también nos dice:

"Hay nulidad en sentido estricto, cuando todo el testamento o una de sus disposiciones no son válidas por falta de un requisito esencial, o por inobservancia de una norma inderogable. Nulo es el testamento que no se hace en forma escrita o que aún siendo escrito carece de las solemnidades prescritas; es nulo también cuando el testador es incapaz. De aquí deriva que el testamento posterior nulo, como es ineficaz, tampoco puede revocar el testamento anterior (Art. 918). Además de la nulidad hay la anulabilidad o rescindibilidad de la disposición por vicios que la afectan (por ejemplo, un vicio de voluntad), o por inobservancia de un precepto que no genera cuando es infringida la nulidad del acto, pero que confiere al interesado una acción de impugnación del mismo. A estas causas hay que añadir aquellas por las que una disposición está sujeta a la acción de reducción".⁶

⁵ ARTURO FERNANDEZ AGUIRRE, *Derecho de los bienes y de las Sucesiones*, 2ª ed. Puebla, Pue., México, 1972, Ed. José M. Cajón Jr., S.A., Pág. 496.

⁶ ROBERTO DE RUGGIERO, *Tomo II, Vol. II, Trad. de la 4ª ed. Italiana por Roman Serhano Suner y José Santa Cruz Teijeiro*, Madrid, Ed. Reus, S.A., Pág. 517.

Al abordar el tema de la nulidad de los testamentos, hay que aclarar que, respecto a ella, carece de aplicación la distinción entre inexistencia y nulidad a que se hace referencia, tratándose de los actos jurídicos en general, pues frente a los actos de última voluntad, la palabra nulidad, como se reconoce por los civilistas más autorizados, -- tiene un sentido autónomo y absoluto, que significa que el testamento nulo no produce efectos y que no es en modo alguno susceptible de ser confirmable ni expresa ni tácitamente, dada la naturaleza de dicho acto. El testamento puede ser simplemente válido o nulo, pero nada más que una de estas -- dos cosas.

RAFAEL DE PINA, nos dice:

"La traslación a los testamentos de la distinción entre nulidad absoluta, nulidad relativa e inexistencia, -- válida para los demás actos jurídicos, en general, sólo puede conducir, aún contra la voluntad de quienes lo soliciten, a conclusiones absurdas e infundadas".⁷

II.- DE LOS TESTAMENTOS NULOS:

No debemos de confundir los casos de revocación o de caducidad, con los de la nulidad.

En la nulidad, el testamento carece de valor desde el día en que fué hecho, sea cual fuere la causa de la muerte del testador, no producirá efecto alguno. En cambio, en la revocación y en la caducidad, se supone un testamento válido desde su origen, y susceptible de producir todos sus -- efectos, y que cae en virtud de una causa posterior.

Así pues, si la causa proviene de la voluntad del-

⁷ RAFAEL DE PINA, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Tomo - II, 7a, ed, México, D.F., Ed. Porrúa, S.A, Pág. 316.

testador, habrá revocación, y si es extraña, como en el caso del fallecimiento de un legatario, habrá caducidad,

Nos dicen RIPERT Y BOULANGER:

"La nulidad es una nulidad absoluta en el sentido de que puede ser solicitada por cualquier interesado. Puesto que el acto jurídico es unilateral aquéllos a quienes perjudique, pueden hacerlo anular. Son los herederos abintestato y los legatarios en virtud de un testamento anterior revocado -- por aquél, cuya nulidad se solicita".¹

En la nulidad absoluta, la mayoría de los autores afirman que la acción es imprescriptible y el testamento nulo no puede ser convalidado por ratificación.

Se considera que la acción es imprescriptible, porque el precepto del Código Civil que establece un plazo de prescripción en los casos de la nulidad por incapacidad, o por error, es aplicable en materia de contratos, de obligaciones, pero no en materia de testamentos.

El testamento hecho por un *incapaz* no llega a convalidarse por el tiempo, cualquiera que sea el lapso que transcurre entre la acción de hacer el testamento y la muerte del testador; no se purga el vicio de incapacidad, porque la ley atiende el momento en que se hace el testamento para juzgar de dicha incapacidad. Si el testador llegare a la edad necesaria para otorgar su testamento y no lo reforma, parecería haber una ratificación tácita; pero esta ratificación en materia de testamento no puede existir por cuanto la ratificación se caracteriza en nuestro Derecho por convalidar el acto retroactivamente, es decir, que la confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo (artículo 2235 del Código Civil).

¹ RIPERT-BOULANGER, *Derecho Civil*, según el Tratado de Planiol Tomo 7, Vol. 10., Sucesiones I^a parte, Trad. de la Dra. De Uta García B., Buenos Aires, Ed. La Ley, Pág. 347.

No obstante que la nulidad absoluta del testamento en cualquier tiempo se puede hacer valer, y que esta acción se puede intentar por los presuntos herederos legítimos (en otras palabras, por los parientes consanguíneos a quienes -- perjudique el testamento), o por el Ministerio Público, la ley fija un término para reclamar la herencia, que es de diez años (acción de petición de herencia). Rojina Villegas, afirma que la nulidad en este caso la puede invocar cualquier interesado, inclusive la Beneficiencia Pública.

No obstante que el testamento implica un acto de *transmisión*, es decir de dominio, y no sólo de bienes determinados sino de un patrimonio, se permite otorgarlo al mayor de 16 años. De esta manera la capacidad para testar se adquiere a dicha edad, lo que constituye una excepción a la regla general que requiere dieciocho,

Ocupémonos ahora de los vicios de la voluntad. -- Además de la capacidad, es elemento de validez en el acto jurídico la manifestación de la voluntad de una manera libre y cierta, o sea que no adolezca de vicios. Si el testador manifiesta su voluntad sin libertad, se dice que es víctima de *violencia* y si no la manifiesta en forma cierta, que es víctima de *error* o del *dolo*.

El dolo, como se sabe, se integra por maniobras y artificios para inducir a error. De ahí que disponga el artículo 1487 del Código Civil:

Art. 1487.- "Es nulo el testamento captado por dolo o fraude".

El *error*, para que nulifique el testamento, debe recaer sobre el motivo determinante de voluntad, es decir, debe ser destructivo de ella. Este criterio lo acoge el artículo 1301:

Art. 1301.- "Las disposiciones hechas a título universal o particular no tienen ningún efecto cuando se fundan en una causa expresa, que resulta

erronea, si ha sido la única que determinó la voluntad del testador".

El error puede recaer en la persona a cuyo favor se hace la disposición, es decir, sobre su identidad personal; en tal caso, la disposición será ineficaz, ya que no se ha manifestado la verdadera voluntad interna. Si solamente hubiere indicación errónea de la persona del heredero o legatario, pero del contexto del testamento o de otros documentos o de hechos resulte claramente determinada la persona del heredero o del legatario, dicha disposición será plenamente eficaz. Y cuando el error verse sobre el objeto, es decir, cuando la cosa legada resulte erróneamente indicada o descrita, pero se conozca sin género de duda el objeto de que el testador quiso disponer, será también eficaz la disposición. No se trata aquí de uno de los motivos internos, sino del motivo único (1) que ha determinado la voluntad del testador, y que se ha exteriorizado mencionándolo expresamente en el acto,²

La nulidad por *violencia* también produce la nulidad del testamento, porque tal voluntad se ha expresado sin libertad. Pero la violencia ejercida no sólo en el testador, sino sobre sus parientes o sobre su cónyuge, implicará la nulidad del testamento.

Expresa el artículo 1485 del Código Civil vigente:

Art. 1485.- "Es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge, o de sus parientes".

Del análisis de este precepto, vemos que se refiere a la violencia moral, al suponer el caso de amenazas; pero *es una* definición incompleta, ya que debería también com--

² ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Trad. de la 4.ª ed. Italiana por Ramón Ferrando Cuñer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Ed. Esp., S.A., 14p. 606.

prender la violencia física, como en el caso de los contratos, que comprende ambos tipos de violencia.

Nuestra ley no precisa que clase de parientes pueden ser víctimas de la violencia, ni hasta que grado podrá considerarse viciada la voluntad según el parentesco. En cambio en los contratos, se necesita que los parientes lo sean en línea recta o en línea colateral hasta el segundo grado; o bien que se trate de violencia sobre el cónyuge. Por lo tanto, en los testamentos hay una mayor amplitud, al no limitar la línea colateral a cierto grado.

Expresa ANTONIO DE IBARROLA:

"La nulidad que se origina con motivo de la violencia, se considera relativa para el acto jurídico en general, Art. 2237: 'La acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por violencia prescribe a los seis meses, contados desde que cese ese vicio del consentimiento'. Aquí no tenemos ya un artículo que diga que ese precepto es aplicable a todo acto jurídico, como para el caso del error y del dolo. No podríamos aplicar al testador ese plazo de seis meses, ni sería necesario; el testador puede revocar su testamento en cualquier momento, a partir del instante en que cese la violencia".³

Nulidad por falta de forma. En nuestro Derecho, los actos jurídicos se clasifican en solemnes, consensuales y formales. El testamento es un acto jurídico solemne y sólo por excepción es consensual. Por regla general, los testamentos son actos jurídicos solemnes en cuanto a la categoría o forma sustancial que caracteriza para cada tipo la ley, al determinar las diferentes especies de testamento, -

³ ANTONIO DE IBARROLA, *Cosas y Sucesiones*, 5a. ed., México.- D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A., pág. 719.

como son el público abierto, el público cerrado, el ológrafo, etc., Dentro de cada una de esas categorías o formas sustanciales, deben observarse determinadas formalidades, cuya violación originaría la nulidad del testamento de que se trate.

El artículo 1491 del Código Civil vigente, dispone:

Art. 1491.- "El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la Ley".

No dice de que nulidad se trata, y así, si recurrimos al capítulo de nulidades, nos encontramos que por regla general, la inobservancia de la forma produce la nulidad relativa del acto jurídico; en los contratos se admite la confirmación y ratificación del acto en los casos en que no se observó la forma legal. Según el artículo 2231, hay ratificación expresa y ratificación tácita.

Pero en materia de testamentos no puede haber confirmación en el sentido de revalidación retroactiva, ya que ésta sólo es aplicable en materia de obligaciones y contratos.

Ordena el artículo 2234 del Código Civil:

Art. 2234.- "El cumplimiento voluntario por medio de pago, novación o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita, y extingue la acción de nulidad".

Así pues, los vicios de forma producen la nulidad total del testamento. Las formas establecidas por la ley tienen una finalidad indispensable para que pueda ejecutarse un testamento; el que se tenga la completa certeza de que en esa la voluntad del testador. Y es que sin las formas que la ley impone, no se llega a tal certidumbre; es decir,

no se logra conocer a ciencia cierta la voluntad del autor y no puede ejecutarse porque no se sabe cuál fué esa voluntad. Las formas tienen como resultado inmediato el lograr una prueba plena preconstituida; si no resulta una prueba plena, queda lugar a duda, y la duda es, en rigor, una carencia del conocimiento. Por tal razón, alguna de las exigencias de la ley constituyen realmente requisitos de solemnidad, y evidentemente producen la nulidad del testamento.

ANTONIO DE IBARROLA, nos dice:

"Fuera del caso que prevé el artículo 2o., de la LIAP, el testamento en que no se ha observado la forma es jurídicamente inexistente, y así parece confirmarlo Rojina Villegas (RV, - 343); no puede formularse por monosílabos del testador respondiendo a las preguntas que se le hagan (Art. 1489), etc.. No se trata entonces de que la falta de forma produzca la simple nulidad, si no la inexistencia del acto, porque la voluntad no se ha manifestado en forma jurídica".⁴

(Artículo 2o. de la LIAP: "Nunca se declarará nula una disposición testamentaria hecha en favor de la Asistencia Privada por defectos de forma, de modo que en todo caso se obedezca la voluntad del testador).

III.- DE LA CADUCIDAD DE LOS TESTAMENTOS:

La caducidad en el testamento es el hecho de que siendo válido, queda sin efecto, total o parcialmente, por razones distintas de la revocación. Estas razones son tales que hacen imposible la ejecución del testamento válido y no revocado,

⁴ANTONIO DE IBARROLA, *Cosas y Sucesiones*, 5a. ed., Editorial Porrúa, S.A., 1981, Pág. 271.

Es decir, que el testamento para que caduque, es necesario que sea existente y válido, ya que la caducidad proviene de acontecimientos posteriores al fallecimiento -- del testador, y consecuentemente, no depende de su voluntad.

ROBERTO DE RUGGIERO, explica:

"La caducidad es la ineficacia de una disposición testamentaria por causa sobrevenida; tratase de un obstáculo que no existía al tiempo de otorgarse el testamento, pero que sobreviene, de modo que mientras la disposición es válida en sí, por causa de dicho obstáculo resulta ineficaz. Estos obstáculos son aquéllos que de existir al tiempo de hacer la disposición hubieran determinado su nulidad. Son dignos de mención aquí la preterencia del favorecido por el testador o su comorencia; la ausencia, la renuncia, el incumplimiento de la condición suspensiva o la indignidad del llamado o el no llegar éste a existir", 1

Por su parte, el artículo 1497 del Código Civil, nos dice:

Art. 1497.- Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios:

I,- Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado;

II,- Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado;

III,- Si renuncia a su derecho.

Así pues, podemos decir que hay causas de caducidad

¹ ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, 4a. ed, Italiana, Trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Ed. Reuz, Madrid, Pág. 517 y 518.

que dependen de la persona del beneficiario, y causas que dependen de la cosa legada. Puede también resultar caduco un testamento por la no realización de la condición de que depende el beneficio. No sólo caducan los testamentos; puede también caducar un legado.

RIPERT Y BOULANGER, nos dicen al respecto:

"La caducidad del legado no es otra cosa que una imposibilidad de ejecución. Se debe a que el legatario no puede recibir la cosa legada o a que esta cosa ha desaparecido. El resultado práctico es el mismo que si hubiere nulidad, pero la causa es diferente. La nulidad supone la violación de una regla legal en la confección del testamento; el legado está condenado a no producir efectos desde el comienzo. La caducidad por lo contrario, alcanza a una disposición testamentaria que habría sido hecha válidamente; el legado se torna ineficaz por causa de un hecho vinculado con la apertura de la sucesión".²

Si el legado es condicional, es necesario, para que haya tal transmisión, que el legatario viva al tiempo de realizarse la condición suspensiva. Entonces la condición es la que opera la transmisión de los derechos, y el legatario no los tiene mientras no se realiza dicha condición. En consecuencia, si muere antes de la realización del hecho que constituye la condición suspensiva, no llegó a adquirir, no llegó a estar el derecho en su patrimonio, y el legado resultó caduco. Esto no sucede en los casos de la condición resolutoria, porque ésta no afecta el derecho en cuanto a su existencia inmediata, sino en cuanto a su duración, a su terminación; bastará que el beneficiario sobreviva al testador, para que no haya caducidad,

²RIPERT Y BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil, Sucesiones*, 1a. parte, Tomo X, Vol. 1, Trad. de la Dra. Delia García Baireaux, Ed. la Ley, Buenos Aires, Pág. 279 y 371.

ROJINA VILLEGAS, dice al respecto;

"El testador puede imponer condiciones suspensivas o resolutorias para los legados y que si no se cumple la condición suspensiva, el legatario no llega a adquirir la cosa, librándose el responsable del legado. Si se trata de un heredero, en tonces se abrirá a sucesión legítima por la parte que caducó".³

El testamento se hace para una persona determinada y no puede abrirse sino en favor del instituido. Es preciso por lo tanto, que éste viva al abrirse la sucesión, ya que su muerte previa hace imposible la ejecución del testamento. Se trata en este caso de un hecho ajeno al testador, pero anterior a su muerte. Naturalmente que si muere después que el testador, siquiera sea un instante después, se verifica la transmisión de bienes a su favor; entran estos bienes al patrimonio del heredero, y, a su vez, se transmiten a los herederos del heredero, toda vez que la transmisión hereditaria se opera en el momento mismo de la muerte del autor de la sucesión. Pero esto es en el caso en el cual la institución es lisa y llana, más cuando se le subordina una condición, en tanto no se cumpla, no se ha adquirido el derecho,

Por incapacidad, el testamento será caduco si el heredero o legatario se hacen incapaces de recibir la herencia o legado. (Artículo 1497, ya transcrito).

La ley habla de que el beneficiario se hace incapaz de recibir la herencia; esto quiere decir, que si la incapacidad existe desde antes de la facción del testamento, éste no es caduco, sino que el testamento es nulo. La ley

³ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo IV, 5a. ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1981. Pág. 388.

tiene interés en que los incapaces de heredar no hereden; no se pueden ejecutar actos que produzcan efectos en favor de quienes la ley no acepta tales efectos, y por eso el testamento resulta nulo,

La repudiación de una herencia o de un legado - hace imposible el cumplimiento de la disposición testamentaria; la hace caduca. Aunque la transmisión de los bienes opera de pleno derecho por la muerte del testador y en el momento mismo de ocurrir esa muerte, es también cierto que se exige una aceptación tácita o expresa del heredero o legatario, bajo el supuesto de que nadie puede ser heredero o legatario contra su voluntad.

Como la ley estudia en un capítulo especial la aceptación y la repudiación de la herencia, basta por ahora decir que la repudiación debe ser expresa; que sólo puede referirse a la herencia y no a los legados si hay ambos casos; que no produce efectos la repudiación en un intestado, si hay testamento y se ignoraba este hecho; que no produce efectos si no cuando haya ya muerto el autor, sabiéndolo -- quien repudia. Pero si se renuncia expresamente la herencia, caduca la disposición testamentaria, y en este caso, -- también debe abrirse la sucesión legítima, sólo por lo que se refiere a la parte del heredero,

IV.- DE LOS TESTAMENTOS INOFICIOSOS:

En un principio no hubo libertad de testar. En Roma, la primera forma testamentaria exigía que los comicios autorizaran la disposición del *paterfamilias*; por lo -- tanto, necesitábase la sanción del pueblo. Posteriormente, cuando el pueblo ya sólo desempeñó el papel de testigo de -- los comicios, hubo completa libertad para testar. Tal vez

se abusó de esa libertad, dejando sin recurso a los familiares, o posponiéndolos a personas que se tenían por viles, torpes, y esto trajo una reacción exigiendo, primero una -- desheredación expresa, y más tarde, dando derecho a los descendientes para atacar, por *inoficiosos*, los testamentos.

ENNECCERUS- KIPP- WOLFF, nos dicen:

"También en el testamento, se -- plantea el problema de sus límites. La seguridad más importante dada a -- los intereses de la familia, consiste en atribuir a los deudos más próximos una cuota ineludible en el caudal relicto o en su valor. Tal es -- la función del llamado derecho sucesorio forzoso o legítima, institución creada por los mismos juristas romanos, que de un modo tajante, habían implantado la libertad de testar".¹

Tal presunción caía por tierra cuando en el testamento se omitía al pariente, dejándole algo o desheredándolo razonadamente; entonces la legítima reclamable no excedía de la cuarta parte del líquido hereditario. Justiniano, al unificar la legislación, determinó las causas de la -- desheredación y fijó la legítima de un tercio o en la mitad, según que hubiere hasta cuatro hijos o más de cuatro.

Por su parte, ROBERTO DE RUGGIERO, dice:

"La legítima es la sucesión de -- los reservatorios, puesto que su vocación es hecha por la ley, no por el testamento; poco importe que el testador, respetando el límite marcado, haya instituido heredero al legítimario por el importe de la reserva".²

¹ ENNECCERUS- KIPP- WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. I, 2a. ed. Trad. Helmut Coing, Barcelona, Ed. Bosch, Casa-Editorial, S.A., Pág. 182.

² ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Trad. 4a. ed. Italiana por Ramon Serrano Suñer- y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Ed. Reuz, S.A. Pág. 457.

Pero la invasión de los bárbaros hizo que hubiera gran confusión de normas jurídicas. Los antiguos habitantes seguían las reglas romanas; los bárbaros tenían libertad para testar. En España, dominada por los Visigodos, se estableció la unidad de legislación por Chindasvinto, -- que estableció la herencia forzosa por una ley que más tarde fué la primera del Título V, Libro IV, del Fuero Juzgo.

Chindasvinto instituyó la herencia forzosa para que los hijos pudieran consagrarse al servicio del Estado, -- sin tener que distraerse por tener que trabajar. Tal disposición subsistió en España, a través del Fuero Real y de -- las leyes de Toro,

Así fué nuestra ley, salvo que limitó las mejoras a la parte de libre disposición, hasta que el Código -- Civil de 1884 cambio de sistema, adoptando el de *libre testamentificación*.

Por su parte, FERNANDEZ AGUIRRE, nos dice:

"La reserva se basa en dos consideraciones; una el deber moral y, la otra, el interés social. Las personas que descienden unas de otras, están ligadas entre ellas por un deber natural, piedad filial de un lado, -- afecto paterno o materno de otra, -- Esa liga de la sangre produce diversas obligaciones que la ley sanciona. Por una parte la obligación alimentaria; por la otra la reserva hereditaria. El interés social se hace consistir en que la familia es la base de la sociedad, y por eso, se busca su duración, su estabilidad".³

³ ARTURO FERNANDEZ AGUIRRE, *Derecho de los Bienes y de las Sucesiones*, 2a. ed., Puebla, Pue., México, 1972, Ed. José - M. Cajica Jr., S.A., Pág. 425.

Para adoptar el sistema vigente, se tuvieron en cuenta ideas que contiene el dictámen que rindió la primera comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, respecto al proyecto del Código Civil de 1884, mismo que dice en parte:

Supuesto, pues, que la facultad de testar es una derivación del derecho de propiedad, es claro -- que no debe sufrir, en principio, más limitaciones que las que se establecen para el ejercicio del mismo derecho natural la vida del nombre. - Ahora bien; las leyes no imponen al testador con relación a sus descendientes otra obligación que la de educarlos convenientemente y ministrarles alimentos mientras no puedan bastarse así mismos; los hijos por su parte, están obligados a honrar a sus ascendientes y alimentarlos cuando lo necesitan; esta misma obligación existe entre los consortes. Si estas obligaciones tienen los hombres mientras viven, y si cumpliendo con -- ellas, son libres en todo lo demás para disponer de su propiedad, no hay razón que funde suficientemente la obligación que se impone a los padres para dejar todos sus bienes a su descendientes, ni tampoco para que aquéllos deban heredar forzosamente a sus hijos. Los deberes de piedad -- que tanto consideró y atendió la legislación romana, quedan cumplidamente satisfechos con provisión de alimentos para todo el tiempo que los herederos los necesiten, y en la cuantía que bagta para cubrir esa necesidad,

FERNANDEZ AGUIRRE, explica:

"El testamento que no señale alimentos a los herederos enumerados -- por la ley, se llama testamento inoficioso, por que en Roma, se estable

ció la reserva '*ex officio pietatis*', con su sanción de la *querela inoficiosi testamenti*. El efecto de la inoficiosidad del testamento es que se dé la pensión al heredero preterido, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique al derecho de éste, siendo la carga de la pensión para la masa hereditaria",⁴

Así como la capacidad para recibir aparece limitada en algunas personas por determinada medida, así también respecto a la de disponer hay casos en que el testador aún siendo plenamente capaz, no puede, habiendo ciertas personas, exceder, en cuanto a su libre disposición, de una cierta medida.

Según nuestro Código Civil vigente, en su artículo 1368 hay obligación de dejar alimentos:

Art. 1368.- "El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

I.- A los descendientes menores de dieciocho años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;

II.- A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;

III.- Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;

IV.- A los ascendientes;

⁴ ARTURO FERNANDEZ ACUIRRE, Ob, Cit., Pág., 430 y 431.

V.- A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

VI.- A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades".

Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establece este artículo.

Para tener derecho a ser alimentado, se necesita encontrarse al tiempo de la muerte del testador, en alguno de los casos fijados en el artículo 1368 y, cesa ese derecho, tan luego como el interesado deje de estar en las condiciones a que se refiere dicho artículo (observa mala conducta, adquirierabienes) aplicándose en este caso lo dispuesto por el artículo 1370.

Por su parte, RAFAEL DE PINA, expresa:

"El preterido tiene solamente, en este caso, derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho. No obstante esto, el hijo póstumo tendrá derecho a recibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo, si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa. La inofici

ciudad del testamento supone la --
ineficacia de aquélla parte de la dis-
posición de última voluntad que pro-
duzca la preterición, por lo que se -
puede considerar como un caso de in-
eficacia parcial",⁶

El efecto único que origina el carácter inoficio-
so del testamento, no es revocar las disposiciones testamen-
tarias en general, sino permitir que se asegure al acreedor-
alimentista la pensión a que tenga derecho; una vez que se -
ha asegurado esta pensión, subsiste en todas sus partes el -
testamento.

La pensión en estos casos queda a cargo de la ma-
sa hereditaria, es decir, debe ser sufrida prorrata por --
los herederos.

Así nos dice el artículo 1373 del Código Civil vi
gente:

Art. 1373.- "Cuando el caudal here-
ditario no fuere suficiente para dar-
alimentos a todas las personas enume-
radas en el artículo 1368, se observa-
rán las reglas siguientes:

I.- Se ministrarán a los descen- -
dientes y al cónyuge supérstite a pro
rrata;

II.- Cubiertas las pensiones a que
se refiere la fracción anterior, se -
ministrarán a prorrata a los ascen- -
dientes;

III.- Después se ministrarán, tam-
bién a prorrata, a los hermanos y a -
la concubina;

IV.- Por último, se ministrarán --
igualmente a prorrata, a los demás pa-
rientes colaterales dentro del cuarto
grado",

El derecho para recibir alimentos en caso de tes-
tamentaria, es un derecho doblemente condicional. Es preci-

⁶ RAFAEL DE PINA, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Tomo II,
7a. ed. México, D.F., 1977, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 318.

so que los descendientes o los ascendientes no tengan ascendientes o descendientes, respectivamente, más próximos en grado, y que no tengan bienes propios suficientes, y como se trata de un derecho hereditario, y como tal, se adquiere por la muerte del autor de la herencia, resultan tres consecuencias:

1.- Si al abrirse la sucesión hay persona, pariente más próximo, obligada a dar alimentos y si ésta persona muere después o deja de ser capaz de darlos, la testamentaria no los deberá;

2.- Si a la muerte del autor el descendiente, el ascendiente o el cónyuge tiene bienes suficientes y después lo pierden, no adquirieron el derecho y no podrán pedir alimentos a la herencia;

3.- Como el derecho del preterido cesa si éste deja de estar en las condiciones que marca el artículo 1368, que le dan derecho a alimentos, no volverá a tenerlo, aún cuando vuelva a estar en esas condiciones; por ejemplo, el hijo mayor impedido tiene derecho a alimentos; si deja de estar impedido, cesa su derecho, y, como después no hay nueva causa, si vuelve a estar impedido no vuelve a tener derecho.

El artículo 1370 del Código Civil nos dice:

Art. 1370.- "No hay obligación de dar alimentos a las personas que tengan bienes; pero si teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla".

El artículo transcrito nos dá a entender si el que tiene derecho a percibir alimentos tiene bienes, pero su producto no basta igualar la pensión a que tendría derecho, la ley, equitativamente, reduce la obligación a lo que falte para completarla,

El derecho de percibir alimentos no es renunciabile

ni puede ser objeto de transacción. La pensión alimenticia se fijará y asegurará conforme a lo dispuesto en los artículos 308, 314, 316, y 317 del Código Civil, y por ningún motivo excederá de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada corresponderían al que tenga derecho a dicha pensión, ni bajará de la mitad de dichos productos. Si el testador hubiere fijado la pensión alimenticia, subsistirá su designación, cualquiera que sea, siempre que no baje del mínimo establecido por la Ley.⁷

V.- REVOCACION DEL TESTAMENTO;

El testamento es un acto jurídico eminentemente *revocable*, ya que consiste en la expresión de la voluntad para después de la muerte; por una parte, esa voluntad pueda variar, y por otra, el acto testamentario no produce ningún efecto, sino por la muerte del testador, por eso es *revocable*.

El testamento como acto esencialmente *revocable*, puede revocarse por el testador, total o parcialmente, y tan esencial es este carácter, que no puede renunciarse de la libertad de cambiar o revocar las disposiciones testamentarias. Puede revocar todo el testamento en su conjunto o una o varias de sus cláusulas,

La ley quiere que se cumpla con la última voluntad, siempre y cuando no lastime ningún interés jurídico de terceros. Puede decirse que revocación es el acto por el cual el testador suprime la eficacia de su testamento que ha vía hecho anteriormente.

Por su parte, ROJINA VILLEGAS, afirma:

⁷ DR. LUIS MUÑOZ, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo II, 2^a ed., D.F., Ediciones Moderno 1971, Pág. 469.

"Como acto revocable, el testador puede llevar a cabo la revocación en forma expresa o tácita. En forma expresa, declarando de plano que revoca el testamento, y hasta sólo hecho implica la revocación anterior, a no ser que el testador declare que subsiste el primero, o que subsiste con determinadas modificaciones".¹

La revocación producirá efecto aunque el segundo testamento caduque por la incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios nuevamente nombrados. La revocación del testamento no puede confundirse con su nulidad, ya que la revocación se diferencia de la nulidad en que aquélla presupone siempre la validez del testamento, perdiendo su eficacia por la voluntad expresa o presunta del testador, en tanto que la nulidad supone la invalidez y nunca ha podido producir efectos.

Por su parte, RAFAEL DE PINA, nos dice al respecto:

"Para la revocación de un testamento no se exige que aquél en que se revoque otro, sea de la misma especie del que es objeto de la revocación, sino basta que sea de cualquiera de las especies admitidas en el ordenamiento sucesorio legal, con tal de que sea válido de acuerdo con las formas de la especie de que se trate".²

La revocación del testamento presupone un testamento válido; pero su existencia depende de la voluntad del testador exclusivamente. Su fundamento reposa sobre la libertad de testar; como ya se dijo anteriormente, el testamento es un acto esencialmente libre y para que proceda, presu-

¹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo IV, 5a. ed. México, D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 295.

² RAFAEL DE PINA, *Elementos del Derecho Civil Mexicano*, Tomo II, 7a. ed. México, D.F., 1977, Pág. 317.

pone un testamento válido, Para que tenga lugar, debe hacerse en forma expresa o bien tácitamente,

La revocación tácita surte efectos aún cuando el segundo testamento caduque, según el artículo 1495 del Código Civil, al decir:

Art. 1495.- "La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por la incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios nuevamente nombrados",

A propósito de la revocación, el legislador concede facultades especiales al testador, pues basta una simple declaración al revocar el segundo testamento, para que el primero vuelva a tener completa validez,

La facultad de revocar no puede ser renunciada, - pues caeríamos en el pacto sucesorial; será nula la condición que se imponga al testador para el ejercicio de este derecho, (Art. 1493),

Nos dice RUGGIERO:

Además de por voluntad expresa o tácita del testador, la revocación puede tener lugar legalmente, es decir, cuando interpretando la ley la voluntad del testador la sustituye, por estimar que el propio testador habría, en el caso dado, revocado la disposición".³

Revocación expresa. No hay un texto legal que diga qué forma debe tener una revocación expresa, pero como de cualquier manera la revocación misma no es sino la expresión de la voluntad relativa a la transmisión de bienes por la --

³ ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo - II, Vol. II, Trad. de la 4a. ed. Italiana por Ramon Serrano-Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Ed. Reuz, S.A., - Pág. 516.

muerte, se sobreentiende que debe tener las mismas formalidades que se piden para un testamento.

Por su parte, AGUILAR CARBAJAL; nos dice:

"Expresamente, cuando al otorgar un testamento se diga que revoca el anterior, o bien, cuando existe una declaración auténtica de revocación, aún cuando no se otorgue otro testamento, Tácitamente, en todo caso en que se otorgue un testamento posterior, porque el legislador deduce la voluntad de revocar un testamento cuando se otorga otro y no se indica que el anterior surte efectos, en todo o en parte".⁴

Se revoca un testamento por la facción de uno nuevo, éste segundo testamento no produce efectos legales por causas distintas a la de nulidad, la revocación que contenga será válida. Aunque el nuevo heredero nombrado no pueda o no quiera aceptar la declaración de revocación, no tiene ésta porqué dejar de producir sus efectos. Naturalmente si el segundo testamento es nulo, no producirá efectos la revocación, por eso la ley pide que el testamento posterior sea un testamento perfecto.

También es obvio que no es necesario que la revocación siga la misma forma que haya tenido el testamento revocado. Así pues, un testamento ológrafo puede revocarse por uno público abierto o por un cerrado y viceversa.

La revocación se diferencia de la nulidad en que aquélla presupone siempre la validez del testamento, perdiendo éste su eficacia por la voluntad expresa o presunta del

⁴ LEOPOLDO AGUILAR CARBAJAL, *Derecho Civil Mexicano*, Segundo-Curso de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, 4a. ed. México, D.F. 1980, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 338

testador, en tanto que la nulidad supone siempre la invalidez y por tanto nunca ha podido producir efectos⁵ al testamento.

Es igualmente indudable que la revocación puede ser parcial, es decir, referirse solamente a tal o cual cláusula, circunstancia que, por supuesto, habrá de ser expresa. Otra circunstancia de fácil comprensión, es que el testador puede revocar su revocación, o mejor dicho, puede retractarse de su revocación, siendo inconcluso que esta retractación debe tener las formas estrictas de un testamento, ya que implica volver a disponer de los bienes de la manera misma que se había expresado primeramente.

Revocación Tácita. La revocación tácita es la que resulta de actos indubitables, de los que lógicamente se desprende la intención de tal revocación.

El caso más claro y frecuente de revocación tácita lo constituye la redacción de un nuevo testamento. En este punto nuestro sistema ha vuelto al romano, según el cual el testamento anterior resulta *raptum* por el posterior. Este destruye el otro en su totalidad. La revocación tácita - al igual que la expresa, quita todo valor al testamento anterior, de modo que no debe influir en ello el que el posterior resulte irrealizable por cualquier causa que no sea la nulidad total (porque, entonces, no puede suponersele ningún efecto al segundo nulo).

Un segundo caso de revocación tácita aunque parcial, lo constituye el hecho de que el testador enajene los objetos legados. La deducción es fácil; primero quiso legar

⁵ CALEXTO VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Valladolid 1939, págs. 146.

tal bien a una persona; después cambio de idea, quiso que el bien pasara a otra persona, contractualmente,

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial, no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en -- que se hizo (Art. 367 del Código Civil), y produce efectos -- en favor del reconocido, efectos que no puede aceptarse que se destruyan por la sola voluntad del obligado. Y esta razón nos lleva a aceptar igual solución para casos análogos. -- Un acto que produce efectos jurídicos en favor de otra persona, no puede revocarse en esos efectos por quien resulte -- obligado; tal sería el caso de la confesión de deuda.

Efectos de la revocación. El efecto de una revocación es hacer ineficaz e inejecutable un testamento, lo -- que es indudable en cuanto a las disposiciones netamente testamentarias, pero frecuentemente los testamentos comprenden declaraciones de diversos órdenes; por ejemplo reconocimiento de hijos naturales, confesión de deuda, etc. etc.

CAPITULO TERCERO,

INCAPACIDAD PARA HEREDAR.

En este capítulo nos vamos a referir de la capacidad necesaria en el heredero o legatario para adquirir la herencia; es decir, examinaremos la capacidad requerida para que el heredero o legatario instituido pueda válidamente aceptar y captar la herencia. Ya que la sucesión es una forma de adquirir, puesto que su efecto es que los herederos y los legatarios reciban los bienes del de cujus, es evidente que pueden heredar todos los que pueden adquirir bienes, por lo que la regla general es esa; *Toda persona puede heredar.*

El artículo 1313 del Código Civil, dispone que:

Art. 1313.- "Todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

I.- Falta de personalidad;

II.- Delito;

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

IV.- Falta de reciprosidad internacional;

V.- Utilidad pública;

VI.- Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

Por su parte, RUGGIERO, nos dice:

"El principio fundamental del de-

recho sucesorio es que sólo puede heredar quien existía y sobrevivió al difunto. La existencia supone que el llamado a heredar haya nacido vivo y vital al tiempo de la apertura de la sucesión o que por lo menos -- (por efecto de la regla *conceptus pro nato habetur*), haya sido concebido en dicho término; la supervivencia consiste en que no premuera al cuasante; además (dada la incertidumbre que la ausencia determina) no debe tampoco estar ausente".¹

Los incapaces por falta de personalidad entre -- las personas físicas, son los que al tiempo del fallecimiento del autor de la sucesión no hubieren sido concebidas o -- habiéndolo sido no hubieren nacido viables. A estas dos -- causas determinantes de una incapacidad absoluta, hay que -- añadir otra que genera una incapacidad que podría llamarse -- relativa, ya que impide que se suceda a determinada persona y no a otras; esta es la *indignidad*. (llamada en nuestro Derecho, por "razón de delito").

La capacidad para heredar es propia de la personalidad jurídica; en cuanto a las personas físicas, existe tal capacidad desde el momento en que son concebidas; pero, por decirlo así y en cuanto se refiere a la adquisición de derechos hereditarios, tal protección al no nacido es condicional, ya que si no se llenan los requisitos que prevé el artículo 337 del Código Civil, no se adquirirán tales derechos.

El artículo 337 del Código Civil, dice:

Art. 337.- "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto --

¹ ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Volúmen II, Trad. de la 4a. ed. Italiana por Ramon Serano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Ed. Reuz, S.A., Pág. 405.

que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil",

Por su parte, el artículo 1327 del Código Civil, dice:

Art. 1327.- "Los extranjeros y -- las personas morales son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado; pero su capacidad tiene -- las limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las respectivas leyes reglamentarias de los artículos constitucionales. Tratándose de extranjeros, se observará también lo dispuesto en el artículo siguiente".

I.- INCAPACIDAD POR FALTA DE PERSONALIDAD. Esta incapacidad está reglamentada por el artículo 1314 del Código Civil, al decir:

Art. 1314.- "Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, -- a causa por falta de personalidad, -- los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

En decir, este precepto estatuye que son incapaces para heredar los que no están concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme al artículo 337 del mismo Código Civil,

La capacidad para heredar no esta genericamente limitada en nuestro Derecho moderno, como lo fué en el antiguo, de suerte que la capacidad para heredar por testamento o *ab intestato* es la regla general, y la incapacidad la -- excepción.

El artículo 22 del Código Civil;

Art. 22.- "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

Uno de estos efectos es precisamente el de darle capacidad para heredar. Desde que un individuo está concebido se le reconoce capacidad hereditaria de goce, aunque sujeta a una condición resolutoria de que no nazca viable. Interpretando en contrario sensu el artículo 1314 del Código Civil, el concebido adquiere por herencia, y pueden asimismo, adquirir por donación.

Por su parte, el artículo 2357 del Código Civil, nos dice:

Art. 2357.- "Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto por el artículo 337".

Para poder determinar el momento preciso de la concepción, se atiende para el niño su condición de hijo de matrimonio o de hijo habido fuera de matrimonio.

El artículo 324 del Código Civil, dice:

Art. 324.- "Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad de contrato, de -

de muerte del marido o de divorcio, - Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial",

El artículo 383 del Código Civil, establece para el concubinario y la concubina, reglas análogas a los del artículo 324.

Art. 383.- "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina",

En consecuencia, es de suma importancia saber -- la fecha de la concepción, pues saber si el infante es hijo de matrimonio o no, entraña el saber si heredará o no a su padre. Como dice Demolombe, hay casos en que no podría discutirse la vocación hereditaria del niño, sin discutir su legitimidad. Pero otros hay en que la legitimidad no entra en juego, y entonces cabría discutirse si se aplica o no el artículo 324.

RUGGIERO, nos dice:

"Los términos de la gestación mínima y máxima de ciento ochenta y -- trescientos días que la ley fija en los artículos 160 y siguientes, y sobre lo que establece una importante presunción, se refieren (como ya dijimos) a las cuestiones de legitimidad del hijo, sin que puedan aplicarse a materia diversa de la sucesión hereditaria. La concepción al tiempo de la apertura de ésta, debe probarse con los medios que la técnica médica ofrece, sin que para tal prueba valgan las presunciones legales. Pero por lo contrario de posibles re

sultados, se debe reconocer que cuando la cuestión sucesoria se halla íntimamente conexas con la de la legitimidad, las presunciones del artículo 160 se aplican también a la sucesión; resulta así la cuestión de la legitimidad; debe escogerse sin más dicha solución y aplicarla a la de la capacidad para suceder".³

Por su parte ANTONIO DE IBARROLA, agrega:

"Para adquirir un derecho es necesario existir; se considera ya vivo al sólo concebido, pero ni por donación, ni por testamento, se puede gratificar a una persona que todavía no está concebida, bien sea en el momento del acto (donación) o en el momento de la muerte del de cujus. Antiguísima práctica en el Derecho Francés permitía en el momento de un matrimonio, hacer donaciones a los hijos que nacieren de dos esposas; se consideraba que el notario estipulaba por el futuro niño y aceptaba en su lugar".⁴

El artículo 1315 del Código Civil, parece consagrar una excepción a la regla general (de que pueden heredar todos los que pueden adquirir bienes), al disponer que es "válida la disposición testamentaria hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas, durante la vida del testador", sin embargo, como fácilmente se aprecia, no es excepción a la regla general, puesto que para que tengan derecho a heredar, deberán haber nacido durante la vida del testador,

Precisamente, el artículo 1497, en sus fracciones I y II, ordena la caducidad de la disposición testamentaria, cuando el heredero o legatario muere antes que su testador o antes de que se cumpla la condición de que depen-

³ ROBERTO DE PUIGLIERO, Ob. Cit. Pág. 407.

⁴ ANTONIO DE IBARROLA, *Cosas y Sucesiones*, 5.ª ed. México, D.F. 1981, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 927 y 928.

da la herencia o legado, y cuando el heredero o legatario - se vuelve incapaz de recibirlos,

Dicho artículo señala:

Art. 1497.- "Las disposiciones -- testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios;

I.- Si el heredero o legatario -- muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado;

II.- Si el heredero o legatario -- se hace incapaz de recibir la herencia o legado;

III.- Si renuncia a su derecho,

Además de los ya concebidos pero no nacidos, ¿pueden heredar personas futuras?, Pensamos que sí, en un caso excepcional: cuando la disposición testamentaria se hace en favor de los hijos que nazcan de ciertas y determinadas personas y vivan al tiempo de la muerte del testador. (Art. -- 1315).

Como excepción, la ley que esto establece no puede aplicarse sino restrictivamente. No es una regla jurídica, sino por decirlo así, romántica, que permite aplicar -- los bienes a los hijos de personas queridas que no se desea que hereden ellas mismas, porque, por ejemplo, se teme que no usen debidamente los bienes.

A este caso no lo debemos confundir con lo previsto por los artículos 1298 y 1299 del Código Civil, o en su caso, con una substitución fideicomisaria, sino habremos de entenderlo como una disposición hecha en favor de hijos que no han nacido ni han sido concebidos. En este supuesto el hijo futuro es el heredero, de modo que adquiere la -

herencia por su nacimiento y no por el fallecimiento del -- testador.

Así pues, como ha quedado dicho, tienen personalidad para heredar, todas las personas físicas o jurídicas; pero respecto a las personas físicas, la ley prolonga su -- personalidad desde el momento en que están concebidas. Por tal razón, el producto de la concepción, aún no nacido, se considera con derechos hereditarios, porque ya hay un principio de persona, y lo probable es que llegue a serlo. La ley procura con esta anticipación, el beneficio de la misma persona.

II.- INCAPACIDAD POR RAZON DE DELITO;

Esta incapacidad está prevista por el artículo- 1313 fracción II y reglamentada en los artículos 1316 al - 1320 del Código Civil.

Es importante hacer notar en este punto que la -- incapacidad por delito, corresponde a lo que la doctrina -- extranjera y sobre todo la Italiana llama *INDIGNIDAD*, toda- vez que del artículo 1316 se desprende que la originan los- actos que constituyen un atentado contra la persona del de- cujus, y aquéllos que constituyen un atentado contra la li- bertad del mismo,

La indignidad deriva de dos instituciones roma-- nas; la *EXHEREDITIO* y la *EREPTERIUM*, La primera era la fa- cultad de desheredar a los hijos en ciertos casos. Por la- segunda, la ley, ante el silencio del difunto, apartaba de- la sucesión a ciertos herederos. Las causas para ambas se- fundieron después, pasando a constituir las causas de indig- nidad, una especie de desheredación tácita. En nuestro de-

recho no cabe la desheredación, porque no hay herencia forzosa, pero consideramos que es con toda justicia que se ha dejado la indignidad como causa de incapacidad.

RUGGIERO, nos explica al respecto:

"La indignidad es una especie de desheredación legal declarada como pena a graves hechos delictivos cometidos por el heredero en la persona del difunto; abolida la desheredación como acto con el que el testador castiga a los legitimarios excluyéndolos de la herencia por causa de terminada, la ley no podía permitir en obsequio de la moralidad pública y de la presunta voluntad del de cujus que la herencia se adquiere total o parcialmente por quien fuese culpable de graves violaciones a la libertad e integridad personal del difunto. Por ello ha culminado con la pérdida del derecho sucesorio al autor de dichos hechos, interpretando así la voluntad del causante; de lo que se deduce que la del indigno es propiamente una incapacidad para suceder (la cual, como se ha visto, implica la falta de un requisito esencial para que el derecho sucesorio nazca), y es más bien exclusión de la herencia, es decir, un impedimento para conservarla impuesto como pena por los hechos cometidos".

Por su parte, ANTONIO DE IBARROLA, nos dice:

"Fué conocida ya en el Derecho Romano. Deriva allí de dos instituciones; a), -La *ex-heredatio*: posibilidad de que el padre pudiera privar de los bienes a sus hijos. Libre al principio, las causas lo limitó lue-

¹ ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Trad. de la 4a. ed. Italiana por Ramon Serrano Guñer y José Santa Cruz Teljeiro, Madrid, Ed. Reus, S.A. Pág. 408.

go la Novela 115 (Constituciones de Justiniano que completaron el Digesto año 529), Esta institución dió siempre lugar a litigios escandalosos. Tutelo intereses privados; la incapacidad de cambio, intereses públicos; b), - *El ereptorium*. En caso de silencio del difunto, la ley apartaba a ciertos herederos cuando eran indignos de heredar; de his quoe ut indignis auferentur (Dig. Libro 34, Tit. 9o. S. 551). Viene la palabra Latina del adjetivo *eruptorius*, a um; lo que debe ser quitado o arrebatado".²

En el Derecho Frances, la *indignidad* es una pena pública y no puede repararse. En cambio, en el Derecho Italiano, es una pena privada y puede repararse. Este último criterio o sea el italiano, consideramos que es más justo. - Lo sigue nuestro Código Civil, en su artículo 1318, al decir:

Art. 1318.- "Cuando la parte agraviada de cualquiera de los modos que expresa el artículo 1316 perdonare al ofensor, recobrará éste el derecho de suceder al ofendido, por intestado, si el perdón consta por declaración auténtica o por hechos indubitables".

En cuanto a la incapacidad para suceder por testamento, sólo se recobra si después de conocido el agravio, el ofendido instituye heredero al ofensor o rivalida su institución anterior con las mismas solemnidades que se exigen para testar.

Según RUGGIERO:

"La consideración de la pública moralidad que no toleraría se benefi

² ANTONIO DE IBARROLA, *Cosas y Sucesiones*, 5a. ed., México, D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 940.

ciase el autor de atentados a la libertad e integridad del difunto, no es llevada tan al extremo que prevalezca sobre los motivos de personal resentimiento de éste último; una contraria voluntad del difunto que perdone al culpable puede cancelar la causa de exclusión perdonando al indigno y rehabilitándolo".

Así pues, podemos decir que el perdón puede ser expreso o tácito. En caso de intestado, debe constar el perdón por hechos indubitables o por declaración auténtica según el artículo 1318 del Código Civil.

El perdón es irrevocable, ya que lo hecho en un testamento es válido, aunque el testamento sea nulo; piensan algunos autores que es un poco aventurado sostenerlo, ya que se necesitaría que el mismo Código Civil lo dijera expresamente como lo hace para el reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

Para Fernandez Aguirre, la indignidad se considera como una desheredación tácita; fué lógico deducir que si el autor de la sucesión perdonaba al heredero, la ley no podría ya separarlo de la sucesión de la que el propio autor no quería excluirlo. La ley francesa, por ejemplo, no admite el perdón, porque ya no se estima que haya una desheredación tácita, sino que ahora establece las reglas de las incapacidades en nombre de la moral. Nuestra ley, de seguro no desafortunadamente, acepta la eficacia del perdón. Ciertamente es que todas las indignidades por delito dependen de actos inmorales, pero no menos cierto que el móvil de las disposiciones testamentarias es el afecto del testador. Los casos enumerados por la ley, permiten presumir que la ofensa infe

³ROBERTO DE RUGGIERO, Ob. Cit., Pág. 409.

xida al testador destruye ese afecto, pero, entonces, nada mejor que el perdón del agraviado para probar que no se llegó a tal consecuencia. El efecto del perdón es que el ofensor recupere el derecho de heredar, y aunque basta conocerlo en cualquiera forma, si se trata de herencia "testamentaria, es preciso, para suceder por testamento, que conste dicho perdón con las mismas solemnidades que exige un testamento, pudiendo ser tácito si el testador lo instituye heredero, después de conocido el agravio. La diferencia en ambos casos depende de que, en el testamento, ese perdón es una nueva disposición de los bienes para después de la muerte",⁴

Pasemos pues a analizar todas y cada una de las incapacidades para adquirir por testamento y por intestado por razón de delito, que nos enumera el artículo 1316 del Código Civil.

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

"La ley habla de condenado, porque, conforme a los principios de Derecho Penal, todo acusado debe ser tenido como inocente, mientras no se pruebe lo contrario".⁵

Por lo que hace a esta fracción, debe tratarse de homicidio voluntario; no habrá indignidad en caso de homicidio no imputable; por ejemplo, el realizado en estado de completa demencia, el homicidio realizado en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber o en legítima defensa, etc. No debemos de olvidar que la indignidad no es nuestro Derecho una pena accesoria o un efecto pe

⁴ARTURO FERNANDEZ AGUIRRE, *Derecho de los Bienes y de las Sucesiones*, 2a, ed, Puebla, Pue, Méx, 1972, Ed, José M, Cajica Jr., S.A. Pág. 405

⁵ARTURO FERNANDEZ AGUIRRE, *ob. Cit.*, Pág. 403.

nal de condena, sino una sanción meramente civil, removible a voluntad del ofendido.

"II.- El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, ACUSACION de delito que merezca pena capital o de prisión, aún cuando aquélla sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge".

Art. 1317.- "Se aplicará también lo dispuesto en la fracción II del artículo anterior, aunque el autor de la herencia no fuere descendiente, ascendiente, cónyuge o hermano del acusador, si la sucesión es declarada calumniosa".

La ley habla de *acusación*, lo que dá lugar a una dificultad, ya que, conforme a la Constitución General de la República, sólo el Ministerio Público puede acusar. Los particulares denuncian y sólo cuando imputan un delito a una persona, puede resultar calumniosa la denuncia; aquí el legislador toma en cuenta la situación psicológica del denunciante, por cuanto hace a sus sentimientos con respecto al autor; es igual, si le imputa francamente el delito, que si hace la denuncia, sabiendo que la justicia lo habrá de tener como responsable.

Explica RUGGIERO:

"Haber acusado al causante de delito punible con pena criminal (presidio, inhabilitación perpétua para él, desempeño de cargos públicos, reclusión o detención o inferior a tres años), cuando la acusación hubiese sido declarada calumniosa en juicio; la constatación de la calumnia debe ser hecha en juicio (crimi-

nal o civil), sin que haya sido impuesta la pena",⁶

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

Que sea declarado adúltero mediante juicio, significa que lo sea por sentencia firme.

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

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

Se entiende que la condena haya sido mediante sentencia firme.

En estas fracciones es aplicable también el artículo 1318 del Código Civil.

Art. 1318.- "Cuando la parte agraviada de cualquiera de los modos que expresa el artículo 1316 perdonare al ofensor, recobrará éste el derecho de suceder al ofendido, por intestado, si el perdón conste por declaración auténtica o por hechos indubitables".

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

Entendiéndose por expuesto el hijo abandonado sin protección alguna, esto es, sujeto a la posibilidad de ser atacado o destruido por el hambre, el frío, los insectos, etc., y sin dejar noticias a través de la cual pueda -

⁶ ROBERTO DE RUGGIERO, Ob. Cit., Pág. 409.

identificarse a los padres.

"VII.- Los padres que abandonaren a sus hijos, - prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor respecto - de los ofendidos".

Entendiéndose por *abandono* el simple incumpli--- miento del deber de asistencia y de cuidado que debe cum--- plirse personalmente; y por *prostitución*, la incitación y - conducción a la vida deshonesta o en libertinaje, y por - *atentado al pudor*, la ejecución de los actos que lo ofenden.

"VIII.- Los demás parientes del autor de la he-- rencia que, teniendo obligación de darles alimentos, no lo hubieren cumplido".

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SIIJ, Mayo 1963, P.185, Tesis 10314), afirma que por lo que res-- pecta a la incapacidad, de los padres para heredar a los hi jos que abandonaron, la hipótesis prevista en estas fraccio nes no requiere de sentencia de autoridad penal; el abando no de los hijos, dice bien peligrosamente, puede implicar - un simple hecho ilícito civil".⁷

"IX.- Los parientes del autor de la herencia que hallándose éste imposibilitado para trabajar, y sin recur-- sos, no se cuidaren de recogerlo o de hacerlo recoger en es tablecimiento de beneficencia".

Se entiende respecto de los parientes que no ten gan obligación alimenticia y que no hubiesen cumplido con - los deberes de asistencia a que se refiere la ley.

"X.- El que usare la violencia, dolo o fraude -- con una persona para que haga, deje de hacerlo o revoque -- su testamento".

⁷ ANTONIO DE IBARROLA, *Cosas y Sucesiones*, 5a, ed., México, D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 941.

RUGGIERO, nos dice al respecto:

"El haber contraído al difunto a hacer testamento o a cambiarlo o el haber impedido hacerlo o revocar el hecho, el haber destruido, ocultado o alterado el testamento; en otros terminos y más sistemáticos, el haber atentado a la libertad de testar o a la voluntad testamentaria del difunto".⁸

Por su parte FERNANDEZ AGUIRRE nos dice:

"Usar la violencia para que el testador haga, deje de hacer o revoque su testamento. ¿Aún cuando la violencia no llegue a constituir delito?, La Ley no distingue porque deben comprenderse todos los casos, de modo que no es preciso que haya declaración judicial previa que califique el hecho".⁹

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

La supresión, la substitución y la suposición de infante son hechos delictuosos que deben reconocerse judicialmente para que se tengan por cometidos. Estos hechos no sólo constituyen un delito contra el estado civil del infante, sino que causan trastornos a los parientes de éste.

III.- PRESUNCION DE INFLUENCIA CONTRARIA A LA LIBERTAD DEL TESTADOR O A LA VERDAD O INTEGRIDAD DEL TESTAMENTO:

Por presunción de influjo contrario a la volun-

⁸ ROBERTO DE RUGGIERO, OB. CIT. PÁG. 409.

⁹ ARTURO FERNANDEZ AGUIRRE, OB. CIT. PÁG. 409.

tad del autor de la herencia, son incapaces de heredar todas aquéllas personas que por las circunstancias especiales en que se encuentren en cierto momento, pueden fácilmente *capturar o sugerir* una disposición testamentaria.

ROJINA VILLEGAS, nos dice al respecto:

"Se comprende una incapacidad especial para el médico que asistió al testador, siempre y cuando éste haya hecho su disposición testamentaria en la época en que fué asistido por el facultativo, así como para los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del mismo".

También se presume que hay influjo contrario a la libertad del testador, si ha sido instituido como heredero o legatario el tutor o curador, a no ser que hayan sido nombrados con posterioridad a la confección del testamento, o que hayan sido designados herederos o legatarios, cuando ya el menor llegó a la mayoría de edad, y se aprobaron las cuentas de tutela (Art. 1321).

El artículo 1322 del Código Civil nos dice:

Art. 1322.- "La incapacidad a que se refiere el artículo anterior no comprende a los ascendientes ni hermanos del menor, observándose en su caso lo dispuesto en la fracción X del artículo 1316".

ARAUJO VALDIVIA nos dice al respecto:

"Esta incapacidad se refiere simplemente a la sucesión testamentaria y comprende a los tutores y curadores en general, a no ser que sean instituidos herederos o legatarios antes de ser nombrados o después de-

¹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano (Sucesiones)*, Tomo IV, 5a. ed. México, D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 254.

la mayor edad del pupilo y siempre -
que, en este último caso, en el acto
de la institución ya se hubieren -
aprobado las cuentas de tutela. Es-
ta incapacidad no comprende a los ag-
cendientes ni hermanos del menor que
hubieren fungido como tutores o cura-
dores",²

Así pues, podemos decir que no existe incapacidad cuando fueren instituidos antes de ser nombrados para el -- cargo o después de la mayor edad del menor, y una vez aprobadas las cuentas de tutela.

Entonces no ha sido posible la influencia temi-- da. Tampoco es posible esa influencia cuando se trata de -- padres o hermanos del testador, por una doble razón: dado -- el parentesco, no es de creerse tal conducta posible en el -- tutor, y sobre todo, es seguro que fué afecto el que guió -- al testador, y no porque hubiere obrado por presión de al--- guien.

"El pupilo nombra heredero al tutor, aún cuando-- en la fecha del fallecimiento del mismo haya rendido sus -- cuentas y estén aprobadas, la institución será nula, como -- hecho por un incapaz".³

También cabe hacer mención que la incapacidad no existe respecto a los enajenados, aún cuando éstos puedan-- testar en intervalos lúcidos, porque si lo hacen, lo hacen-- con las solemnidades especiales establecidas por la ley, ta-- les como: Exámen y presencia de peritos médicos y del juez, lo que excluye toda posibilidad de influencia nociva por -- parte del tutor. Y otra, que la ley con toda razón, no dis-

² LUIS ARAUJO VALDIVIA, *Derecho de las cosas y Derecho de las Sucesiones*, (s.e.) Puebla, Pue.Méx., Ed. Cajica, Pág. 457.

³ ANTONIO DE IBARROLA, *Cosas y Sucesiones*, 5a. ed. México, - D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 938.

tingue a que clase de tutores se refiere, provisionales o definitivos, porque deben quedar comprendidos todos. Es posible que un menor tenga sucesivamente más de un tutor; en este caso, decimos que no podría heredar el primero, aunque haya visto ya aprobadas sus cuentas, sino hasta que el menor haya dejado de serlo.

El artículo 1323 del Código Civil, nos dice:

Art. 1323.- "Por presunción contraria a la libertad del testador, son incapaces de heredar por testamento el médico que haya asistido a aquél durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria, así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos -- del facultativo a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos".

El médico no podría escapar alegando que no hubo influencia contraria a la libertad, ni probándolo. La presunción es *juris et de jure*.

Hay casos de personas que intervienen en el momento de la confección de un testamento y que fácilmente -- podrían abusar del poder que la situación les dá, tales como el médico, el ministro de cualquier culto religioso que asistió al después difunto en la última enfermedad etc. No pueden captar la herencia a no ser que fueren herederos legítimos. Los auxilios que médicos y ministros de cultos -- ofrecen, pueden constituir en sus manos, un arma poderosa -- para influir en los enfermos, lo que hace presumible una -- captación dolosa. Y más poderosa es esta posibilidad cuando mayor es la aflicción del enfermo.

ROJINA VILLEGAS, dice al respecto:

"No se comprende naturalmente en-

esta incapacidad a los tutores o curadores que por ley deben desempeñar el cargo cuando son ascendientes o hermanos del incapacitado. Tampoco se comprende en la incapacidad señalada para el médico y el ministro de algún culto, cuando estos son herederos legítimos, o bien cuando sus familiares deban adquirir por herencia legítima por virtud de tener parentesco con el autor de la sucesión".⁴

También el artículo 1325 del Código Civil, dice:

Art. 1325,- "Los ministros de los cultos no pueden ser herederos por testamento de los ministros del mismo culto o de un particular con -- quien no tenga parentesco dentro del cuarto grado. La misma incapacidad tienen los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes estos haya prestado cualquier clase de auxilios espirituales, durante la enfermedad de que hubieren fallecido, o de quienes hayan sido directores espirituales los mismos ministros".

Cabe aclarar que se debe considerar dicha incapacidad a los médicos que asisten al testador, más no a los médicos que prestan sus servicios accidentalmente al enfermo, porque esta intervención accidental no les permite influir su voluntad. En cuanto a los sacerdotes, nos dice -- Planiol, es necesario que el sacerdote haya asistido al enfermo de una manera constante, durante su enfermedad; que se haya encargado de cierto modo de su tratamiento espiritual. Nos preguntamos qué pasa cuando lo ha visitado simplemente como amigo; éste no es el caso. Se trata del su--

⁴ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, O.D. y T., Cit. Pág. 255.

puesto en que haya de recibir su confesión para absolverlo; cualquier sacerdote, aún llamado accidentalmente, puede emplear deshonestamente la fuerza que en tal situación tiene.

También vemos en el Código Civil, en su artículo 1323, que se refiere a una *condición*, o sea que el testamento se haga durante la *última enfermedad*, entendiéndose por ésta, la que causa la muerte del enfermo, pero de tal manera que produzca una situación en la que queda en cierto dominio del cura o del médico, lo que ocurre sólo cuando la enfermedad es de cierta gravedad.

El artículo 1326 del Código Civil, sanciona a -- los notarios que autoricen un testamento en estos casos:

Art. 1326,- "El notario que a sabiendas autorice un testamento en -- que se contravenga lo dispuesto en -- los tres artículos anteriores sufrirá la pena de privación de oficio".

Presunción de influencia contra la integridad -- del testamento. Este punto lo preve el artículo 1324 del -- Código Civil, al decir:

Art. 1324,- "Por presunción de influjo contrario a la verdad o integridad del testamento, son incapaces de heredar el notario y los testigos que intervinieron en él, y sus conyuges, descendientes, ascendientes o -- hermanos".

Este precepto nos habla de otras personas que resultan incapaces por presunción de influjo, pero no ya sobre la libertad del testador, sino contrario a la verdad o -- integridad del testamento, como son el notario y los testigos que intervienen en aquél en que fueren instituidos. Esto se explica por sí sólo, ya que dichas personas son las -- que hacen el testamento, y en sus manos está suprimir o al--terar algo. "Se considera que se ha violado la integridad--

del testamento cuando se constituyan herederos al notario o a los testigos que intervinieron en el testamento, a no ser que sean herederos legítimos",⁵

El artículo 130 Constitucional, establece que no podrán heredar por sí ni por interpósita persona, ni recibir por ningún título, un ministro de cualquier culto, un inmueble ocupado por cualquier asociación de propaganda religiosa o de fines religiosos o de beneficencia. Los ministros de los cultos tienen incapacidad legal para ser herederos por testamento de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado. Además de la ineficacia de la disposición testamentaria relativa a esta incapacidad, el notario que a sabiendas autorice un testamento en los casos expresados, sufrirá la pena de privación de oficio,⁶

IV.- POR FALTA DE RECIPROCIDAD INTERNACIONAL.

El artículo 1328 del Código Civil, nos dice al respecto;

Art. 1328.- "Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado, a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, según las leyes de su país, no pueden testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos".

Esta incapacidad se refiere a las sucesiones testamentarias y legítimas, y se establece respecto de los extranjeros que según las leyes de su país no pueden testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos; --

⁵ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano (Sucesiones)*, Tomo IV, 5a. ed., México, D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A., - Pág. 255.

⁶ LUIS ARAUJO VALDIVIA, *Ob. Cit.* Pág. 458.

pués la regla general es la de que los extranjeros y las -- personas morales son capaces de adquirir bienes por testa-- mento o por intestado, con las limitaciones que establece -- el interés público establecido en la Constitución y en las -- respectivas leyes reglamentarias (Artículo 1327 del Código -- Civil); por tanto, como la incapacidad establecida en el -- artículo 1328 es una excepción a la regla general, debe ser -- probada por quien niegue el derecho hereditario y no por -- quien lo reclama.

Esta es una incapacidad de derecho, no de hecho. La reciprosidad internacional sirve para guiar la conducta de una nación hacia otra en tiempo de paz. Y a falta de tra-- tados, deberían seguirse las reglas de Derecho. Una nación debe respetar el territorio, las aguas, las personas, etc., ya que jurídicamente todas las naciones son iguales y de -- ese principio de igualdad se deduce el de reciprosidad, -- que consiste en tratar los asuntos de una nación extranjera de la misma manera que ella trate los nuestros. Quizá los actos pueden ser buenos o malos; pero si son buenos, deben-- ser correspondidos, y si son malos, también deben o pueden-- ser correspondidos, "La incapacidad por falta de reciprosi-- dad internacional, la tienen los extranjeros que según las-- leyes de su país, no pueden testar o dejar intestado sus -- bienes a favor de los mexicanos",⁷

V.- POR UTILIDAD PUBLICA:

Dentro de ésta incapacidad quedan comprendidos -- los ministros de los cultos para heredar a otros ministros -- de algún culto o bién para heredar a terceras personas, - -

⁷ PABAL DE PINA, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Tomo- II, 7a. ed., México, D.F., 1977, Ed. Porrúa, S.A, Pág. 271.

siempre y cuando no tengan parentesco dentro del cuarto grado. Esto se origina por razones de orden económico y político. El Derecho Constitucional ha establecido ciertas incapacidades relativas al derecho de propiedad, que se encuentra reglamentada en el artículo 27 de la Constitución Política.

Correlativamente el artículo 1327 del Código Civil dispone:

Art. 1327,- "Los extranjeros y -- las personas morales son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado; pero su capacidad tiene -- las limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las respectivas leyes reglamentarias de los artículos constitucionales. Tratándose de extranjeros, se observará también lo dispuesto en el artículo siguiente".

Esta causa de incapacidad de heredar, por utilidad pública, sólo se establece respecto de la sucesión testamentaria, previniendo la ley que la herencia o legado que se deje a un establecimiento público, imponiéndole algún -- gravámen o bajo alguna condición, sólo serán válidos si el gobierno los aprueba (Art. 1329), y que las disposiciones testamentarias hechas en favor de los pobres en general o del alma, se regirán por los preceptos relativos de la Ley de Beneficencia Privada, bien entendiéndose que las que se hi cieren en favor de las iglesias, sectas o instituciones religiosas, se sujetarán a lo dispuesto en la Constitución y el de la Ley de Beneficencia. Tengase presente que la frac ción II del artículo 27 Constitucional niega capacidad para adquirir, poner o administrar bienes raíces o capitales im puestos sobre ellos o las asociaciones denominadas igle -- sias.

Las limitaciones que establece el artículo 27 --
Constitucional, son:

I.- Los extranjeros no pueden tener tierras, --
aguas y sus accesiones, sino con permiso de la Secretaría --
de Relaciones Exteriores, y por ningún motivo podrán adquirirlos en una faja de cien kilómetros en las fronteras y de cincuenta kilómetros en las playas,

II.- Las asociaciones religiosas no tienen capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces ni capitales impuestos sobre ellos,

III.- Las instituciones de beneficencia, las --
científicas, de enseñanza o de ayuda recíproca, sólo los --
raíces indispensables para su objeto,

IV.- Las sociedades comerciales por acciones no pueden tener fincas rústicas, las no agrícolas, sólo pueden tener los terrenos necesarios para su objeto, que el Ejecutivo fijará en cada caso,

V.- Los Bancos, sólo los inmuebles necesarios para su objeto,

VI.- Los estados, los Municipios, etc., sólo los raíces necesarios para los servicios públicos. Solamente --
están reglamentadas las fracciones I y VI de este artículo --
27 y el Reglamento acepta que si un extranjero tuviere que --
adquirir, por herencia, bienes de los prohibidos, la Secretaría de Relaciones dará permiso para la adjudicación y para el Registro de la escritura (el permiso se otorgará con la condición de transmitir los derechos de que se trata a --
personas capacitadas conforme a la ley, dentro de un plazo de cinco años),

Y como ya se ha dicho, la misma Constitución Po-

lítica establece otra incapacidad absoluta para suceder, en el penúltimo párrafo del artículo 130, dice:

"No podrá heredar por sí ni por interpósita persona, ni recibir por ningún título un ministro de cualquier culto un inmueble ocupado por cualquiera asociación de propaganda religiosa, o de fines religiosos ó de beneficencia. Los ministros de los cultos tienen incapacidad legal para ser herederos, por testamento, de los ministros del mismo culto, o de un particular con quien no tenga parentesco dentro del cuarto grado".

VI.- RENUNCIA O REMOCION DE ALGUN CARGO CONFERIDO EN EL TESTAMENTO:

Por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento, son incapaces de heredar los que rehusen sin justa causa, cargos de tutor, curador o albacea o hayan sido removidos de los mismos, o que por mala conducta han sido separados judicialmente de él.

El artículo 1331 del Código Civil, nos dice:

Art. 1331.- "Por renuncia o remoción de un cargo son incapaces de heredar por testamento los que, nombrados en él tutores, curadores o albaceas, hayan rehusado, sin justa causa, el cargo, o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio".

No debe olvidarse el artículo 517 del Código Civil, que establece:

Art. 517.- "El tutor que, sin excusa o desechada la que hubiere propuesto, no desempeñe la tutela, pierde el derecho que tenga para heredar al incapacitado que muere intestado, y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan so-

brevemente al mismo incapacitado, En igual pena incurre la persona a quien corresponda la tutela legítima, si habiéndolo sido legalmente citada, no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz".

Como se ha visto, la ley habla de mala conducta, entendiéndose ésta en el sentido común y corriente de la expresión; dá la idea de un modo de vivir que ordinariamente se aparta de las normas morales y de las buenas costumbres; pero no se trata de este caso, sino la conducta que la ley quiere es -la que se relaciona con el desempeño del cargo,- de manera que debe entenderse por mala conducta todo lo que, por acción o por omisión, resulte inadecuado por completo para el desempeño del cargo y amerita la remoción del interesado, comprendiéndose entonces, todos los casos de remoción de tutores, de curadores y de albaceas.

Por su parte, el artículo 1333 del Código Civil nos dice:

Art. 1333.- "Las personas llamadas por la ley para desempeñar la tutela legítima y que se rehúsen sin causa legítima a desempeñarla, no tienen derecho a heredar a los incapaces de quienes deben ser tutores".

Por ese sólo hecho, ya no podrán adquirir por herencia, aunque el incapacitado los instituya por testamento con posterioridad a la incapacidad.

CAPITULO CUARTO,

INCAPACIDADES PARA TESTAR,

La facultad de disponer de los bienes para después de la muerte, no es sino consecuencia del derecho de propiedad; es simplemente un acto de disposición que se distingue por que no producirá efectos en vida del que lo realiza. Puesto que toda persona es capaz de ser propietario, todas ellas tienen derecho de disponer de sus bienes; pero como tan sólo las personas físicas mueren, podemos decir y así lo es, *que sólo las personas físicas son capaces para testar*. Como las personas jurídicas o morales no tienen una muerte fisiológica, no están pues en el mismo caso.

Por su parte, GALINDO GARFIAS dice:

"Tomando en cuenta la naturaleza esencialmente distinta del ser humano y de las colectividades de personas o conjunto de bienes, a quienes el Derecho reconoce personalidad jurídica, deberá estudiarse separadamente el momento en que el ser humano adquiere *personalidad* y el punto de partida de la personalidad de las llamadas personas morales o jurídicas".

Como todo acto jurídico, el testamento debe ser otorgado por una persona capaz para que sea válido; pero para que se presente el fenómeno de la transmisión hereditaria, es necesario, además, que el testador tenga capacidad para otorgar el testamento. Siguiendo los principios de la capacidad en el acto jurídico en general, se puede afirmar-

¹ IGNACIO GALINDO GARFIAS, *Derecho Civil*, (Primer curso. Parte general. Personas, Familia), 4a. ed. México, D.F., 1980, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 310.

que la regla es la capacidad para testar; pero ésta tiene dos excepciones, que son: incapacidad por falta de edad, e incapacidad por demencia,

El artículo 1305 del Código Civil, dice:

Art. 1305.- "Pueden testar todos-aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho",

Y el artículo 1306 del Código Civil vigente, dice:

Art. 1306.- "Están incapacitados-para testar:

I.- Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean -hombres o mujeres,

II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio",

De lo dispuesto en los artículos transcritos, se desprende que la regla es la capacidad, y que la incapacidad es la excepción y debe ser probada, teniendo presente - que la capacidad depende, en primer término, de la existencia de una voluntad inteligente y libre, que sea dueña de sí y que sepa lo que está haciendo. En segundo término, depende de la edad del testador, cuya determinación ha variado a través de los tiempos; actualmente es de dieciséis --- años, pero en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, eran de catorce años para el varón y de doce para la mujer.

RUGGIERO, dice al respecto:

"Las condiciones o supuestos para que la sucesión se verifique de modo total o parcial testamentariamente, - son: que haya una válida declaración de voluntad del de cujus, emitida - por la forma ordenada por la ley - -

(testamento), que el de cujus sea capaz de disponer y el heredero instituido sea capaz de adquirir, que la disposición, cuando haya un derecho de sucesión necesaria (cuotas de reserva o legítima), respete ésta".²

Ante la incapacidad del menor que no ha cumplido los dieciséis años de edad o del enajenado, y por consiguiente, ante la imposibilidad legal de que hagan válidamente un testamento, sólo cabe la posibilidad de que se transmitan sus bienes por disposición de la ley, es decir, por sucesión ab intestato.

I.- CONCEPTO DE CAPACIDAD. Se entiende por capacidad, tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo.

Al respecto, RUGGIERO dice:

"La doctrina romana de la capacidad se desenvolvía toda en torno al triple STATUTUS de que la persona gozaba; el STATUTUS LIBERTATIS, el STATUTUS CIVITATIS y el STATUTUS FAMILIAE de los cuales los dos primeros constituían condiciones esenciales de la capacidad jurídica y el último daban lugar a la distinción de personas -- SUI JURIS y personas ALIENI JURIS, de terminando en los sometidos al poder ajeno una incapacidad en la esfera del derecho privado. Hoy, desaparecida toda huella de esclavitud, equi parada a la condición del extranjero a la del ciudadano en cuanto al goce de los derechos civiles (Art. 30. del Código Civil), transformando profundamente el contenido y la esencia de los poderes familiares, que no suprimen, como en otro tiempo, la capacidad jurídica, es condición única pa-

² ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, Trad. de la 4a. ed. Italiana por Ramon Serrano-Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Ed. Reus, S.A. - Pág. 447.

ra ser sujeto de derechos en el derecho moderno la de ser hombre. La capacidad jurídica, es decir la idoneidad para ser sujeto de derechos corresponde, en general, a todo hombre, pero puede ser limitado por el ordenamiento en cuanto se prive al sujeto de algunos derechos de razón de edad o de condena criminal. Esta limitación, por extensa e intensa que sea, no llega nunca a aniquilar la capacidad jurídica destruyendo la personalidad; la muerte civil que admitían algunas legislaciones anteriores, ha sido desterrada de nuestro Código".³

Así nos dice el artículo 2o. del Código Civil vigente:

Art. 2o. - "La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles".

Por otra parte, se ha considerado la capacidad como uno de los atributos de la personalidad, y así se le designa "estado personal", porque estas dos nociones, el estado y la capacidad, aparecen siempre unidas al concepto de personalidad, y porque además, la capacidad de una persona depende de su estado civil.

PLANIOL Y RIPPERT, dicen:

"Se llaman personas, en el lenguaje jurídico, los seres capaces de tener derechos y obligaciones. Más brevemente se dice que la persona es todo sujeto de derecho. La idea de personalidad, que es necesaria para dar una base a los derechos y obligaciones, es pues, inútil en las teorías que discuten la existencia de derechos y de deberes subjetivos entre individuos. Pero es, por el contrario, indispensable en la concepción tradicional del derecho".⁴

³ ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, ed. Nacamendi, México 1941, Pág. 243.

⁴ MARCELO PLANIOL Y JORGE RIPPERT, *Tratado práctico de Derecho Civil Frances*, Trad. del Dr. Mario Díaz Cruz, Pág. 3 y 4.

Agregan dichos autores:

"Se llama estado de una persona, ciertas condiciones que la ley toma en consideración para atribuirle efectos jurídicos. El lenguaje jurídico no considera como elemento del estado civil sino las cualidades inherentes a la persona, con exclusión de las que se refieren a la profesión, o a la función, y que sin embargo, implican derechos y deberes".

Desde hace tiempo existe la costumbre de examinar a la vez el estado y la capacidad de las personas, de modo que estas dos nociones, siempre aparecen unidas. En principio, esto no presenta ningún inconveniente, a causa de estar sometidas a la misma ley. Hay además, un vínculo entre una y otra noción; la capacidad en gran parte depende del estado, pues la capacidad de una persona será en efecto mayor o menor, según sea mayor o menor de edad, esté o no casada, sometida a interdicción, etc.

Expresa GALINDO GARFIAS:

"No puede negarse que el ser humano es el sujeto de derechos y deberes, facultades y obligaciones que derivan de la relación jurídica; y que prescinde de su ser, ni siquiera se justificaría la existencia misma del derecho, pues el hombre es la causa y razón suficiente de todo el orden normativo".⁶

II.- DIFERENTES CLASES DE CAPACIDAD:

1.- CAPACIDAD DE GOCE.- Es la aptitud para ser-

⁵MARCELO PLANIOL Y JORGE RIPPERT, Ob. Cit, Pág. 9.

⁶IGNACIO GALINDO GARFIAS, *Derecho Civil*, (Parte general. Personas. Familia), 9a. ed. México, D.F. 1980, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 309.

titular de derechos y obligaciones, Mediante esta capacidad, en el Derecho Moderno todas las personas se encuentran en la posibilidad de participar en la vida jurídica; son tenidas en cuenta en el Derecho; en cuanto pueden ser sujetos de derecho y obligaciones; conforme a lo previsto por el artículo 22 del Código Civil vigente, al decir:

Art. 22,- "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

Bonnetcase expresa al respecto, que la capacidad de goce es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación. En una fórmula más breve, se dirá que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho. La noción de la capacidad de goce se identifica, pues, en el fondo, con la noción de la personalidad. Estos términos son equivalentes; no se concibe la noción de la persona sin la capacidad de goce. Si bien es cierto que la capacidad de goce de una persona nunca puede ser suprimida, también lo es que se pueden hacer restricciones; si se prefiere no existen incapacidades de goce generales, pero, por el contrario, hay incapacidades de goce especiales, forzosamente muy limitadas en número, pues parece que atentan contra la esencia misma de la personalidad. La capacidad de ejercicio se opone a la capacidad de goce y puede definirse como la aptitud de una

persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derechos, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación siempre por sí misma. *Y la capacidad de ejercicio es la aptitud -- de la persona para adquirir y para ejercer derechos por sí misma.*¹

La capacidad de goce que corresponde a toda persona y que es parte integrante de la personalidad, puede -- existir sin que quien la tiene posea capacidad de ejercicio, A esta ausencia de la capacidad de ejercicio se alude generalmente, cuando se dice que una persona es incapáz o está incapacitada. En consecuencia, la incapacidad entonces se refiere a la carencia de aptitud para que la persona, que tiene capacidad de goce, puede hacer valer sus derechos por sí misma.

Por su parte, GALINDO GARFIAS nos dice:

"La capacidad de disfrute puede -- concebirse sin la capacidad de ejercicio, porque el titular de un derecho puede ser, según los casos, capáz o incapáz para hacerlo valer por sí mismo. En otros términos, hay -- personas que aunque tengan el goce -- de derechos civiles, no tienen su -- ejercicio. Son las que propiamente hablando, se llaman incapaces. En -- la moderna legislación francesa, la -- capacidad de goce, pertenece en principio a todos los individuos. Toda-

¹JULIAN BONNECASE, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, (Notiones Preliminares, personas, familia y bienes), trad. -- del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, Pue., México, 1945, -- Ed. José M. Cajica Jr., Pág. 377 y 378.

persona, cualquiera que sea su edad, sexo, estado y aún su nacionalidad, tienen el goce de los derechos civiles, y es que un hombre no puede vivir, sin tomar parte en el comercio jurídico y por consiguiente, sin ser titular de derechos civiles. Quitarle a un individuo el goce de los derechos civiles, sería borrarlo del número de las personas, colocarlo en la situación del esclavo en el mundo antiguo. Las incapacidades de disfrute son pues, excepcionales, y además, especiales, es decir, que no concierne más que a uno o varios de rechos determinados. No puede concebirse a una persona que se halle privada de todos los derechos civiles".²

De lo que se ha expuesto, podemos decir, que el principal atributo de la personalidad del hombre (sujeto) y de su existencia para el Derecho, está constituido por su capacidad jurídica, o capacidad de Derecho, que es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos; de manera que no se conciben seres humanos que no esten dotados de la capacidad jurídica. *La capacidad jurídica es atributo inseparable de la persona humana; se la adquiere por el hecho mismo de la existencia, esto es, por nacimiento y acompaña al sujeto hasta la muerte. Así pues, el niño y el loco gozan de la capacidad jurídica; la capacidad jurídica es la regla.*

ROJINA VILLEGAS, dice al respecto:

"La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto debe tenerla. Si se suprime

² IGNACIO GALINDO GARTIAS, *Derecho Civil*, (Parte general, -- personas. Familia), 4a. ed., México, D.F., 1980, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 306.

me, desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar, Kelsen concibe al sujeto, como un centro de imputación de derechos, obligaciones y actos jurídicos. Por lo tanto, la capacidad viene a constituir la posibilidad jurídica de que exista ese centro ideal de imputación y al desaparecer, también tendrá que extinguirse el sujeto jurídico".³

De estas observaciones, podemos sentar el principio de que la capacidad de goce no puede quedar suprimida--totalmente en el ser humano; que basta esta calidad, es decir, la de ser hombre, para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce, y por lo tanto, una personalidad. Por esto en el Derecho Moderno, se consagra el siguiente principio: *Todo hombre es persona.*

La capacidad de goce se atribuye también antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido, quedando su personalidad destruída si no nace vivo y viable.

GALINDO GARFIAS, dice:

"Los conceptos de personalidad y de capacidad de goce, no significan lo mismo aunque se relacionan entre sí. La personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del Derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico. Es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que pueden presentarse. La capacidad alude

³ RAFAEL FOJHA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo I, -- (Introducción y personas), 3a. ed., México, D.F., 1980, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 432.

a situaciones jurídicas concretas -- (para celebrar tal o cual contrato, para contraer matrimonio con determinada persona para adquirir éste o -- aquél bien mueble o inmueble, etc.). De tal manera que sin mengua de su personalidad, una persona puede carecer de su capacidad para adquirir un bien determinado. Si es por ejemplo, mandatario del vendedor. La personalidad es única, indivisa y abstracta, la capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta".

Es así como el embrión humano tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de Derecho, y éstas son principalmente capacidad para heredar, para recibir en legados y para recibir en donación, según nuestro Código Civil.

Se puede decir, que el ser concebido pero no nacido, tiene un mínimo capacidad de goce, bajo la condición-impuesta en nuestro Código de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva veinticuatro horas. Esta forma mínima de capacidad de goce permite al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales, es decir, derechos de heredar, de recibir en legados o recibir en donación; también es la base para determinar su condición jurídica de hijo de matrimonio o fuera de matrimonio. No puede tener otra clase de derechos porque su misma naturaleza se lo impide; pero dada esta posibilidad de heredar o de recibir en donación, tenemos la base patrimonial firme para que se pueda operar diversas consecuencias jurídicas.

2.- CAPACIDAD DE EJERCICIO.- Es la aptitud que tiene una persona para poder ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo.

⁴IGNACIO GALINDO GARRAS, *Derecho Civil*, (Parte general. Personas. Familia), 4a. ed. México, D.F., 1980, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 300,

La capacidad de ejercicio, es un elemento que solo se requiere para la validez de los actos jurídicos, es decir, es un elemento que el acto requiere para que surta todos sus efectos jurídicos. Por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad *relativa del contrato o del acto jurídico*. Es decir, que la capacidad de ejercicio no es un elemento esencial en los actos-jurídicos, por cuanto que los celebrados por incapaces existen jurídicamente, son susceptibles de ratificación para -- quedar convalidados *retroactivamente* o bien, pueden prescribir la ineficacia que los afecta.

También la capacidad de ejercicio depende de la edad de la persona; se adquiere a los dieciocho años, según los artículos 646 y 647 del Código Civil vigente.

Artículo 646 del Código Civil;

Art. 646.- "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos",

Y el artículo 647 del mismo Código Civil, dice:

Art. 647.- "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes",

Sin embargo, los mayores de dieciocho años que padezcan locura, idiotismo, imbecilidad, los sordomudos que no saben leer y escribir, los ebrios consuetudinarios y los que hacen habitualmente uso de drogas enervantes, carecen de la capacidad de ejercicio. Pueden hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por medio de un representante.

ROJINA VILLEGAS, dice:

"La capacidad de ejercicio. Esta capacidad supone la posibilidad jurí

dica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los Tribunales. Por lo tanto, la incapacidad de ejercicio impide al sujeto hacer valer sus derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar sus acciones. De aquí la necesidad de un representante, sea quien haga valer esos derechos o acciones o se obligue y cumpla por el incapaz o celebre por él los actos jurídicos. Es así como la representación legal surge en el derecho como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio. Podemos definir brevemente la capacidad de ejercicio, diciendo que es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente".⁵

A).- MENORES DE EDAD.- El menor permanece en estado de incapacidad en tanto no haya sido emancipado. La emancipación hace salir parcialmente al menor de edad del estado de incapacidad.

El artículo 641 del Código Civil, dice:

Art. 641.- "El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad".

El artículo 643 del Código Civil, añade:

Art. 643.- "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

⁵ RAFAEL POJUNA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo I, (Introducción y personas), 3a. ed. México, D.F., 1980, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 405.

I.- De la autorización judicial - para la enajenación, gravámen o hipoteca de sus bienes;

II.- De un tutor para negocios judiciales.

A la incapacidad del menor suple la ley quitándole relevancia a la voluntad de él, y sometién-dole al poder de persona capaz de obrar; la cual obra en nombre de él y en interés de él, y es su *representante legal*. La representación legal es una institución necesaria, porque no podrían los incapacitados ejercer sus derechos sin ella, y esto traería como consecuencia que de hecho se les privara de la capacidad de goce.

ROJINA VILLEGAS, dice al respecto:

"Conviene al efecto reflexionar en que la representación legal en el derecho privado, es una institución-jurídica auxiliar de la incapacidad de ejercicio. Toda incapacidad de ejercicio origina la necesidad de una representación legal, porque si se admite la capacidad de goce, pero se niega la de ejercicio y no se busca un medio legal para que se ejerciten los derechos que al titular no puede hacer valer directamente, se negará prácticamente también la capacidad de goce".⁶

Podemos decir que la incapacidad de ejercicio -- se prolonga desde el nacimiento hasta la emancipación; no --

⁶ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo V, -- (Obligaciones), Volumen I, 4a. ed., México, D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 387.

pueden los menores no emancipados ejercitar sus derechos o hacer valer sus acciones, pues necesitan siempre del representante para contratar y para comparecer en juicio.

ROJINA VILLEGAS, dice:

"El tercer grado de la incapacidad de ejercicio corresponde a los menores emancipados en donde existe solo incapacidad parcial de ejercicio y, consiguientemente, semi-capacidad; pueden realizar todos los actos de administración relativos a sus bienes muebles e inmuebles, sin representante; pueden también ejecutar los actos de dominio relacionados con sus bienes muebles; en cambio, tienen una incapacidad de ejercicio para comparecer en juicio, no necesitando un tutor. Para celebrar actos de dominio sobre bienes inmuebles, es menester la autorización judicial".⁷

La minoridad como causa de incapacidad, dura en nuestro Derecho hasta los dieciocho años (Art. 646). - Esta edad, mencionada en el acta del Registro Civil, debe calcularse por horas a partir del nacimiento; la mayoría de edad y la plena capacidad comienzan, pues, el día del aniversario y a la hora indicada en el acta de nacimiento. Este procedimiento que fija la mayoría de edad, no de acuerdo con el exámen individual del desarrollo del interesado sino en base a una edad constante, es el adoptado por las legislaciones modernas. La edad de dieciocho años es la admitida en nuestro Derecho.

Existen además en nuestro Derecho mayorías de edad, que pudieran calificarse de especiales y que confieren al menor de dieciocho años determinadas capacidades particulares; Por ejemplo, el menor no emancipado que ha-

⁷ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, Ob. y C. Cit., Pág. 407.

cumplido dieciseis años puede nombrar a su propio tutor y puede testar (Arts. 496 y 1301, I, contrario sensu).

B).- PRIVADOS DE INTELIGENCIA.- Incapacidad de ejercicio sufren también los mayores de edad privados de inteligencia, es decir, aquéllos cuyas facultades mentales se encuentran perturbadas por locura, idiotismo o imbecilidad. La incapacidad de estos mayores de edad generalmente es total; es decir que, únicamente el representante puede hacer valer los derechos y acciones del incapaz, y celebrar los actos jurídicos de administración o de dominio que afecten el patrimonio de dicho incapaz; respecto de estos últimos, requerirá autorización judicial. Pero para los actos jurídicos familiares, por ejemplo, contraer matrimonio, reconocer hijos, adoptar, etc., carecen de capacidad de goce dichos sujetos enajenados o perturbados, y por consiguiente, no se puede suplir su deficiencia mental mediante representación.

En materia de contratos, la incapacidad por perturbación mental le veda celebrarlos, no obstante que en un momento dado esté en pleno uso de sus facultades mentales; en cambio, en materia de testamentos, se acepta que en un momento de lucidez mental el enajenado otorgue testamento.

Así pues, como se ha venido diciendo, la capacidad de ejercicio consiste en la *aptitud* que tiene un sujeto para hacer valer directamente sus derechos, o para cumplir por sí sus obligaciones. La capacidad de ejercicio supone la de goce. Si no hay capacidad de goce, no puede haber la de ejercicio, relativamente a los derechos y obligaciones.- La incapacidad de ejercicio consistirá, por lo tanto, en la falta de aptitud para hacer valer directamente los derechos

o cumplir las obligaciones. Tienen incapacidad de ejercicios los menores de edad, *los privados de inteligencia* por locura, idiotismo o imbecilidad; los carentes de raciocinio por embriaguez consuetudinaria o por drogadicción. Esta incapacidad es a la que la ley se refiere como causa de nulidad relativa.

La incapacidad de goce impide totalmente que el sujeto pueda celebrar el acto jurídico. En cambio como en la incapacidad de ejercicio la ley reconoce que el sujeto posee capacidad de goce, le permite ser titular de derechos y obligaciones; puede adquirirlos, sólo que no de manera directa, sino por conducto de un representante; el menor, por medio del que ejerza la *patria potestad o del tutor*; el mayor de edad que padezca perturbaciones mentales, por conducto de su tutor. Como no hay una prohibición para llegar a adquirir el derecho, si el incapaz celebra el acto jurídico (contrato) este acto no va en contra de una norma, pero sí está viciado, padece de una irregularidad. Desde este punto de vista, decimos que el acto está afectado de nulidad relativa.

Así nos dice el artículo 2228 del Código Civil:

Art. 2228.- "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

Los artículos que se refieren a la incapacidad en los contratos, y que son aplicables a los demás actos jurídicos, son los 1798 y 1799,

El artículo 1798 del Código Civil, dice:

Art. 1798.- "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

Y el artículo 1799, dice:

Art. 1799.- "La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común".

Es decir, la incapacidad debe ser determinada en la ley. La regla general es la capacidad, tanto de goce como de ejercicio; por esto, en principio, todo sujeto es capaz. Para que podamos hablar de una incapacidad de goce o de ejercicio, la ley debe consagrarla. Por ejemplo, el menor de edad no emancipado tiene incapacidad total de ejercicio; no puede hacer valer sus derechos o cumplir sus obligaciones.

El artículo 450 del Código Civil, dice:

Art. 450.- "Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;

III.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir;

IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".

El artículo 451 del Código Civil, añade:

Art. 451.- "Los menores de edad emancipados por razón de matrimonio,

tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo al capítulo I del Título Décimo de este libro".

C).- SORDOMUDOS QUE NO SABEN LEER NI ESCRIBIR.-

Esta incapacidad está reglamentada por la fracción III del artículo 450 del Código Civil vigente.

Como se puede apreciar de dicho artículo, los individuos que padecen de esta enfermedad, no pueden celebrar actos jurídicos por sí mismos, sino es por conducto de su representante.

ROJINA VILLEGAS, dice al respecto:

"La incapacidad de ejercicio consistirá, por lo tanto, en la falta de aptitud para hacer valer directamente los derechos o las obligaciones. Tienen incapacidad de ejercicio los menores de edad, los privados de inteligencia por idiotismo o imbecilidad y aquellos que padecen perturbaciones de sus facultades mentales por locura, embriaguez consuetudinaria o uso constante de drogas enervantes; también los sordomudos que no sepan leer o escribir."

La nulidad de que adolece el acto jurídico celebrado por un sordomudo que no sepa leer ni escribir, será relativa, toda vez que es susceptible de convalidarse por medio de la ratificación o confirmación del acto, la que puede llevarse a cabo de dos maneras; una, por el mismo incapaz, cuando éste ha salido de su estado de incapacidad; -

⁸ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo I, - (Introducción y personas), 3a. ed., México, D.F. 1980, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 360.

segunda, por conducto de su representante legal, cuando esté autorizado para celebrar el acto jurídico y contrato.

Si el representante ratifica aquéllos actos jurídicos que la ley le faculta para celebrar, la ratificación conválida *retroactivamente* el acto o contrato; pero si el representante ratifica un acto jurídico que él mismo no puede ejecutar en nombre del incapaz, esta ratificación no surtirá ningún efecto.

La acción de nulidad es susceptible de prescripción, que corre para el incapaz a partir del momento en que sale de ese estado o desde que se designo tutor. Se señalan diferentes plazos de prescripción, según sea la naturaleza del acto jurídico o del contrato.

3.- INCAPACIDAD DE HECHO E INCAPACIDAD DE DERECHO:

Una incapacidad natural puede existir también en las personas que la ley considera capaces, como ocurre con el que sufre enfermedad mental más o menos grave y respecto de quien no se ha dictado sentencia de intervención o de inhabilitación, o bien en el caso de quien por embriaguez, sonambulismo, perturbación pasional o por otra causa que sea transitoria, no se halle en posesión plena de su conciencia y de sus facultades mentales,

RUGGIERO, explica,

"La incapacidad legal, ya sea por menor edad o ya por enfermedad mental, es causa de anulabilidad de los actos y no valdría a salvar éstos la prueba contraria de la madurez del juicio del menor o de la curación del sujeto a interdicción. Fuera de la incapacidad no se tiene en cuenta,

por lo regular, otra incapacidad que se dé por vicio o perturbación psíquica. Sólo excepcionalmente pueden tenerse en cuenta, pero distinguiéndose en cuanto a los requisitos para hacerla valer, entre actos a título gratuito y actos a título oneroso: - que mientras para aquéllos es suficiente la prueba de la existencia de la enfermedad mental en el momento en que se realizaron, para éstos tal prueba no bastaría, sino que precisaría que el procedimiento de la interdicción se haya seguido y que, además, concorra la mala fé del otro -- contrayente, y si el incapaz ha muerto, precisa que la interdicción haya sido promovida, o que si no lo fué, el acto mismo constituya la prueba de la enfermedad".⁹

Nosotros creemos que incapacita todo estado de perturbación de las facultades mentales, con tal que sea -- grave y se demuestre su existencia en el momento en que el consentimiento fué prestado, y por consiguiente, además de la locura, la imbecilidad, la demencia y otras causas transitorias que oscurezcan o supriman la conciencia y el uso de la razón, puede legítimamente invocarse para negar eficacia y hacer declarar nulo un contrato, y cualquier otro acto jurídico.

Quando se trata de incapacidad legal, el contrato no es radicalmente nulo, sino simplemente anulable. La anulación puede, sin embargo, demandarse por regla general, por el incapaz; la otra parte si era capaz, no puede oponer

⁹ ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, (Introducción y parte general, Derecho de las personas, Derechos reales y posesión), Trad. de la 4^a ed. Italiana, Por Ramón Ferrero Suárez y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Ed. Pozo, S.A., Pág. 361.

la incapacidad del menor, del sujeto a interdicción.

El artículo 637 del Código Civil, dice:

Art. 637.- "La nulidad a que se refieren los artículos anteriores si lo puede ser alegada, sea como acción, sea como excepción, por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes, pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al constituirse la obligación, ni por las mancomunadas en ellas".

Por el contrario, la incapacidad natural dá lugar a la inexistencia del contrato, puesto que falta a éste un elemento esencial del acto que es el consentimiento. Se deduce por lo tanto que la inexistencia puede ser opuesta -- por todo interesado.

El artículo 2224 del Código Civil, dice:

Art. 2224.- "El acto jurídico -- inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que puede ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado".

Messineo, explica que debe distinguirse la incapacidad natural de la legal. La importancia de la distinción está en lo siguiente: que para hacer valer la incapacidad legal no es necesario dar su prueba caso por caso y con referencia al momento en que un determinado acto se realiza por el incapaz, correspondiendo esa incapacidad a una situación del sujeto objetivamente comprobable, o previamente comprobable, de manera que la misma puede invocarse por-

quien tenga interés en ello, sin recurrir a una prueba específica; la incapacidad legal (comprobable o comprobada) opera de iure, mientras que, en los casos de incapacidad natural, se necesita la prueba antes indicada y entra en juego la hipótesis del denominado intervalo lúcido.¹⁰

III.- EMANCIPACION.- La emancipación es el acto por el cual el menor de edad sale de la patria potestad o de la tutela a que se halla sujeto, disponiendo así libremente de su persona y adquiriendo sus bienes, con las restricciones que establece la ley.

El artículo 641 del Código Civil, dice:

Art. 641.- "El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad".

Todo menor que se casa se emancipa de pleno derecho, sin que haya necesidad de ninguna declaración. El matrimonio es incompatible, en el estado de nuestras costumbres, con la subordinación de un menor que se hallara sometido a la patria potestad o a la tutela, ya que los cónyuges deben ser bastantes para gobernar su hogar.

La emancipación por matrimonio es definitiva e irrevocable; sobrevive a la anulación del matrimonio, cuando el matrimonio se realiza con la autorización de quien ejerza la patria potestad o del tutor del menor, si éste es de buena fé. En este caso, en efecto, el cónyuge debe con-

¹⁰ FRANCISCO MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y comercial*, Tomo 1, (Doctrinas Generales), Trad. de Santiago Centeno Melando, S. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa Americana, Pág. 114.

servar todas las ventajas del matrimonio y la anulación -- obra como una disolución.

Las restricciones que el Código Civil establece a la capacidad del menor de edad emancipado, se refieren a los actos relativos a la disposición y gravamen de los bienes inmuebles y a la capacidad procesal. Para la enajenación y gravamen de los bienes raíces, el menor de edad emancipado requiere de la autorización judicial, y además no puede intervenir personalmente como actor o como demandado, en los negocios judiciales para los que requiere de un tutor especial.

PLANIOL Y RIPERT, dicen al respecto:

"La emancipación es un acto que -- confiere a un menor: 1o. El gobier-- no de su persona; 2o. El goce y la -- administración de sus bienes con una capacidad limitada. Estas reglas -- son de orden público, en el sentido -- de que, en el momento de la emancipa -- ción, no se puede dar al menor una -- capacidad diferente de la que deter -- mina la ley".

El menor de edad emancipado goza de una capaci-- dad menos extensa que la que corresponde al mayor de edad -- (Art. 451).

GALINDO GARFIAS, expresa:

"Se señala como antecedente histó -- rico de la emancipación, la institu --

¹ MARCELO PLANIOL Y JORGE RIPERT, *Tratado práctico de Dere -- cho Civil Frances*, Tomo I. (Las personas, Estado y capaci -- dad), Trad. del Dr. Mario Díaz Cruz, se., Habana, Ed. Cul -- tural, S.A., Pág. 580.

ción romana de la *venia aetatis*, que concedía el emperador a los varones mayores de veinte años y a las mujeres si habían alcanzado la edad de dieciocho años, por virtud de la cual, esos menores de edad disfrutaban de una capacidad semiplena, que les permitía disponer de sus bienes muebles, pero que no las autorizaba para hacer donaciones y para enajenar los bienes inmuebles, sino hasta que alcanzaran la mayoría de edad, que en Roma empezaba a los veinticinco años de edad",²

Nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, siguiendo la tradición Francesa y Española, establecieron la emancipación en forma tácita y expresa; la emancipación por voluntad de quienes ejercían la patria potestad y por matrimonio del menor. Y dentro de la emancipación voluntaria, reconocieron la posibilidad de que el menor pudiera ser habilitado de edad para administrar los bienes a solicitud del propio menor, ante el juez competente.

El Código Civil de 1928, para el Distrito Federal, establecía originalmente en sus preceptos la emancipación tácita y la emancipación expresa; ésta última con sus dos variantes; por declaración de las que ejercen la patria potestad o del tutor y a solicitud del propio menor de edad si había cumplido dieciocho años y probaba ante el juez competente su buena conducta y su aptitud para administrar sus bienes. Se suprimió la protesta que las leyes reservaban a los padres o tutores para vigilar y dirigir la administración de los bienes del menor emancipado y se

² IGNACIO GALINDO GARTIAS, *Derecho Civil*, (Parte general: Personas. Familia), 4a. ed. México, D.F., 1980, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 394.

reestableció el requisito de previa autorización judicial - para la enajenación o gravamen de inmuebles pertenecientes - al menor, y de la intervención de un tutor para negocios judiciales.

En el Código Civil vigente para el Distrito Federal, la emancipación sólo tiene lugar *tácitamente*, como consecuencia del matrimonio,

Por medio de la *emancipación* se puede decir, que el menor está en un período intermedio entre el estado de la incapacidad original y el de plena capacidad. Ya que se ha hecho mención a las restricciones que establece el artículo-643 del Código Civil, para que el menor de edad emancipado - pueda enajenar o gravar bienes inmuebles y para comparecer - en juicio como actor y como demandado.

Es decir, conforme a lo dispuesto en el artículo-643, el menor de edad emancipado puede libremente realizar - toda clase de actos de *administración* relativos a sus bienes muebles e inmuebles, sin ninguna limitación y sin que para - la plena validez de esta clase de actos requiera autoriza- ción, asistencia y representantes.

Por su parte PLANIOL Y RIPERT, dicen al respecto:

"La ley dice, en los artículos -- 481 y 484 párrafo I, que el emancipado puede hacer sólo todos los actos- que sean de *para administración*; en los demás, necesita la asistencia de su curador o llenar las formalidades impuestas al tutor. Así, pues, a pesar de la emancipación, la incapacidad continúa siendo la regla y la capacidad es la excepción. Al señalar por límites a la capacidad del emancipado las fronteras del acto de administración, la ley tiene buen cul-

dado al indicar, por la palabra PURA, que se trata de una administración - muy estrictamente considerada. Los artículos 482 y siguientes, reflejan esa idea, al prohibir al emancipado que realice sin asistencia ciertos - actos permitidos al tutor. Del mismo modo que en la tutela la ley procede por categoría y excluye del dominio de la administración en cuanto a los emancipados los actos que por su naturaleza jurídica le parecen -- más graves, aún cuando las circunstancias hagan que sean actos de "administración".

Los efectos de la emancipación son: 1o. Hacer cesar la patria potestad o la tutela; 2o. Conferir una capacidad restringida al menor de edad emancipado, para la enajenación de bienes; y 3o. Otorgar al emancipado la capacidad para administrar sus bienes. No atribuye al menor la capacidad procesal.

IV.- LA LIBERTAD DE TESTAMENTIFICACION.- El sistema de la libre testamentificación constituye la base fundamental del Derecho Sucesorio testamentario, toda vez que permite la disposición de los bienes y derechos de una persona física para después de su muerte, sin más limitaciones que las que la ley establece expresamente para la protección de los intereses particulares o generales que pudieran verse perjudicados.

Por su parte DE PINA, dice:

"La libertad de testar, de acuerdo con el pensamiento de sus partidarios, robustece la autoridad paterna y el principio de familia, nace -- más equitativa la distribución de la herencia, permitiéndolo al padre pre-

³ MARCELO PLANIOL Y JORGE RIPERT, *OB. CIT.*, 15o, 599.

1. miar méritos o aptitudes, al mismo tiempo que suplir o compensar defectos naturales e involuntarios, que justifiquen una protección especial y facilita el dar satisfacción a toda clase de deberes morales. El Código Civil para el Distrito Federal se inspira en el principio de la *libertad de testar*, desconociendo el sistema de legítimas, que supone el reconocimiento a determinados herederos, llamados forzosos, del derecho a una porción de la herencia de la que el testador no pueda disponer libremente".¹

También ROJINA VILLEGAS, expresa:

"El Código de 1870 no llegó a admitir el derecho de disponer libremente de los bienes sino, por el contrario, suprime el régimen de *libre testamentifacción* aceptada en un principio en el derecho romano y lo limitó en tal forma que sólo en una porción muy pequeña el testador podía disponer de sus bienes. De este régimen se pasó en el Código de 1884 al de *libre testamentifacción*, tal como existió en un principio en el derecho romano, pero se impone en nuestro Código anterior la obligación de dejar alimentos a los parientes consanguíneos y al cónyuge supérstite. De lo contrario el testamento resultaba inoficioso. El Código Civil vigente, sigue este sistema".²

El sistema de la libre testamentifacción, fué implantada en México por el Código Civil de 1884, contrariando

¹ RAFAEL DE PINA, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, (Bienes y Sucesiones), Tomo II, 7a. ed., México, D.F., 1977, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 294

² RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo IV, (Sucesiones), 5a. ed., México, D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 359.

al sistema anterior, establecido por el Código Civil de 1870, que consagraba el de las legitimas, que supone una limitación más o menos rigurosa, a la facultad del testador de disponer de sus bienes, para después del fallecimiento.

RUGGIERO, explica al respecto:

Del resultado de la combinación de la institución conocida con el nombre de PARTIO LEGITIMA DEL DERECHO ROMANO (el cual parte de la libertad de testar restringiendo ésta con la obligación impuesta al testador de dejar algo al legitimario) y con la reserva propia de los Derechos germánico y consuetudinario franceses (los cuales parten de la idea de la comunidad doméstica que excluye la libertad de testar y admiten por excepción una cierta libertad de disponer en favor de extraños, debiendo reservarse el resto del patrimonio en favor de los hijos) la legítima o reserva de nuestro Derecho se inspira, por lo que afecta a su regulación, en las dos instituciones en que se origina, representando una conciliación del principio de libertad de propietario para disponer de sus cosas, con las legítimas exceptativas de los miembros de la familia".

Actualmente, el sistema de la libre testamentación permite la transmisión de los bienes y derechos que no se extinguen por la muerte, a las personas que designe el testador, con la limitación de respetar y cumplir las obligaciones alimenticias pendientes en la fecha del fallecimiento, respecto de aquéllos a quienes se refiere el artículo 1368 del Código Civil vigente:

¹ ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo - II, Vol. II, Trad. de la 4a. ed. Italiana por Ramón Ferrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Ed. Reus, S.A., Pág. 451.

Art. 1368, - "El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes;

I.- A los descendientes menores de dieciocho años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;

II.- A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que se refiera la fracción anterior;

III.- Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;

IV.- A los ascendientes;

V.- A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trata no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;

VI.- A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades".

Tan importante limitación se debe a la circunstancia de que todas las personas mencionadas son acreedores alimentistas del autor y que su derecho no puede ser burlado a través de disposición testamentaria alguna. Además, la sucesión comprende la universalidad del patrimonio del de cujus con cargo a la cual deben ser pagados los alimentos de las personas a quienes la ley protege, estableciendo la inoficiosidad del testamento como sanción al incumplimiento de la obligación alimenticia.

V.- LOS MENORES DE EDAD Y SU CAPACIDAD PARA DICTAR TESTAMENTO:

La capacidad para hacer testamento ha variado según los tiempos; en Roma, se necesitaba la cualidad de PATER FAMILIAS y estar en su sano juicio.

ANTONIO DE IBARROLA, explica:

"El FILIUS FAMILIAS puede únicamente disponer por testamento de sus peculios *'castrense y quasicastrense'*, para cuyos bienes se le concede total autonomía. Las limitaciones testamentarias puestas a la mujer -- SUI IURIS, la cual sólo podía testar bajo *'Auctoritas'* de su tutor, desaparecen al ser derogada la *tutela mulierum*".

Después se consideró el testamento como un acto privado y se estableció una regla análoga a la que contiene el artículo 1305 del Código Civil vigente, que dice:

Art. 1305.- "Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho".

¹ ANTONIO DE IBARROLA, *Cosas y Sucesiones*, 5a. ed., México, D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 665.

En realidad, la capacidad para testar es un supuesto *especial* de la sucesión testamentaria, ya que se establece como regla general la capacidad de toda persona para testar y como regla especial la incapacidad, que se concreta en nuestro Derecho a dos casos:

- 1.- Cuando se trata de enajenados;
- 2.- De menores de ambos sexos, que no han cumplido dieciséis años de edad,

Al respecto expresa el artículo 1306 del Código Civil:

Art.1306.- "Están incapacitados para testar:

I.- Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;

II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio".

Lo anterior viene a confirmar lo *especial* de la capacidad para testar, ya que como se ha venido diciendo, el testamento es un acto jurídico y como todo acto jurídico debe celebrarse para que surta sus efectos legales por persona capaz.

Así pues, ante la incapacidad del menor que no ha cumplido dieciséis años o del enajenado en su caso, y por consiguiente, ante la imposibilidad de que se haga válidamente un testamento, sólo es posible la transmisión hereditaria por disposición de la ley; en otras palabras, por sucesión legítima.

VI.- LOS QUE HABITUAL O ACCIDENTALMENTE NO DISFRUTAN DE SU CABAL JUICIO Y SU APTITUD LEGAL PARA DICTAR TESTAMENTO;

La incapacidad por enajenación mental es *relativa*, en virtud de que se admite para aquéllos que tienen *intervalos lúcidos*, la posibilidad de testar siempre y cuando se haga el testamento en un momento de lucidez, pues lo que importa para determinarla capacidad, no es el estado general del autor de la herencia, sino el que tiene al hacer el testamento. Por esta razón, si la causa de incapacidad sobreviene - después (enajenación mental) el testamento es válido, si se demuestra que cuando lo hizo el autor de la herencia estaba en pleno uso de sus facultades.

ANTONIO DE IBARROLA, nos dice al respecto:

"El Derecho Romano (D.I. 20, 4) y las Leyes de Partida, disponen que - cuando el demente tiene intervalos lúcidos, los interesados en que teste deben ocurrir al Juez del lugar - para que conceda la licencia respectiva: sólo puede otorgarla cuando -- quede satisfecho por la declaración del médico o cirujano que al efecto, asociado del escribano y testigos, o de éstos y del mismo Juez si no hubiere escribano, examinaran el estado del enfermo, y con vista de él podrán decir si puede o no otorgar su disposición testamentaria, todo lo cual se hará constar por el escribano y en su caso por el Juez receptor; y cerciorado éste de la verdad de lo dicho y lo hecho de que el testador concluyó durante el intervalo lúcido su disposición, debe declararla válida y tenerse por buena para todos -- los efectos legales".¹

En relación con lo anterior, el artículo 1308 del Código Civil dice:

1 ANTONIO DE IBARROLA, *Cosas y Sucesiones*, 5a. ed., México, - D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 695.

Art. 1308.- "Siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor y, en defecto de éste, la familia de aquél, presentará por escrito una solicitud al Juez que corresponda. El Juez nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental. El Juez tiene obligación de asistir al examen del enfermo, y podrá hacerle cuantas preguntas estime conveniente, a fin de cerciorarse de su capacidad para testar".

De este precepto vemos que se regula un procedimiento para que el enajenado que tenga momentos lúcidos, pueda hacer su testamento. Y si del resultado se comprueba que se encuentra en un momento de lucidez, se procederá desde luego a la formación del testamento ante notario público, con todas las solemnidades que se requiere para los testamentos públicos abiertos. Debe asentarse el resultado del examen que hagan los médicos, haciendo constar que durante todo el tiempo de la facción del testamento, el autor de la herencia estuvo en pleno estado de lucidez, pues de lo contrario, podría impugnarse de nulo.

Firmarán el acta, además del notario y de los testigos, el Juez y los médicos que intervinieron para el reconocimiento, poniéndose al pie del testamento razón expresa de que durante todo el acto, conservó el paciente perfecta lucidez de juicio, y sin este requisito y su constancia, será nulo el testamento. (Art. 1311).

AGUILAR CARVAJAL, también nos dice:

"El legislador reglamentó la posibilidad de que un incapacitado mental pudiera otorgar un testamento, en un intervalo lúcido. Esta posibilidad ha sido criticada principalmen

te a la luz de la medicina legal y de la medicina en general, pues se afirma que si realmente se trata de un demente, en la mayoría de ocasiones, no podrá tener intervalos lúcidos; el legislador toma las siguientes precauciones en estos casos: requiere la presencia, en el testamento, de médicos alienistas, quienes deberán dictaminar al respecto, en presencia del juez, pues es el único caso en que debe estar presente un funcionario del poder judicial y, además, la única forma en que puede ser otorgado es la de testamento público abierto".²

Como se vió al tratar el estudio sobre el testamento público abierto, se reglamenta la disposición de la última voluntad otorgada por un SORDO, un CIEGO, etc., misma que se encuentra regulada por los artículos 1516 del Código Civil, que dice:

Art. 1516,- "El que fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiere hacerlo, designará una persona que lo lea a su nombre".

También el artículo 1517 del mismo Código Civil, dice:

Art. 1517,- "Cuando sea ciego el testador, se dará lectura al testamento dos veces; Una por el notario, como está prescrito por el artículo 1512, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe".

Por su parte, el artículo 1531, dice:

² LEOPOLDO AGUILAR CARVAJAL, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, 4a. ed., México, D.F., 1966, Ed. Porrúa, S.A. Pág. 298.

Art. 1531.- "El sordo-mudo podrá hacer testamento cerrado con tal que esté todo él escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario, ante cinco testigos, escribe en presencia de todos sobre la cubierta que en aquél pliego se contiene su última voluntad y va escrito y firmado por él. El notario declarará en el acta de la cubierta que el testador lo escribió así, observándose, además, lo dispuesto en los artículos 1524, 1526 y --- 1527".

El que sea sólo sordo, puede hacer testamento cerrado con tal que esté escrito de su puño y letra, o si ha sido escrito por otro, lo anote así el testador y firme la nota de su puño y letra, sujetándose a las demás solemnidades previstas para esta clase de testamento (Art. 1533).

Interpretando correctamente estos artículos, debemos concluir que no tienen capacidad para testar los verdaderamente sordos que no sepan leer o escribir.

El testamento público cerrado, otorgado por un sordo-mudo, deberá ser escrito por éste; de otra manera no será válido. En tal virtud, los sordo-mudos que no sepan escribir, no podrán hacer testamento. Además, el testador hará constar en la cubierta que dentro de ella existe un pliego que contiene su voluntad y que ha sido escrito y redactado por él, debiendo estar las hojas rubricadas y firmado el testamento al calce. Sin esta serie de requisitos que deben constar en la cubierta y de las que el notario dará fe, el testamento no será válido.

ANTONIO DE IBARPOLA, dice:

"Paulatinamente habrá de variar el derecho a medida que la ciencia progresa. Son interesantes los estudios que a diario se llevan a ca

bo en el Instituto Nacional de Audiología. El sistema de la exploración contiene una serie de dispositivos electrónicos que proporcionan al enfermo tonos puros, y disminuye las pérdidas por lo que la voz humana se refiere. Se oye el silencio de una cámara sonoamortiguada. No sería raro que algún día llegasen a repararse los daños causados por la cianosis o asfixia espontánea que afecta en los recién nacidos el nervio auditivo y los deja sordos para toda la vida".³

La enajenación mental origina en los testamentos, una forma de incapacidad, *pero no es absoluta* como en materia de contratos, por cuanto que cuando hay momentos de lucidez, se permite testar, siempre que el testador se encuentra en un momento de esa naturaleza y bajo las formalidades que señala el Código Civil.

VII.- DEBE PERMITIRSE A LOS MAYORES DE CATORCE AÑOS PUEDE DISPONER POR TESTAMENTO DE LOS BIENES ADQUIRIDOS MEDIANTE SU TRABAJO.

En el Código Civil de 1870 y 1884, se permitía -- que el menor que haya cumplido catorce años, podía hacer testamento.

Así nos dice en su artículo 3412 el Código Civil de 1870;

Art. 3412.- "La ley sólo reconoce capacidad para testar, á las personas que:

³ ANTONIO DE IBARROLA, *Cosas y Sucesiones*, 5a. ed., México, - D.F., 1981, Ed. Porrúa, S.A., Pág. 698.

1o.-Perfecto conocimiento del ac-
to;

2o.-Perfecta libertad al ejecutar
lo; esto es, exenta de toda intimidación y de toda influencia moral".

Y en su artículo 3413 del mismo Código Civil, dice:

Art. 3413.- "Por falta del primero de los requisitos mencionados en el artículo que precede, la ley considera incapaces de testar:

1o.-Al varón menor de catorce - - años y a la mujer menor de doce;

2o.-El que habitual ó accidentalmente se encuentre en estado de enajenación mental, mientras dure el im-
pedimento".

Por su parte el Código Civil de 1884 en sus artículos 3275 y 3276, dice:

Art. 3275.- "La ley sólo reconoce capacidad para testar, á las personas que tienen:

I.-Perfecto conocimiento del acto;

II.-Perfecta libertad al ejecutar lo; esto es, exenta de toda intimidación o de toda influencia moral".

Art. 3276.- "Por falta del primero de los requisitos mencionados en el artículo que precede, la ley considera incapaces de testar:

I.- Al varón menor de catorce - - años y á la mujer menor de doce;

II.-Al que habitual ó accidentalmente se encuentre en estado de enajenación mental, mientras dure el im-
pedimento".

De estos preceptos vemos que el menor que hubiere cumplido catorce años, si es varón, o doce, si es la mujer, - estaba facultado expresamente para hacer su testamento.

En nuestro Código Civil vigente, dice en su artículo 1306:

Art. 1306.- "Están incapacitados para testar:

I.- Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;

II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio".

En nuestro Código Civil vigente, varía la edad -- del menor para hacer su testamento y se considera igual capacidad tanto al varón como a la mujer, facultandolas a los -- dieciséis años cumplidos para proceder a ello.

También nuestro Código Civil faculta al menor que ha llegado a la edad de catorce años, para celebrar por sí mismo ciertos actos jurídicos, como son: disponer de los bienes adquiridos por su trabajo, mismos que le pertenecen en propiedad, administración y usufructo (Art. 428 y 429 del Código Civil); consentir para ser adoptado, etc.

Así como el legislador estimó oportuno señalar la edad de catorce años para que el menor pueda *trabajar y administrar* los bienes adquiridos mediante su trabajo (probablemente porque consideró que en nuestro medio al llegar a dicha edad, se tiene cierta madurez), proponemos que debería -- permitirse a dicho menor que ha cumplido catorce años, -- disponer por testamento de sus bienes, ya que a esa edad el menor puede trabajar, formarse un patrimonio propio, así como administrar sus bienes adquiridos laboralmente.

Así nos dice en los artículos 23 y 173 de la Ley Federal del Trabajo en vigor:

Art. 23.- "Los mayores de dieciséis años pueden prestar libremente-

sus servicios, con las limitaciones establecidas en esta ley. Los mayores de catorce y menores de dieciséis necesitan autorización de sus padres o tutores y a falta de ellos, del sindicato a que pertenezcan, de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del Inspector de Trabajo o de la Autoridad Política.

Los menores trabajadores pueden percibir el pago de sus salarios y ejercitar las acciones que les correspondan".

Art. 173.- "El trabajo de los mayores de catorce años y menores de dieciséis queda sujeto a vigilancia y protección especial de la Inspección del Trabajo".

La edad de catorce años es precedida de un notable desarrollo intelectual, que dá al menor una cierta aptitud jurídica. El Código Civil ha tenido en cuenta eso para permitir su emancipación leyes especiales, la jurisprudencia y las costumbres han ampliado considerablemente el círculo de capacidad del menor.

C O N C L U S I O N E S

1. La sucesión hereditaria es un modo de continuar y perpetuar la propiedad individual, más allá de los límites de la vida humana.
2. El testamento es, como todo acto jurídico, una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de Derecho, lo que en efecto ocurre siempre y cuando la norma jurídica ampare esa manifestación de voluntad.
3. Un testamento es simplemente válido o nulo, pues carece de aplicación en la materia la distinción entre inexistencia y nulidad a que se hace referencia tratándose de los actos jurídicos en general.
4. La nulidad del testamento hace que éste carezca de valor desde el día en que fue otorgado. En los casos de revocación y caducidad, el testamento es válido desde su origen y, por ello, susceptible de producir todos sus efectos.
5. El testador no puede disponer de la totalidad de sus bienes sin haber dejado alimentos a las personas que se mencionan en las diversas fracciones del artículo 1368 del Código Civil. El testamento en que no se deje pensión alimenticia como lo establece la ley, se considera -- inoficioso.
6. La capacidad para heredar existe para las personas físicas desde el momento en que son concebidas, siempre y cuando nazcan viables. Los extranjeros y las personas morales son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado, pero su capacidad tiene las limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las respectivas leyes reglamentarias de los artículos constitucionales.

7. Pueden heredar todos los que pueden adquirir bienes, siendo la incapacidad la excepción; es decir, que ciertas personas y respecto a determinados bienes, pueden perder dicha capacidad por algunas de las causas que enumeran las fracciones del artículo 1313 del Código Civil.
8. La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; esta capacidad se adquiere para las personas físicas con el nacimiento; sin embargo, a los concebidos se les tiene por nacidos para los efectos que especifica el Código Civil. La capacidad de ejercicio, es la aptitud que tiene una persona para ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.
9. Por medio de la emancipación el menor de edad sale de la patria potestad o de la tutela, a que se halle sujeto, lo que le confiere una capacidad restringida que incluye la posibilidad de administrar sus bienes. Sin embargo, requiere autorización judicial para comparecer en juicio y enajenar sus bienes raíces.
10. Los menores de edad y los enajenados mentales carecen de la capacidad de ejercicio. Sin embargo, los primeros pueden otorgar válidamente testamento si han cumplido dieciséis años de edad; los segundos también pueden hacerlo, siempre y cuando procedan a ello en un momento de lucidez.
11. Los que están completamente sordos y que no saben leer o escribir, -- consideramos que carecen de la capacidad para otorgar disposición de última voluntad, en tanto que no podrán manifestar su opinión a las personas que sirvan de testigos.
12. Debe modificarse la fracción 1 del artículo 1306 del Código Civil, para que se faculte a los menores que han cumplido catorce años de edad, a efecto de que puedan disponer de los bienes que han adquirido mediante su trabajo, toda vez que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal del Trabajo permiten que dichos menores puedan ser sujetos de la relación laboral.

B I B L I O G R A F I A

- AGUILAR CARBAJAL, LEOPOLDO. Segundo Curso de Derecho Civil, (Bienes, -
Derechos Reales y Sucesiones). 4a. ed. México, D.F., Porrúa, S.A.
1980.
- ARAUJO VALDIVIA, LUIS. Derecho de las Cosas y Derechos de las Sucesio-
nes. (s.e.), Puebla, Pue. México, Ed. Cajica.
- BONNECASSE, JULIAN. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. (Nociones preli-
minares, personas, familia y bienes). Trad. del Lic. José M. --
Cajica Jr. Puebla, Pue., México. Ed. José M. Cajica Jr. 1945.
- CASTAN TÓBENAS, JOSE. Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo VI, --
(Derecho de Sucesiones), Vol. I. Reimpresión de la 7a. ed. Madrid,
Reuz, S.A. 1969.
- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. Tratado de Derecho Civil, Tomo V, Vol. I. (Dere-
cho de Sucesiones), 2a. ed. Trad. Helmut Coing, Barcelona. Ed.
Bosch, Casa Editorial, S.A.
- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. Tratado de Derecho Civil, Tomo V, Vol. II. (Dere-
cho de Sucesiones), 2a. ed. Trad. Helmut Coing, Barcelona, Ed. -
Bosch, Casa Editores, S.A.
- FERNANDEZ AGUIRRE, ARTURO. Derecho de los bienes y de las Sucesiones, -
2a. ed., Puebla, Pue., México, Ed. José M. Cajica Jr. S.A. 1972.
- GALINDO GARTIAS, IGNACIO. Derecho Civil. (Parte General. Personas. Famí-
lia), 4a. ed., México, D.F., Porrúa, S.A. 1980.
- IBARROLA, ANTONIO DE. Cosas y Sucesiones. 5a. ed. México, D.F., Porrúa,
S.A. 1981.

MESSENEO, FRANCESCO. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, (Doctrinas Generales), Trad. de Santiago Sentis Melando. (s.e.) Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

MESSENEO, FRANCESCO. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo II, Trad. de Santiago Sentis Melando (s.e.), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

MIRAGLIA y COGLIOLO. Filosofía del Derecho, Tomo II, Madrid, Trad., de la España Moderna.

MUNOZ, LUIS DR. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, D.F. Ediciones Modelo 1971.

ORTIZ URQUIDI, RAUL DR. Derecho Civil (Parte General), México, D.F., - Ed. Porrúa, S.A. 1977.

PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido de la 9a. ed. Francesa y aumentado con notas originales, muy ampliadas en la presente edición por el Dr. José Fernández González. México, D.F., Editora Nacional, 1976.

PINA VARA, RAFAEL DE. Elementos de Derecho Civil Mexicano, (Bienes y Sucesiones), Tomo II, 7a. ed., México, D.F. Porrúa, S.A. 1977.

PLANIOL, MARCELO Y JORGE RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo I, (Las personas. Estado y Capacidad). Trad. del Dr. Mario Díaz Cruz (s.e.), Habana, Ed. Cultural, S.A.

POLACO, VITTORIO. De las Sucesiones. 2a. ed. Trad. de Sentis Melando, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Hispano-América, Bosch, Buenos Aires.

- RUGGIERO, ROBERTO DE. Instituciones de Derecho Civil, Trad. de la 4a. ed. Italiana, por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teljero, Tomo I, Vol. II, Madrid, Ed. Reuz, S.A.
- RIPERT Y BOULANGER. Tratado de Derecho Civil. (según el tratado de -- Planiol), Tomo X, Vol. I, (s.e.), Trad. de la Dra. Delia García Dalreaux. Buenos Aires, Ed. la Ley.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. (Introducción y Personas), Tomo I, 3a. ed., México, D.F., Porrúa, S.A. 1980.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, (Sucesiones), Tomo IV, 5a. ed. México, D.F., Porrúa, S.A. 1981.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, (Obligaciones), Tomo V, Vol. I, 4a. ed. México, D.F., Porrúa, S.A. 1981.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil, Tomo I, (Introducción, personas y familia), 13a. ed. México, D.F., Ed. Porrúa, - S.A., 1977.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil, Tomo II, (Bienes, - Derechos Reales y Sucesiones), 8a. ed. México, D.F. Ed. Porrúa, S.A. 1976.
- VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. Tratado de Derecho Civil Español, Tomo V, (s.e.), Valladolid, 1939.
- VENTURA SILVA, SABINO. Derecho Romano, 3a. ed. México, D.F., Ed. Porrúa, S.A. 1975.
- VILLORO TORANZO, MIGUEL. Introducción al Estudio del Derecho. 2a. ed. México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1974.

LEGISLACION CONSULTADA

- ESPAÑA, LEYES Y CODIGOS. Código Civil, 4a. ed., Madrid: Civitas, 1978.
- FRANCIA, LEYES Y CODIGOS. Código Civil, 79a. ed., Paris: Jurisprudence Générale Dalloz, 1979-1980.
- MEXICO, LEYES Y CODIGOS. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 63a. ed. México, D.F., Porrúa, S.A. 1978.
- MEXICO, LEYES Y CODIGOS. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870. México, D.F., Tip. de J.N. - Aguilar Ortiz, 1a. de Santo Domingo Núm. 5, 1875.
- MEXICO, LEYES Y CODIGOS, Código Civil de 1884, Ministro de Justicia e Instrucción Pública, D.F. 1884.
- MEXICO, LEYES Y CODIGOS. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, 51a. ed., México, D.F., Porrúa, S.A. 1982.
- MEXICO, LEYES Y CODIGOS. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. 25a. ed., México, D.F., Porrúa, S.A. 1980.
- MEXICO, LEYES Y CODIGOS. Ley Federal del Trabajo, 4a. ed., Actualizada, México, D.F. Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Abril - de 1981.

