



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LA INEFICACIA DEL TESTAMENTO"

T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
LIDIA CIRIA ALARCON MARTINEZ



ASESOR:

LIC. FLAVIO GALVAN RIVERA

CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.



1983

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA GENERAL DE
EXAMENES PROFESIONALES

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



## **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 está 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.

# INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. EL TESTAMENTO.....	8
1. DEFINICIÓN DE TESTAMENTO.....	8
2. ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN.....	10
A) ACTO JURÍDICO.....	10
B) PERSONALÍSIMO.....	13
C) REVOCABLE.....	15
D) LIBRE.....	16
E) HECHO POR PERSONA CAPAZ.....	21
F) CONTENIDO DEL TESTAMENTO.....	25
G) COMENTARIO PERSONAL.....	29
3. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.....	30
A) LA VOLUNTAD.....	30
B) EL OBJETO.....	31
4. ELEMENTOS DE VALIDEZ.....	36
A) LA CAPACIDAD.....	36
B) AUSENCIA DE VICIOS.....	37
C) FORMA.....	37
CAPITULO II. CLASES DE TESTAMENTOS.....	38
TESTAMENTOS EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE.....	44
I. TESTAMENTOS ORDINARIOS.....	45
1. TESTAMENTO PÚBLICO ORDINARIO.....	45
A) CONCEPTUACIÓN.....	45
B) DINÁMICA PARA OTORGARLO.....	48
C) COMENTARIO PERSONAL.....	51
2. TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO.....	58
A) CONCEPTUACIÓN.....	58
B) DINÁMICA PARA OTORGARLO.....	59
C) ENTREGA Y CONSERVACIÓN.....	61
D) APERTURA, PUBLICACIÓN Y PROTOCOLARIZACIÓN.....	61
E) MODALIDADES.....	62
C) COMENTARIO PERSONAL.....	64
DEPÓSITO.....	68
PRIMERA.....	68
SEGUNDA.....	68
TERCERA.....	69
3. TESTAMENTO OLÓGRAFO.....	70

A) CONCEPTUACIÓN.....	70
B) DINÁMICA PARA OTORGARLO.....	71
C) DECLARACIONES DE FORMALIDAD.....	74
D) COMENTARIO PERSONAL.....	75
II. TESTAMENTOS ESPECIALES.....	79
1. TESTAMENTO PRIVADO.....	80
A) CONCEPTUACIÓN.....	80
B) DINÁMICA PARA OTORGARLO.....	81
C) TRÁMITE ANTE EL JUEZ.....	82
D) COMENTARIO PERSONAL.....	83
2. TESTAMENTO MILITAR.....	89
A) CONCEPTUACION.....	89
B) DINÁMICA PARA OTORGARLO.....	90
C) COMENTARIO PERSONAL.....	91
3. TESTAMENTO MARÍTIMO.....	94
A) CONCEPTUACION.....	94
B) DINÁMICA PARA OTORGARLO.....	95
C) COMENTARIO PERSONAL.....	97
4. TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO.....	101
A) CONCEPTUACION.....	101
B) COMENTARIO PERSONAL.....	102
CAPITULO III. INEFICACIA DEL TESTAMENTO.....	106
A) CASO ÚNICO DE NULIDAD ABSOLUTA.....	106
B) INEXISTENCIA.....	109
C) NULIDAD RELATIVA.....	113
1) LA INCAPACIDAD DE EJERCICIO.....	113
2) EL ERROR COMO CAUSA DE NULIDAD DEL TESTAMENTO.....	122
D) EL DOLO COMO CAUSA INMEDIATA DE INEFICACIA.....	125
E) LA VIOLENCIA COMO CAUSA DE INEFICACIA DEL TESTAMENTO.....	127
F) FALTA DE FORMA COMO CAUSA DE INEFICACIA.....	134
G) REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO.....	136
H) CADUCIDAD DEL TESTAMENTO.....	138
I) TESTAMENTO INOFICIOSO.....	140
CONCLUSIONES.....	142
BIBLIOGRAFIA.....	146
LEGISLACION CONSULTADA.....	149
ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS CONSULTADOS.....	150

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación ha sido fruto de una paulatina introspección lógica y jurídica en torno a la teoría de las nulidades en nuestro derecho aplicada al acto jurídico unilateral y a los contratos civiles, para después de haber comprendido la ratio legis y su telos jurídico, normar un criterio personal en materia de ineficacia del testamento.

En el iter escabroso y formativo de mis estudios me ha inquietado aplicarme al estudio y a la investigación de este tema, por considerar que son muchas las cuestiones o problemas sin resolver en torno a la materia de la nulidad de los testamentos.

Es el desideratum de quienes amamos la ciencia del derecho, perfeccionar lo establecido, el urgar en lo confuso, meditar en lo aprendido, solucionar lo no solucionado y complementar lo incompleto de las normas que conforman nuestro sistema jurídico mexicano.

Modernamente, pese a lo que el común de los estudiosos del derecho civil piensan, no todo está dicho en esta materia, no todo es perfecto, acabado, terminado y definido, tal es el caso que nos ocupa.

He canalizado mis esfuerzos a fin de complementar dos núcleos que estimo conforman la presente tesis profesional; el primero consiste en analizar las incongruencias legislativas en torno a los diferentes tipos de testamento; la segunda es tratar de desentrañar y modestamente emitir una solución con validez científica, basada en el razonamiento lógico y jurídico en materia de nulidad de los testamentos o bien, como he intitulado esta investigación, ineficacia de los testamentos.

De antemano cabe hacer notar que exponemos en torno a las causas de nulidad del testamento, dos corrientes: la primera que trata de aplicar la teoría de la nulidad relativa para los casos en que se presentan en el testamento causas de invalidez, ya por error, dolo, violencia, o falta de forma, y la otra postura que sanciona dicho acto jurídico unilateral con nulidad absoluta.

Nos permitimos manifestar nuestro punto de vista fundamentado en razonamientos lógico jurídicos, sin cerrar la posibilidad de que los estudiosos de la ciencia del derecho puedan perfeccionar nuestra postura la cual es simplemente una tesis, una aseveración, que pretendemos sustentar y fundamentar en la presente investigación.

Primeramente consideramos que es necesario tener un concepto muy claro de los conceptos de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa. Para poder en segundo lugar determinar cuando un

testamento es inexistente, cuando adolece de nulidad absoluta y cuando de la relativa.

El artículo 2224 del ordenamiento de la materia determina que un acto es inexistente cuando le falta el consentimiento o el objeto que pueda ser materia de el; no produce efecto alguno, no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción y su inexistencia puede invocarse por cualquier interesado.

Entonces la inexistencia en nuestro derecho se produce cuando falta por completo el consentimiento o el objeto, empero si existe el consentimiento, este se encuentra viciado el acto estará afectado de nulidad.

El supradicho precepto esta en coordinación con el 1794 que alude a la materia contractual que pregona que para la existencia del contrato se requiere el consentimiento y el objeto que pueda ser materia de el. Luego entonces, consentimiento y objeto son elementos esenciales del acto jurídico y por ende del contrato.

Ahora bien, en materia testamentaria también es permisible hablar de inexistencia por falta de voluntad del testador y por falta de objeto. En el supuesto encontramos el nítido caso de la suplantación del testador. La nulidad absoluta no puede confirmarse por voluntad de los interesados.

Las normas que regulan la forma de los testamentos son de interés público luego entonces la carencia de la formalidad contraviene a todas luces en dispositivo 8 del Código multicitado. Esta debe a nuestro modesto parecer ser la solución al precepto 1491 del Código de la materia cuando no se especifica que tipo de nulidad se produce por cuando se otorga el testamento en contravención a las formas preescritas por la ley. Y si partimos de esta premisa consistente en que la legislación relativa a los testamentos es de interés público, estaremos hablando de nulidad absoluta cuando los artículos 1490, 1491, 1492, 1493, aluden respectivamente a que no puede prohibirse que se impugne un testamento nulo, que es nula la renuncia de la facultad de revocar el testamento, que es nula la renuncia del derecho de testar y es también nula la cláusula en que alguno se obligue a no usar de ese derecho, sino bajo ciertas condiciones sean estas de la clase que fueren.

Estimamos que el contenido precepto artículo 1486 es erróneo, carente de toda técnica legislativa, habida cuenta de que el 1485 establece que es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia o amenaza contra su persona o bienes de sus parientes y el 1486 en comento dispone que el testador que se encuentra en caso del artículo que precede podrá luego que cese la violencia o disfrute de libertad completa revalidar su testamento con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo.



Y que de lo contrario será nula la revalidación, lo cual significa que un testamento que se otorga bajo amenazas no puede convalidarse sino que realmente debe otorgarse uno nuevo para ser válido, y ello no nos ubica en puridad jurídica en una verdadera convalidación. Lo que pretendió el legislador es sancionar dicho testamento otorgado bajo el imperio de las amenazas (violencia), con la nulidad absoluta en aras de la seguridad jurídica.

En consecuencia no debemos caer en el error legislativo cuando se habla de convalidar, cuando en realidad se habla de emitir un testamento nuevo con las solemnidades que dispone la ley entonces no tiene ninguna manera de aplicación la nulidad relativa.

Otra laguna legislativa por falta de técnica jurídica la encontramos en el dispositivo 1487 cuando alude a la nulidad del testamento mediando fraude o dolo.

La solución que consideramos acertada en congruencia con las anteriores ideas lógico jurídicas es que el grado de nulidad es absoluta habida cuenta de que contraviene disposiciones de orden público y el acto del otorgamiento de testamento es de orden público con mayor razón será absoluta cuando se contravengan además otras disposiciones de orden público, encubriendo conductas fraudulentas o dolosas.

No se trata de un simple vicio de la voluntad, sino el vicio incide en una solemnidad necesaria en el otorgamiento de este acto en consecuencia todas las disposiciones relativas al derecho de testar y a la forma del testamento son de orden público, de interés público.

Finalmente, en artículo 1489 pregona que es nulo el testamento en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad sino por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen.

En aras de la secuencia lógica que hemos venido denotando, también se trata aquí de una nulidad absoluta habida cuenta que el acto se está verificando en contra de leyes prohibitivas y de interés público que asimila el contenido preceptivo del artículo 8 dispositivo que ha servido de solución a estas inadecuadas redacciones normativas y que no proporcionan mayor claridad para sustentar los casos de nulidad absoluta que las disquisiciones que han sustentado tanto Rojina Villegas en contraposición con Antonio de Ibarrola, que lejos de clarificar el pensamiento científico jurídico lo nubla y tienden a la confusión

## CAPÍTULO I EL TESTAMENTO

### 1. DEFINICIÓN DE TESTAMENTO

El testamento se puede definir como el "acto esencialmente unilateral, espontáneo, revocable, el testamento es la última voluntad con que una persona determina el destino de su patrimonio después de su muerte y regula las relaciones jurídicas para el tiempo en que no vivía ya; esta voluntad se hace efectiva cuando el sujeto no existe. Y por ello precisamente más que cualquier otra declaración impone este respeto y exige obediencia"<sup>1</sup>.

Modestino afirma que el "testamentum est voluntatis nostrae justa sententia, de es quod quis post mortem suam, fieri velit (dig. lib. XXVIII, tit 10., ley 1a), una justa disposición, de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea un hecho después de su muerte"<sup>2</sup>.

Ulpiano propuso la siguiente definición (regla XX, 1), ... "est mentis nostrae justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat" ... Una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de su muerte<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> DE RUDOLFO, Roberto. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo II. Vol. 2, p. 408.

<sup>2</sup> Citado por OF IBAÑOLA, Antonio. "Masas y Sucesiones" Edit. Porrúa, 4a. Edición. p. 54.

<sup>3</sup> Ídem p. 54.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González dice que "testamento es el acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre y formal, por medio del cual una persona física capaz, dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte"<sup>4</sup>.

Por su parte los Mazeaud consideran que "el testamento es un acto jurídico unilateral, solemne cuyos efectos no se concretan sino a la muerte del testador, y que es esencialmente revocable. Por lo tanto se presenta, en el sistema jurídico francés, como un acto excepcional en el sentido de que deroga las reglas del derecho común"<sup>5</sup>.

Ennerccerus, Kipp y Wolff opinan que "el testamento es un negocio jurídico que contiene una o varias disposiciones de última voluntad, el contrato sucesorio es un contrato que contiene una o más disposiciones contractuales"<sup>6</sup>.

Aún cuando Luis de Gásperi no da una definición al estudiar su caracterización sostiene que es un acto escrito, personalísimo, unilateral, gratuito, revocable y solemne por el cual una persona

---

<sup>4</sup> "El Patrimonio". Editorial Porrúa, 3a. Edición. p. 589.

<sup>5</sup> MAZEAU, HENRY, LEÓN Y JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", parte cuarta, vol. II, Ediciones Europa/América. p. 342.

<sup>6</sup> ENNERCCERUS, LUDWIG, KIPP THEODOR Y WOLFF NARTIN. "Tratado de Derecho Civil". Quinto Tomo, p. 69.

Tampoco se extingue por prescripción. Este tipo de nulidad se motiva cuando el acto se ejecuta en contra del tenor de las leyes prohibitivas o de interés público o en contra de las buenas costumbres.

En torno a la nulidad relativa, el acto produce provisionalmente sus efectos, mismos que son destruidos retroactivamente cuando es decretada la nulidad por el órgano jurisdiccional; la acción de nulidad relativa corresponde solamente a las personas interesadas, es decir, la parte que ha sufrido un vicio de consentimiento o el incapaz, o quién ha sufrido la lesión y en los casos de falta de forma, cuando no se trata de actos solemnes por cualquiera de las partes.

La nulidad relativa o anulabilidad es susceptible de extinguirse por el efecto de la confirmación; la acción para reclamar se pierde por prescripción negativa. En síntesis procede por vicios del consentimiento como el error, el dolo, la violencia, lo que significa que existe el consentimiento pero viciado.

Ahora bien, en cuanto a la determinación del grado de nulidad en el testamento, en lo tocante a la falta de forma que debe revestir, es de considerarse que el testamento es un acto formal, luego entonces la falta de forma produce la nulidad absoluta con las notas características que hemos enunciado, a mayor abundamiento.

dispone de sus bienes para después de su muerte".

Independientemente de las definiciones citadas, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal proporciona el siguiente artículo 1295 "testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara y cumple deberes para después de su muerte".

## 2. ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN

### A) ACTO JURÍDICO

En primer lugar, establece nuestro Código Civil que el testamento es un "acto"; este acto es un acto jurídico.

Bonnecase define al Acto Jurídico como la "manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin es engendrar fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o varias personas, un estado; es decir, una situación jurídica general y permanente, o al contrario, un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de

---

<sup>7</sup> Cfr. DE GASPERI, Luis. "Tratado de Derecho Hereditario". III parte especial. p.p. 187 a 108.

una relación de derecho<sup>9</sup>.

Manuel Borja Soriano dice que el acto jurídico es una "manifestación exterior de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar y extinguir derechos y obligaciones y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad<sup>10</sup>".

Esta definición tiene el acierto de tomar postura ecléctica acerca de establecer cual es el elemento esencial de todo acto jurídico: la ley o la voluntad.

Hay autores (Laurent-Baudry-Lacantinerie), que establecen que en el acto jurídico derivan directamente los efectos de derecho de la voluntad de su autor.

Otros autores (Duguit), establecen que el sujeto no puede producir más que un movimiento corporal propio, y el derecho objetivo es quien efectivamente le atribuye ciertas consecuencias<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Citado por BORJA SORIANO, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones". Editorial Porrúa S.A. Tomo I, México D.F. p. 98.

<sup>10</sup> BORJA SORIANO op. cit. p. 98.

<sup>10</sup> Cfr. URIBE, Luis F. "Sucesiones en el Derecho Mexicano". Escuela Libre de Derecho. Serie C. Vol. II. p.p. 160 a 162.

En mi opinión, de acuerdo con la definición antes citada de Manuel Borja Soriano, las consecuencias jurídicas se presentan conjuntamente por la voluntad y por la obligatoriedad a que esa expresión de voluntad otorga la ley; de nada nos serviría una sin la otra.

Ahora bien, los actos jurídicos pueden ser unilaterales o bilaterales, siendo los primeros los que requieren solamente de una voluntad, y los segundos, un concurso de voluntades.

Hay quienes afirman que no existen actos jurídicos unilaterales, en virtud de que para que produzca consecuencias jurídicas esa manifestación unilateral de voluntad, es necesario que excita una aceptación de la otra parte; que de nada sirve una manifestación unilateral de voluntad sin que sea aceptada por otra persona, con lo que no estoy de acuerdo porque la sola manifestación de voluntad hace nacer derechos y obligaciones por sí sola.

El testamento pertenece al primer grupo, y se rige, en lo que no se opongan las disposiciones especiales que lo reglamentan o su propia naturaleza, por las disposiciones especiales que lo reglamentan o su propia naturaleza, por las disposiciones de los contratos, en los términos del artículo 1859 del Código Civil. Por lo tanto, la naturaleza jurídica del testamento es un acto jurídico unilateral.



## B) PERSONALÍSIMO

El testamento es un acto que debe ser otorgado forzosamente por el testador personalmente, no puede ser otorgado un testamento por medio de un apoderado. Este principio ha sido adoptado por casi todas las legislaciones, aunque no siempre ha existido.

En la antigua legislación española (leyes del toro), existía la posibilidad de otorgar testamento por medio de procurador designado para tal efecto por el testador<sup>11</sup>.

El hecho de que el testamento deba ser un acto personalísimo, no basta para que el testador pueda en un momento buscar la ayuda o el asesoramiento de un jurista que le indique cómo hacer su testamento, así como el contenido y alcance legal del mismo, (como es el caso del testamento público abierto en el que el testador sólo le manifiesta al notario y a los testigos su voluntad de testar en qué términos quiere hacerlo, y el notario se encarga de asesorarlo y de redactar materialmente el testamento. (Artículo 1512 del Código Civil y Artículo 13 de la ley del notariado para el Distrito Federal).

El carácter personalísimo del testamento también se refiere a que no pueden testar en un mismo acto dos o más personas, ya sean

---

<sup>11</sup> Vaz Ferreira, Eduardo. "Tratado de las Sucesiones", Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1975-1981. Vol. III.

en provecho recíproco o en favor de un tercero, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1296 del Código Civil.

Creo que es conveniente establecer esta prohibición, para lograr una mayor libertad en el testador para manifestar su voluntad, porque podría influir en el testador el hecho de que hiciere en un mismo acto su testamento con su cónyuge, hijos, etc.

Existen algunas legislaciones como la alemana, en la que si está permitido testar dos personas en un mismo acto, (pero establece esta legislación que siempre y cuando se trate de cónyuges).

Este carácter personalísimo debe entenderse tanto respecto al otorgamiento como al contenido del acto, ya que no puede ser otorgado por un tercero en representación del testador, ni tampoco puede encomendársele a un tercero el derecho de instituir herederos ni designar las proporciones en que estos deban heredar, según se desprende del artículo 1297 del Código Civil, aunque el artículo 1298 establece la excepción, ya que permite que un tercero lo haga cuando se designe como herederos a un número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los ciegos, huérfanos, etc.

Creo que es conveniente exigir que el testamento sea un acto personalísimo de acuerdo con lo anteriormente expuesto, y para lograr una mayor seguridad en cuanto al contenido como a la

libertad del testador para expresar su voluntad, lo que no considero muy conveniente es incluir esta característica dentro de nuestra definición de testamento ya que dicha definición debe contener tan sólo los elementos esenciales.

#### C) REVOCABLE

Esta es otra característica muy importante del testamento, debe ser siempre un acto revocable, ya que si una persona es libre de disponer de sus bienes durante su vida, como mejor le parezca, es lógico que pueda hacerlo de la misma manera para después de su muerte, y cambiar las disposiciones de su testamento cada vez que lo crea necesario. Este es un derecho irrenunciable (artículo 1493 del Código Civil).

Esta revocación puede ser total o parcial, es decir, el testador puede revocar todas o sólo algunas de las disposiciones y puede decirse también que la revocación puede ser explícita o implícita, será explícita cuando el testador en forma terminante manifiesta que es su voluntad dejar sin efectos el testamento anterior, ya que según lo dispone el artículo 1494, el testamento anterior queda revocado por el posterior perfecto.

Entonces, de acuerdo con el artículo anteriormente citado, basta con que el testador otorgue un nuevo testamento para que el anterior quede revocado, a menos que el testador indique otra cosa.

El artículo 1496 establece que el testamento anterior "recobrará su fuerza", si el testador revoca el posterior y declara ser su voluntad que el primero subsista.

Yo considero que existe un error en la redacción de este artículo porque no sucede propiamente que el testamento anterior recobre su fuerza, sino que en realidad sucede es que el testador estará otorgando un nuevo testamento.

Aunque sea un acto revocable, el testamento no es un mero proyecto, sino que desde su creación es un acto jurídico perfecto, lo único que sucede es que surtirá sus efectos hasta la muerte del testador, pero ya existe como acto jurídico.

#### D) LIBRE

La libertad para testar implica un doble significado: implica en primer lugar que el testador es libre para disponer de todo o de parte de sus bienes como mejor le parezca y en segundo lugar se refiere a que, como en todo acto jurídico, la voluntad debe ser manifestada libremente.

En lo que toca a la disposición de los bienes para después de la muerte, se conocen dos sistemas: el de la libertad de testar y el de la restricción de esta facultad.

La expresión "libertad de testar" significa la posibilidad por parte del testador de transferir su patrimonio a aquella o aquellas personas a quienes según su criterio le parezca más conveniente sin limitación alguna.

Rafael de Pina manifiesta que "la libertad de testar, de acuerdo con el pensamiento de sus partidarios robustece la autoridad paterna y el principio de familia, hace más equitativa la distribución de la herencia, permitiendo al padre premiar méritos y aptitudes, al mismo tiempo que suplir o compensar defectos naturales o involuntarios que justifiquen una protección especial y facilita el dar satisfacción a toda clase de deberes morales"<sup>12</sup>.

Nuestro actual Código Civil, establece el principio de libertad de testar, desconociendo el sistema de "legítimas" que supone el reconocimiento a determinados herederos que se llaman "forzosos", del derecho a una porción de la herencia de la que el testador no puede disponer libremente.

En el antiguo derecho germánico se consagraba el principio de que los herederos son creados por un Dios en virtud del vínculo consanguíneo y por ello el de cujus, sólo podría hacer liberalidades respetando la porción legítima de los herederos;

---

<sup>12</sup> EL PINA, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Vol. II 8a Edición, Editorial Porrúa. p. 274.

decían que sólo Dios puede hacer herederos, no el hombre<sup>13</sup>.

Por ello, algunas legislaciones adoptaron la institución de la "legítima", que fue denominada de esta manera en virtud de que no era el testador quien disponía de la totalidad de sus bienes, sino que era la propia ley que reservaba ciertos derechos a determinados herederos llamados "forzosos".

De acuerdo con la ley de las doce tablas, el testador, tenía en Roma omnimoda libertad para disponer de sus bienes, pero este principio sufrió ciertas restricciones, como era el que el testador tuviera que instituir o desheredar expresamente a los descendientes, y otra de carácter más profundo, que era la obligación de dejar una parte de su patrimonio, la llamada "pars legítima" a ciertos parientes cercanos<sup>14</sup>.

Era contrario a las costumbres el que una persona desheredara a los parientes para favorecer a otras personas; por lo cual se estableció una acción real llamada "querella inofficiosi testament", que invalidaba el testamento como si el testador no hubiese estado en su juicio. Si el heredero recibía algunos bienes, pero no en la proporción debida, tenía una acción para completar su porción.

---

<sup>13</sup> CFR. OP. CIT. DE IBARROLIA p.p. 677 a 678.

<sup>14</sup> CFR. CASTAN TORRES, José. "Derecho Civil Español, Común y Formal". Séptima edición, Tomo I<sup>o</sup>, Vol. I. Edit. Reus. p.p. 36 a 40.

En el derecho alemán existe lo que se conoce como "certificado de heredero", este certificado se expide a quienes tienen derecho y produce una presunción de derecho de su titular a la masa hereditaria, y su función es invertir la carga de la prueba a quien abogue algún derecho".

Como indicamos anteriormente, nuestro Código Civil, establece la libertad para testar, lo cual me parece más justo que obligar a alguien a designar a ciertas personas como sus herederos, aunque sean sus parientes más cercanos.

Esta libertad apareció en 1884, ya que antes no existía en nuestro derecho, el código de 1870 estableció el sistema de la legítima, este código estableció que cuatro quintas partes correspondían a los hijos legítimos y solamente podía el testador disponer de una quinta parte de sus bienes libremente.

Si el testador llegaba a rebasar esa quinta parte, el testamento era inoficioso por el excedente.

En el código de 1884 se suprimió ya la existencia de la legítima y se estableció la libertad de testar; fue esta, de hecho, la reforma más importante que tuvo el código de 84, con respecto al de 70, en materia de sucesiones.

---

<sup>15</sup> Cfr. DE TRABOLLA. OP. CIT. P.P. 639 a 640.

El Código Civil de 1928 recogió el mismo principio del código anterior en cuanto a la libertad de testar, estableciendo tan solo la obligación de dejar alimentos a las personas establecidas en el artículo 1368, que son los parientes más cercanos del testador y estableciendo como sanción para el caso de incumplimiento de la obligación mencionada, la inoficiosidad del testamento en la parte de alimentos omitida y estableciendo como carga a la masa hereditaria dicha pensión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1374 a 1376 del Código Civil.

Existen en la actualidad algunas legislaciones como lo es la española, que todavía establecen la obligación de heredar a ciertas personas una porción de lo que representa su patrimonio al momento de su fallecimiento.

Yo creo que es un acierto de nuestro Código Civil vigente el establecer la libertad de testar, ya que, como lo indicamos antes, es este un derecho derivado del derecho de propiedad, y de la libertad de disposición de sus bienes que tiene la gente y si una persona libre para disponer en vida de todos sus bienes, como mejor le parezca, creo que es lógico establecer ese mismo derecho para después de su muerte.

Por otro lado, como lo indicamos anteriormente, el otro significado de la palabra "libre" en la definición de testamento implica la libertad de la que debe gozar el testador al manifestar



su voluntad. Igual que en los demás actos jurídicos, en el testamento debe manifestarse la voluntad libremente, sin ninguna coacción.

En nuestra definición de testamento debería suprimirse también esta palabra, porque su primera acepción no es necesario incluirla, ya que la limitación para disponer de los bienes debe ser expresa, si en toda la regulación de los testamentos no existe ninguna limitación, debe entenderse que el testador puede disponer de todos sus bienes libremente; y en su otro significado de voluntad libre tampoco es necesario incluirla porque es un principio general de todos los actos jurídicos y por lo tanto aplicable al testamento.

#### E) HECHO POR PERSONA CAPAZ

El testamento, como todo acto jurídico debe ser hecho por persona capaz.

La capacidad jurídica es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones y hacerlos valer por si mismo. Hay por ello dos clases de capacidad: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

El artículo 22 del Código Civil, establece que "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte"... este artículo se refiere a la capacidad de goce.

En cuanto a la capacidad de ejercicio, la regla general es la capacidad, y la excepción es la incapacidad. La incapacidad designa a las personas para privarlas de ciertos derechos.

El artículo 1798 del Código Civil dice que "son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

Por su parte el artículo 1305, establece que "pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho".

El artículo 450 del Código Civil establece esos casos de excepción y a la letra dice: "tienen incapacidad natural y legal":

Los artículos 646 y 647 del Código Civil, manifiestan que la mayor edad de las personas, y la facultad para disponer libremente de su persona y sus bienes comienza a los 18 años cumplidos. Aún el emancipado necesita de autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces (artículo 643).

Por tanto, se pudiera pensar que solo los mayores de edad pueden otorgar testamento; sin embargo, en relación con los testamentos existen reglas especiales que están establecidas por el artículo 1306 y 1307 y siguientes del Código Civil.

El artículo 1306 establece una excepción del artículo 450 en su fracción I, ya que establece que pueden hacer testamento las personas que tengan 16 años cumplidos; la regla general son 18 años para otorgar cualquier acto jurídico; la excepción son 16 años cumplidos para otorgar testamento (artículos 450, 1798 y 1306 del Código Civil).

Creo que no tiene razón de ser la excepción establecida por el artículo 1306 en su fracción I en el sentido de autorizar a los menores de edad, pero mayores de 16 años a otorgar testamento.

Siendo el testamento un acto por medio del cual se dispone de bienes para después de la muerte, no deben estar autorizados para su otorgamiento los menores de edad, sino estar a la regla general de los 18 años.

El artículo 1307 establece que es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez con tal de que observen una serie de formalidades establecidas en los artículos subsecuentes.

Esta es otra regla general especial relacionada con los testamentos, ya que el artículo 450-II, establece que los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter

físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismo, o manifestar su voluntad por algún medio.

El Código Civil establece una serie de requisitos que deben observarse en el caso de que un demente quiera otorgar testamento en un momento de lucidez, lo cual considero un acierto, pero, creo que sería más conveniente reglamentar esta situación dentro del capítulo que regula la forma de los testamentos, ya que si se exigen ciertas formalidades especiales para estos casos, lo lógico es reglamentarlo en el capítulo donde se regula la forma de los testamentos; no donde se habla de la capacidad para testar.

El momento más recomendable para otorgar testamento es aquel en el cual el testador se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales y gozando de cabal salud; ya que la gente hace testamento cuando sienta próximo su fin, y puede ser que en ese momento ya no se encuentre en su sano juicio o no tenga la mente despejada y tranquila para otorgarlo, o bien, debido a su gravedad no le de tiempo de hacerlo.

Entonces, en materia de testamento debemos estar en relación con la capacidad, a la regla general que es el artículo 450, con sus excepciones contenidas en los artículos 1306 y 1307. Creo que

la palabra "capaz" también es conveniente suprimirla de nuestra definición de testamento, en virtud de que no es una nota esencial del mismo, sino tan sólo otra regla general del acto jurídico y por lo mismo aplicable al testamento.

#### F) CONTENIDO DEL TESTAMENTO

Todas las disposiciones que el testador puede ordenar validamente en su testamento, constituyen el contenido del mismo.

En el derecho romano, la institución de heredero era "caput et fundamentum totius testamenti", es decir, la cabeza y el fundamento del testamento, y el elemento esencial del mismo.

Si se cancelaba la institución de heredero, el testamento dejaba de tener validez, inclusive la palabra "heres", era considerada como una palabra sacramental como lo es nuestra legislación mercantil de la palabra "pagaré", en este tipo de documentos.

Actualmente, en nuestro derecho y en varios más como lo es por ejemplo el argentino, la validez o nulidad de la institución del heredero no afecta la validez o nulidad del propio testamento.

Yo creo que el testamento debe ser siempre un acto de contenido patrimonial. El testamento es esencialmente un acto de disposición de bienes; para que exista testamento, el testador debe forzosamente insistir un heredero o legatario, es decir, disponer de todos o de una parte de sus bienes.

Ahora bien, puede utilizarse un testamento, como medio para el otorgamiento de ciertos actos, como puede ser el reconocimiento de un hijo o bien el nombramiento de un tutor para los menores hijos del testador, pero estas disposiciones no pueden ir aisladas dentro de un testamento, es decir, además de estas disposiciones debe existir la institución de un heredero o un legatario, porque esa es la esencia del testamento.

Por lo tanto, un testamento en el cual la única disposición del testador sea el reconocimiento de un hijo, no será testamento, valdrá como declaración unilateral de voluntad reunió los requisitos establecidos por la ley para este tipo de actos, valdrá dicho acto pero no como testamento sino como declaración unilateral de voluntad (como lo es por ejemplo en el caso que hicimos mención anteriormente, valdrá el reconocimiento de hijo en los términos del artículo 369 fracción IV; 1378 y 1379 del Código Civil).

Nuestro Código Civil en su artículo 1378 establece que: "el testamento otorgado legalmente será válido aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia,

o sea incapaz de heredar".

El artículo siguiente, establece que "en los tres casos del artículo anterior se cumplirán las demás disposiciones testamentarias que estuvieren hechas conforme a las leyes".

Analizando los dos artículos anteriormente citados, parece ser que conforme a nuestro Código Civil puede existir validamente un testamento en el cual no haya disposición de bienes, sino que haya sido otorgado con el solo objeto de reconocer a su hijo o nombrar a un tutor, y con ello se le quita al testamento ese contenido patrimonial que a mi juicio le es esencial.

Yo creo que hay que interpretar este artículo tomando en consideración toda la institución de las sucesiones:

El artículo 1281 establece que la herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

El artículo 1282, establece que la herencia se refiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley.

El artículo 1283, manifiesta que el testador puede disponer mediante testamento de todo, o de parte de sus bienes, quedando la parte no dispuesta sujeta a las reglas de la sucesión legítima.

De acuerdo con lo anterior, no es necesario que el testador disponga de todos sus bienes, sino que pueda disponer sólo de uno, de dos, o de parte de ellos, pero siempre debe haber en un testamento disposición de bienes.

No debemos confundir la esencia del testamento que es la disposición de bienes para después de la muerte, con los otros usos que puede tener el testamento además del mencionado, como es por ejemplo el servir de medio idóneo para realizar una manifestación unilateral de voluntad como lo es el reconocimiento de un hijo natural.

Hechas las consideraciones anteriores, creo que debemos interpretar los artículos 1378 y 1379 en el sentido de que serán válidas las demás disposiciones testamentarias que estén hechas en un testamento conforme a las leyes, aunque no contengan institución de herederos, pero como declaración unilateral de voluntad.

Es decir, debemos interpretar dicho artículo en el sentido de que no obstante que no existe testamento por no haber disposición de bienes, el legislador le da la validez a aquellas disposiciones, para proteger ciertos intereses, como son los derechos de familia (en el reconocimiento de un hijo o el nombramiento de un tutor), que quedarían sin efecto al no existir testamento.



El Código Civil italiano en su artículo 587 establece la definición de testamento de la siguiente manera:

"El testamento es un acto revocable por el cual alguien dispone para el tiempo en el que habrá cesado de vivir de todos sus bienes o de parte de ellos".

El párrafo segundo del artículo 587 de dicho ordenamiento, recalca el contenido patrimonial del testamento y además, como indicamos en los renglones anteriores, le da validez a las demás disposiciones que pueden ser hechas en un acto que reunió las formalidades de un testamento sólo medio para realizarlas.

Dicho segundo párrafo es del tenor literal siguiente:

"Las disposiciones de carácter no patrimonial que la ley conviene estén contenidas en un testamento tienen eficacia si están contenidas en un acto que tiene la forma de testamento aun cuando falten disposiciones de carácter patrimonial".

#### G) COMENTARIO PERSONAL

Una vez analizados distintos conceptos de testamento y tomando en cuenta las consideraciones hechas al desglosar la definición de nuestro Código Civil vigente, creo que sería conveniente modificar el artículo 1295 para quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 1259. Testamento es el acto por medio del cual una persona dispone de todos o parte de sus bienes para después de su muerte".

Considero también conveniente, para lograr una mayor claridad en cuanto al contenido que debe tener el testamento que sean derogados los artículos 1378 y 1379 del Código Civil, y en lugar de ellos se adicionará a la definición de testamento contenida en el artículo 1295, un segundo párrafo en los mismos términos que se encuentra redactado el segundo párrafo del artículo 587 del Código Civil italiano citado anteriormente.

Las demás características del testamento, en lugar de ser incluidas en la definición del mismo, deben quedar comprendidas dentro del título segundo, capítulo uno del Código Civil, en donde se contienen las disposiciones de "los testamentos en general".

### **3 . ELEMENTOS DE EXISTENCIA**

#### **A) LA VOLUNTAD**

La manifestación de voluntad es esencial para que pueda decirse que existe testamento, debiendo ser esa manifestación expresa y de ninguna manera tácita, pues el legislador no acepta que se deduzca de determinados hechos, ni tampoco una manifestación

que se haga por el autor por medio de señas o simples monosílabos, en respuesta a preguntas que se le hagan. Dicha voluntad expresa debe ser manifestada sólo por el autor, de donde se deduce la unilateralidad y el carácter personalísimo de este acto jurídico, que a la vez es una demostración más de que es sui generis, ya que se tipifica por no existir en el la pollicitación que encontraremos en los actos jurídicos bilaterales que regula la ley y en los cuales se necesita la concurrencia de voluntades, que entonces se llama consentimiento, es decir acuerdo de las dos partes contratantes.

Por cuanto hace a la función de la voluntad en la creación de consecuencias jurídicas, se omite toda referencia, porque ya quedó explicado en el inciso a del párrafo referente.

## B) EL OBJETO

Es el segundo elemento esencial de los testamentos, elemento que también encontramos como indispensable, para la existencia de los contratos y en general de actos jurídicos en los cuales puede ser la cosa que el obligado debe dar o el hecho que deba hacer o no hacer. Cuando se trata de cosa, debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable y estar en el comercio. Cuando se trata del hecho que el obligado debe hacer o no hacer, siempre debe ser posible y lícito, estimándose como imposible el hecho de no existir, porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con

una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

El hecho se estima ilícito cuando es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres y en cuanto a las cosas que el obligado deba dar, si son futuras, pueden ser objeto de un contrato, pero no pueden serlo la herencia de una persona viva, aún cuando preste su consentimiento, según lo dispuesto en los artículos 1824 a 1831 del consultado Código Civil mexicano.

Al igual que en las obligaciones contractuales ya mencionadas, también en los testamento, para que sea válida la disposición, el objeto debe tener las siguientes características:

- Que sea posible;
- Que la cosa esté en el comercio;
- Que sea determinada o determinable;
- Que sea posible físicamente.

El objeto en los testamentos puede consistir en la disposición de bienes, en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes morales o en la ejecución de determinados actos jurídicos, sin que sea necesario, para que se trate de un testamento, que concurran en el, en forma conjunta, la institución, la declaración y cumplimiento y la ejecución, pues este acto jurídico puede configurarse con la existencia de una sola de estas finalidades y

así se desprende de la redacción del artículo 1295 del Código Civil.

La imposibilidad jurídica en los testamentos existe:

- a) Cuando los bienes objeto de la herencia se encuentran fuera del comercio, tanto por no existir en la naturaleza, como por disposición de la ley y que por lo mismo, se encuentra fuera del patrimonio del de cujus. Cuando ello sea posible, puede imponerse al heredero o al albacea la obligación de adquirir bienes ajenos para entregarlos al legatario; pero nunca podrán ser objeto del legado o herencia bienes que estén fuera del comercio.
  
- b) Cuando los bienes objeto de la herencia no son determinados, ni susceptibles de determinarse, no pueden ser objeto de legado, ya que deben determinarse la cosa legada; pero ello si es factible tratándose de herederos, ya que estos reciben un patrimonio total o una parte alicuota del mismo. Por lo tanto podría presentarse el caso de que el testador dejara en legado simplemente un animal, sin determinar especie, entonces se tipificaría la imposibilidad jurídica de transmisión hereditaria, porque de no ser así podría cumplirse el legado entregado al beneficiario una alimaña cualquiera cuando podía haber sido un caballo árabe pura sangre, que sin dejar de ser animal se encontrará bien especificado en el legado por

cumplirse.

- c) Cuando los derechos u obligaciones se extinguen por la muerte. Sólo pueden transmitirse por herencia o por legado los bienes, derechos y obligaciones que no sean vitalicios, pues contrario sensu, los vitalicios no pueden caer bajo esta norma transmisoria como sucede en los derechos de uso, habitación y usufructo, que únicamente se conceden para su goce durante la vida del beneficiario. La institución de heredero o legatario de alguno de los tres derechos mencionados, constituirá un acto inexistente, porque existe una norma jurídica que impide la transmisión de la titularidad de esos derechos.

Sobre el elemento esencial objeto, el maestro Leopoldo Aguilar Carbajal dice: "Por lo que se refiere al objeto, también como elemento de esencia, la doctrina actual distingue entre objeto directo y objeto indirecto; el primero tendrá como finalidad crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones, hipótesis que si encontramos en el testamento; y el segundo, el objeto de la obligación que ha nacido del acto jurídico que puede consistir en dar, hacer o no nacer, así como en la prestación o abstención de la obligación que se trata de crear, modificar, transmitir o extinguir, también encontramos ese objeto en el testamento<sup>16</sup>".

---

<sup>16</sup> "SEGUNDO CURSO DE DERECHO CIVIL" Cuarta Edición, Editorial Porrúa. p. 289.

Otra situación muy distinta sería cuando no existe el objeto, pues entonces el testamento sería inexistente, según el artículo 2224 del Código Civil, y como consecuencia, no podría revalidarse, ni ratificarse, sería imprescriptible la acción la acción de reconocimiento de la existencia.

El elemento de existencia, objeto, que hemos venido estudiando, insistiremos que consiste en la disposición de bienes o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o en la ejecución de determinados actos jurídicos; todo ello siempre que no se extinga con la muerte. Cuando el autor de la herencia deja a uno o varios herederos todo su patrimonio o una parte alicuota del mismo, se tiene una transmisión a título universal y se dice que es a título particular cuando la institución se hace a una o varias personas, pero de bienes determinados o determinables, sean cosas o derechos.

No es necesario que el autor haga la transmisión sólo a título universal o sólo a título particular, ya que puede disponer que el patrimonio quede repartido parte en favor de herederos y parte en favor de legatarios, en la inteligencia de que sólo los herederos responden del pasivo hereditario pero a beneficio de inventario, es decir, hasta donde alcancen los bienes del acervo hereditario, pero nunca con su patrimonio propio. En cambio, los legatarios sólo tienen obligación de pagar el pasivo cuando únicamente se hayan instituido legatarios o se les haya gravado con una carga y por eso

se dice que responden en forma subsidiaria.

No existiendo el objeto, el testamento sería inexistente, al igual que por falta de voluntad, sin que sea posible confundir esta inexistencia con la nulidad, en la cual el acto existe, pero viciado.

#### 4. ELEMENTOS DE VALIDEZ

##### A) LA CAPACIDAD

La definición legal del testamento en lo conducente, es la siguiente: "es el acto personalísimo, revocable y libre, por lo cual una persona capaz...", es decir, exige la capacidad en la persona que otorga el testamento y son capaces todos aquellos a quienes la ley no les prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho, prohibiciones que pueden consistir en que, el que pretende testar no haya cumplido dieciséis años de edad, sea hombre o mujer o que habitualmente o en forma accidental no disfrute de su cabal juicio, aunque debe entenderse en este último caso que ese disfrute de su cabal juicio no se tenga en el momento lúcido en que se otorgue el testamento.

La capacidad para testar tanto para el varón como para la mujer es adquirida al cumplir 16 años de edad, pero para los



testamentos ológrafos esa capacidad se adquiere solamente al cumplir 18 años; conforme a lo dispuesto en el artículo 1551, en relación con el 646.

#### B) AUSENCIA DE VICIOS

Al referirnos a la voluntad, como primer elemento de esencia en los testamentos, asentamos como principio que las disposiciones testamentarias son la expresión directa del testador, mejor dicho de su voluntad, por lo que ésta no es apta si está afectada de algún vicio, pues de existir alguno, se produce la nulidad testamentaria. Los vicios de la voluntad reconocidos por los autores y por la legislación, generalmente son: el error y la intimidación.

#### C) FORMA

Este tema se abordará en el capítulo siguiente, así como el tercero, razón por la cual no se explicará en este inciso.

## CAPITULO II.

### CLASES DE TESTAMENTOS

En todos los ordenamientos jurídicos, el acto de última voluntad, debe observar formalidades precisas.

La regla general en nuestro derecho es que los actos jurídicos no requieren para su validez de formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley (artículo 1832), y el testamento es y ha sido siempre uno de esos casos de excepción.

Las formalidades se exigen tanto en la manifestación de la voluntad como en la documentación de ésta.

Nuestro Código Civil divide a los testamentos en cuanto a su forma, en dos grupos: ordinarios y especiales (artículo 1499).

Según José Castán Tobeñas<sup>17</sup>, "testamentos comunes u ordinarios son los que la ley regula para que sean otorgados en circunstancias y con las formalidades normales, y testamentos especiales o excepcionales, llamados también, aunque con poca propiedad, privilegiados, son los que se establecen para situaciones de excepción, en que no sería posible hacer uso de las formas comunes de testar, y que requieren unas veces más solemnidades y otras menos que las ordinarias".

---

<sup>17</sup> CASTÁN Tobeñas, Op.Cit. p. 280.

Al exigir los requisitos de forma en los testamentos son, por una parte, prevenir la precipitación del testador y obligarle a una juiciosa reflexión, por medio de la necesaria observancia de ciertas formalidades, por otra parte garantizar que lo que el testador ha pretendido crear es un documento completamente acabado, en el cual se encuentra la expresión de una voluntad resuelta, no un sencillo proyecto, así como que el testador es realmente el autor de la declaración de voluntad expresada en el testamento.

En España se dividen los testamentos, en cuanto a su forma, en comunes y especiales. El Código Civil italiano hace una clasificación igual a la nuestra al dividirlos en ordinarios y especiales; en Chile, reciben el nombre de testamentos solemnes y privilegiados.

En el derecho romano se exigía una serie de formalidades en el otorgamiento de los testamentos.

La forma en el derecho romano varió según las épocas. Se establecieron formas distintas en el derecho civil antiguo, en el pretoriano y en las constituciones imperiales.

En el derecho civil se regulaban el testamento "calatis comitis" e "in procintu", dependiendo que fuera otorgado en tiempo de paz o en tiempo de guerra.

El testamento calitis comitis se hacía delante de los comicios por curias, que eran convocadas para este efecto, y ante la presencia de los pontífices pues a la institución de la sucesión no solamente le interesaba la transmisión del patrimonio, sino también del culto privado".

Era esta forma de testar la que más formalidades requería, pero la más segura para el testador, y que se regulaba como caso de excepción, como un privilegio para los militares, es el testamento "in procintu", el cual se hacía delante del ejército equipado y bajo las armas. El soldado que quería testar antes de marchar a combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas, en representación de la asamblea del pueblo.

En aquellos tiempos era justificable que existiera esta última forma de testar, ya que el pueblo romano era un pueblo que constantemente estaba en guerra, y sobre todo en aquél período de su historia, en el que estaba en plena expansión.

A los soldados se les ha tenido a lo largo de la historia en un lugar muy especial y se les ha concedido una serie de privilegios, por el papel tan importante que desempeñaban; uno de esos privilegios era permitirles testar de esta manera.

---

<sup>18</sup> cfr. op.cit. Uribe, p.p. 158 a 159.

Entonces había una regla general, que era el testamento "calatis comitis", que requería una serie de formalidades, era más consciente por parte del testador y proporcionaba a éste mayor seguridad, y un caso de excepción que tomaba en cuenta las necesidades y las limitaciones a que se encuentran sujetos los militares.

Con el tiempo los jurisconsultos aplicaron al patrimonio de familia el modo de transmisión usado para las cosas más preciadas, que era la "mancipatio".

El padre de familia que no había podido testar "calatis comitis", y sentía que su fin se acercaba, mancipaba su patrimonio a un amigo, y le encargaba a esta persona que hiciera ciertas libertades en favor de otras gentes; constituyendo el testamento "peraes et libram".

Esto se convertía en otro caso de excepción, al testamento "calatis comitis". En vista de que los comicios se reunían en Roma dos veces al año, en casos de urgencia era imposible esperarse a que se reunieran los comicios y por ello se creó el testamento "per aaset libram", que de algún modo fue el antecedente de nuestros actuales testamentos privados regulados por nuestra legislación civil vigente.

Ahora bien, esta forma de testar, era muy poco segura porque lo que en realidad se estaba haciendo era transmitirle el patrimonio a otra persona a quien se le daban ciertas instrucciones, que lógicamente no en todos los casos eran cumplidas, por lo cual se perfeccionó posteriormente este testamento, convirtiendo a este "familiae emptor" al cual se le transmitía el patrimonio en una persona encargada de entregar la sucesión al verdadero heredero.

El nombre de heredero se inscribía en unas tablillas que conservaba el testador.

Esta persona, que en un principio era heredero, se convierte de esta forma en una especie de albacea de nuestro derecho actual. Era éste el testamento "peraes et libram" perfeccionado.

Más tarde apareció en Roma, cuando empezaron a olvidarse los formulismos del derecho antiguo, un testamento llamado "nuncupativo", que consistía en la posibilidad de testar mediante una simple declaración hecha en voz alta, delante de siete testigos.

Esta forma de testar, ofrecía mayor rapidez, pero menor seguridad en virtud de que no había ningún escrito en el cual quedara asentada la voluntad del testador, sino que había que estar a lo dicho por los testigos.

Los pretores aceptaron como testamento válido aquel testamento que estuviese escrito sobre tablillas, siempre y cuando llevará el sello de siete testigos, y si usaban todos el mismo sello, debía escribir abajo su nombre y el del testador.

Por último, en el bajo imperio al ser fusionadas las reglas del derecho civil, pretoriano, y las constituciones imperiales, aparece un testamento "tiper titum", que consistía en que el testador mismo, escribía su última voluntad en unas tablillas, que podría mantener cerradas si no quería que se enterase la gente del contenido; cada testigo, ponía su firma y su sello junto con el testamento en las tablillas.

Esta forma de testar, pudo ser la inspiración de nuestros actuales testamentos públicos cerrado y ológrafo.

Las legislaciones actuales de los distintos países europeos que fueron herederos del antiguo derecho romano tomaron gran parte de estos principios para regular los testamentos, y la legislación mexicana a su vez, los tomó de dichos países, ya que tuvo gran influencia del derecho francés, español y portugués en la elaboración de su primer Código Civil, siendo los posteriores en esencia iguales al primero.

## TESTAMENTOS EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

El artículo 1499 del Código Civil, establece que el testamento en cuanto a su forma es ordinario o especial.

El artículo 1500 del Código Civil, establece que el testamento ordinario puede ser:

- PUBLICO ABIERTO
- PUBLICO CERRADO
- OLÓGRAFO

y el artículo 1501 dispone que el testamento especial puede ser:

- PRIVADO
- MILITAR
- MARÍTIMO
- HECHO EN PAÍS EXTRANJERO

En el otorgamiento de los testamentos, se ha buscado siempre una forma que ofrezca la mayor seguridad posible, y es por ello que se ha creado, desde el derecho romano, una forma para testar en casos normales, que debe reunir una serie de requisitos, pero que ofrece mayor seguridad; pero también se ha tomado en cuenta que hay ciertos casos de excepción, en los cuales, por las circunstancias



especiales, no pueden reunirse esa serie de requisitos, y hay que buscar la manera de que la persona que se encuentre en dicho supuesto, pueda otorgar un testamento válido, y de esa manera surgieron los testamentos especiales. Analicemos en que consiste cada una de dichas formas:

## **I. TESTAMENTOS ORDINARIOS**

### **1. TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO**

#### **A) CONCEPTUACIÓN**

El testamento público abierto es aquel que redacta por escrito un notario público aceptando la voluntad expresada por el testador en presencia del fedatario y tres testigos observando rigurosamente los requisitos legalmente establecidos. Este testamento es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos (artículo 1511).

Este testamento se llama público, porque es otorgado ante un profesional que tiene fe pública y por ende, en un instrumento público, además es abierto porque el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que intervienen en el acto, quedando éstas enteradas de su contenido.

La función del notario es el dar fe de la autenticidad de la celebración del acto y constituye además una garantía de corrección del mismo, dado el carácter de jurista y asesor que posee el notario (artículo 33 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal).

La intervención de los testigos, no es un elemento "ad jurista" del testamento, sino "ad solemnitatem", por lo cual es un elemento del que no puede prescindirse para la validez del testamento.

Otro requisito importante en este tipo de testamento es que se debe otorgar un sólo acto, no deben existir interrupciones, este requisito es una garantía de que durante su otorgamiento no existan asuntos ajenos que pudieran restarle seriedad al acto, o bien distraer la atención del testador, de tal suerte que se asienten cosas distintas a las expresadas o se expresen cosas distintas a las queridas.

En el derecho italiano existe también este tipo de testamento y únicamente tiene el nombre de "testamento público"; debe ser otorgado ante escribano y en presencia de dos testigos, según el artículo 603 del Código Civil italiano.

En España existe también este tipo de testamento y recibe el nombre de "testamento abierto". Es otorgado ante notario y tres

testigos idóneos (artículo 694 del Código Civil español).

El Código Civil chileno habla de "testamento solemne abierto" y manifiesta que puede otorgarse ante notario o funcionario y tres testigos, o únicamente ante cinco testigos, lo que resta seguridad jurídica al acto (artículos 1011 y siguientes).

Establece que puede otorgarse no necesariamente ante escribano sino ante juez de primera instancia o subdelegado de la región (artículo 1014).

Ahora bien, si no se hace intervenir al escribano y se hace solo ante cinco testigos, el juez competente hace comparecer a los testigos para que reconozcan sus firmas y la del testador, formulando el juez las preguntas que estimule pertinentes.

Con esto se hace una especie de mezcla en el derecho chileno del testamento público abierto y del testamento privado del derecho mexicano.

En Argentina también está previsto este tipo de testamentos, que reciben el nombre de testamento por acto público, debe ser otorgado ante notario y tres testigos, y en caso de no haber notario, ante juez de paz y cinco testigos (artículos 3654 y 3655 del Código Civil Argentino).

## B) DINÁMICA PARA OTORGARLO

El testador concurre ante el notario público de su elección, o bien el notario se constituye en el lugar en que se encuentra el testador, éste manifiesta al notario, de una manera clara y terminante, su voluntad de otorgar testamento y los términos en que desea hacerlo, en presencia de sus testigos (artículo 1512 del Código Civil mexicano).

El notario, con los datos proporcionados por el testador, redacta el testamento sujetándose a la voluntad de aquél. Una vez redactado el testamento, el notario le da lectura en voz alta para que el testador manifieste si está de acuerdo, en cuyo caso firmarán el instrumento el notario, los testigos y el testador (artículo 1512 del Código Civil).

El artículo 80 de la ley del notariado para el Distrito Federal, exige al notario, siempre que se otorgue un testamento público, abierto o cerrado, dar un aviso al archivo general de notarías, el cual depende de la dirección general jurídica y de estudios legislativos del Departamento del Distrito Federal en un plazo de tres días hábiles siguientes al de su otorgamiento, expresando la fecha del otorgamiento, nombre y generales del testador y, en caso de ser cerrado, la persona en cuyo poder se deposita o el lugar en el que se haga el depósito.

En caso de tener los nombres de los padres del testador también se dará este dato a dicha sección.

El archivo de notaría debe llevar un registro relativo a los testamentos con los datos que se mencionan.

El mismo artículo establece que los jueces o notarios que estén tramitando una sucesión, deben pedir informes al archivo de notaría, acerca de si tienen registrados testamentos otorgados por la persona de cuya sucesión se trate y, en su caso, la fecha de los mismos.

Si alguno de los testigos no sabe o no puede firmar lo hará por él otro de los testigos, pero por lo menos debe constar la firma entera de dos de ellos (artículo 1513).

Si el testador, no puede o no sabe escribir, firmará a su ruego otra persona que tendrá también la calidad de testigo de acuerdo con el artículo 1514 del Código Civil, exigiendo la ley del notariado en su artículo 62, fracción XIII, inciso D, que además imprima su huella digital.

En caso de extrema urgencia, si no puede conseguirse otro testigo que firme a ruego del testador, cuando éste no sabe escribir, podrá firmar por el testador uno de los testigos instrumentales, siempre y cuando se haga constar esta

circunstancia.

Si alguien es completamente sordo, pero sabe leer, él mismo le dará lectura a su testamento, y si no sabe o no puede hacerlo designará a alguien que lo lea en su nombre (artículo 1516).

Si el testador es ciego, se dará lectura la testamento dos veces: una por el notario y otra por uno de los testigos o una persona que designe para tal efecto el testador (artículo 1517).

Si el testador no conoce el idioma del país (dicho artículo debería decir "español") y sabe escribir, escribirá en su idioma el testamento, el cual será traducido por dos intérpretes que debe nombrar el testador, que deben concurrir al acto y firmar el testamento (artículos 1518 y 1503), la traducción se transcribe como testamento en el protocolo del notario, y el original se agrega al apéndice de la escritura.

Si el testador no puede o no sabe escribir, uno de los intérpretes escribirá el testamento que le dicte aquél; una vez leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por los intérpretes.

Por último, el artículo 1520 establece que si faltan algunas de las solemnidades antes indicadas quedará el testamento sin efecto y el notario será responsable de los daños y perjuicios

ocasionados, además incurrirá en la pena de cancelación de la patente.

### C) COMENTARIO PERSONAL

Esta forma de testar es la que representa a mi juicio la mayor seguridad y mayores ventajas, en virtud de ser otorgado ante un fedatario público, como lo es el notario, el cual, según lo establece la ley del notariado en su artículo 33, tiene la obligación de orientar a las personas que ante él comparecen y explicarles el contenido y la fuerza legal de los actos que él vaya a autorizar.

Cuando una persona comparece ante el notario a otorgar testamento, le manifiesta la forma en la cual quiere disponer para después de su muerte de sus bienes, expresando las disposiciones que desea incluir en su testamento, con estos datos, el notario redacta el testamento.

En realidad, la mayoría de la gente no tiene una idea clara de la forma en que debe redactar su testamento y mucho menos del contenido y los alcances del mismo, no distinguen entre un legatario y un heredero, no saben que condiciones pueden ponerse en los testamentos y cuales no, la clase de legados que existen, la posibilidad de designar herederos sustitutos, de designar tutores para sus menores hijos, etc.

El notario, que es un conocedor del derecho, debe asesorar al testador en todas estas cuestiones, de manera que este completamente seguro de que el acto que está otorgando efectivamente va a producir los efectos que quiere que se produzcan al momento de su fallecimiento, y que además sea informado de las otras disposiciones que pueden hacerse, ya que el testamento, como anteriormente lo expresamos, no solo sirve para disponer de los bienes del testador, sino además para otros fines, como puede ser el nombramiento de un tutor para que se encargue del cuidado de sus menores hijos, cosa que es igualmente importante, o bien, el reconocimiento de un hijo.

Es necesaria la asistencia del notario no solo para cuidar del contenido del testamento y hacerlo un acto consciente para el testador, sino también para velar por el cumplimiento cabal de la forma, ya que el testador podría omitir alguno de los requisitos establecidos por la ley si tratará de redactar él mismo su testamento cosa que difícilmente le sucedería al notario.

De acuerdo a lo anterior, tomando en cuenta la importancia, la trascendencia y las consecuencias jurídicas que tiene el testamento, creo que la regla general debe ser el testamento otorgado ante notario y sólo en casos de excepción, cuando no sea posible otorgarlo de esta forma, se debe aceptar una forma especial, prescindiendo de este fedatario.



Ahora bien, considero conveniente hacer algunas modificaciones a la actual regulación del testamento público abierto.

Creo que no es necesario exigir la presencia de tres testigos, esta es una antigua costumbre que heredamos de la influencia del derecho romano, igual que otros países, como son Francia, España, Italia, Argentina, Chile, etc., y que hemos conservado hasta nuestros días.

De acuerdo con el artículo 10 de la ley del notariado, el notario es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma, en los términos de la ley, a los instrumentos en que consignent los actos y hechos jurídicos.

La fe pública, es una presunción de legalidad y certeza, que la ley otorga a los actos realizados por ciertos funcionarios<sup>17</sup>.

En virtud de que el notario público ha sido investido con esa fe pública se presume que los actos realizados ante él son válidos y hacen prueba plena de que los otorgantes manifestaron su voluntad de celebrar el acto consignado en la escritura, que hicieron las declaraciones y se realizaron los hechos de los que el notario dio fe, que este cumplió las formalidades correspondientes, de acuerdo con lo establecido por el artículo 102 de la ley del notariado.

---

<sup>17</sup> cfr. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. TOMO XII, Editorial Bibliográfica Argentina p.p. 64 a 72.

Ahora bien, en el otorgamiento del testamento público abierto, la única función que tienen los testigos es la de identificar al testador y manifestarle al notario que no tiene alguna incapacidad para otorgar el acto.

Sin embargo, el artículo 62, fracción XIII, inciso a) de la ley del notariado, establece esta obligación a cargo del notario de cerciorarse de la identidad de los otorgantes en todos los actos otorgados ante él dando fe de que a su juicio tienen capacidad legal.

De acuerdo con lo anterior, por un lado la ley considera al notario como un perito en derecho investido de fe pública, y le da el carácter de prueba plena a los documentos por el celebrados y una presunción de validez, legalidad y certeza; y por otro, tratándose del testamento, le desconoce esa capacidad, desconfía del notario, haciéndolo auxiliarse de tres testigos, que además serán presentados por el mismo testador.

Es necesario resaltar que el Código Civil exige, para el testamento otorgado ante notario, la presencia de testigos y que en cambio el testamento que es hecho por el propio testador, sin la intervención de ningún fedatario público, ni nadie que lo asesore, no necesita de los testigos.

Existen actos que pueden tener mayores consecuencias jurídicas que el otorgamiento de un testamento, como es el otorgamiento de un testamento, como es el otorgamiento de un poder general, con todo tipo de facultades a una persona, inclusive de dominio, ya que con esto el apoderado puede disponer de todo el patrimonio del poderante, y no se exigen requisitos extras, como en el testamento.

Por ello, creo que deberían derogarse el requisito de los testigos para el testamento otorgados ante notario, no así para los testamentos especiales, en los que sí me parece indispensable la presencia de los mismos.

Lo que sí sería muy conveniente es darle importancia a un sistema más eficaz de identificación de las personas.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece en su artículo 27, fracción XVII, que es facultad de la Secretaría de Gobernación: "Manejar el Servicio Nacional de Identificación Personal".

Todos los mexicanos deberían tener forzosamente su cédula de identificación personal como documento único de identificación, para tener un control más eficaz de la población y facilitar la identificación de las personas.

El artículo 1514 del Código Civil, establece que cuando el testador no pueda o no sepa firmar intervendrá otro testigo más que firme a su ruego, creo que en este aspecto la ley del notariado y el artículo 1834 del Código Civil dan mayor seguridad al exigir además que el testador imprima su huella digital.

Otra modalidad importante es la establecida en el artículo 1517, que exige que cuando el testador sea ciego, además de serle leído el testamento por el notario, debe ser leído también por uno de los testigos, seguramente la razón del legislador al crear esta disposición fue darle una mayor seguridad al testador en virtud de ser ciego, y por eso pide la intervención de un testigo, en este caso, sí me parece justificada la presencia del testigo, aquí no se está desconfiando del notario, ni se está pasando por alto la fe pública del mismo, sino que en vista de que el testador es ciego, y no puede captar todo lo que sucede a su alrededor, se le hace acompañar de un testigo para protegerlo, para evitar la suplantación del notario por otra persona; pero lo que debería exigirse es simplemente que lo acompañe otra persona, no que le lea dicha persona el testamento.

Por último, creo que sería conveniente regular, dentro de este capítulo del testamento público abierto, las formalidades que debe revestir el testamento hecho por una persona afectada en sus facultades mentales, siempre que esté en un intervalo de lucidez.

El artículo 1305 y siguientes establecen quienes son capaces para testar, es correcto que aquí establezca que el demente en un intervalo de lucidez pueda otorgar testamento, porque esta es una excepción a la regla general establecida en el artículo 450 del Código Civil; pero al establecer la forma de dicho testamento debe revestir, creo que es más técnico regularla dentro del título tercero que trata de la forma de los testamentos y concretamente, dentro del testamento público abierto, ya que no se trata de una forma especial de testamento, sino de un testamento público abierto, para un supuesto excepcional.

## 2. TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO

### A) CONCEPTUACION

"Testamento Público Cerrado, es aquel en el cual el testador hace sus disposiciones en un documento privado que guarda en un sobre cerrado y que es escrito por el mismo testador o por otra persona a su ruego, firmando al calce y rubricando todas las hojas, y si no sabe o no puede firmar, lo hará otro a solicitud suya"<sup>20</sup>.

Este testamento se llama público porque para su perfeccionamiento, al igual que el anterior, se necesita un notario público y es cerrado, en contraposición al abierto, en virtud de que la voluntad del testador es desconocida, tanto por el notario como por los tres testigos que deben estar presentes al momento de exhibirlo al notario.

Es desconocida su voluntad por estas personas, en virtud de que el testador presenta su testamento en un sobre cerrado, de cuyo contenido no se enteran dichas personas.

Por razones obvias, el artículo 1530, establece que no pueden otorgar este tipo de testamento las personas que no saben o no pueden leer, ya que no podrían imponerse por sí mismas de su

---

<sup>20</sup> RODRIGA VILLEGAS, RAFAEL. "Compendio de Derecho Civil". 13a. Edición, México, Editorial Porrúa, 1981, p. 372.

contenido si alguien lo escribiera a su ruego.

En el derecho italiano se encuentra regulada una forma de testar, en los mismos términos de nuestro testamento publico cerrado, con el nombre de testamento secreto (artículo 604 y siguientes del Código Civil italiano).

El Código Civil argentino está regulado con el nombre de testamento cerrado (artículo 3665 i siguientes del Código Civil Argentino) y la forma y la forma de otorgarlo es muy similar a la nuestra, con algunas modalidades, como es la exigencia de cinco testigos, la posibilidad de que sea el notario el depositario del testamento, y que la residencia de los testigos sea en el distrito en que se otorga, artículos 3701 y 3666.

#### **B) DINÁMICA PARA OTORGARLO**

En papel común, el testador debe escribir su testamento o designar a una persona que lo haga a su ruego, rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento, pudiéndolo hacer a su ruego alguna persona, en cuyo caso deberá comparecer junto con el testamento a la presentación del pliego cerrado y firmará en la cubierta junto con el notario y los testigos (artículo 1522 y 1523)

El papel en que esté escrito o su cubierta debe estar sellado y cerrado; en caso de no estarlo, lo hará sellar y cerrar el

testador al momento de su presentación, exhibiéndolo al notario y los testigos (artículo 1524).

El testador debe presentar su testamento al notario, quien debe estar acompañado de tres testigos, indicará dicho testador que dentro del pliego cerrado se encuentra contenida su última voluntad.

El notario dará fe del otorgamiento del testamento con las formalidades legalmente establecidas, acentuando el acta respectiva en el protocolo, precisando el lugar, hora, día, mes y año en el que el testamento fue autorizado y entregado. En la cubierta del testamento asentará la constancia correspondiente y firmará el testador, los testigos y el notario quien imprimirá además su sello respectivo.

El artículo 1526 establece que además deberá llevar las estampillas del timbre, mismas que en la actualidad ya no existen al quedar abrogada la ley de la materia en el año de 1979.

Los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para otorgar este tipo de testamentos.



### **C) ENTREGA Y CONSERVACIÓN**

Ahora bien, una vez hecho lo anterior, el testador puede quedarse con su testamento, entregarlo a un tercero para su custodia, o depositarlo en el archivo judicial. En este último caso, se asienta una razón del depósito en el libro que para este efecto debe llevar el archivo, y se firma por el testador y el encargado de dicho archivo, entregándosele a aquél una copia autorizada (artículo 1537).

Como indicamos en el capítulo primero, el testamento no puede hacerse a través de apoderado, por ser un acto personalísimo, pero si puede hacerse por medio de procurador la presentación y depósito en el archivo judicial, así como su retiro, de acuerdo con lo previsto por los artículos 1539, 1540 y 1541, siempre y cuando el poder conste en escritura pública y quede unido al testamento.

### **D) APERTURA, PUBLICACIÓN Y PROTOCOLARIZACIÓN**

Una vez fallecido el testador, debe tramitarse la sucesión; el juez que reciba un testamento cerrado, hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento (artículo 1542), para el efecto de que reconozcan sus firmas y la del testador o bien la de la persona que haya firmado por él, y manifiesten si el testamento está cerrado y sellado como lo estaba cuando lo entregó el testador (artículo 1543).

En caso de que no puedan comparecer todas las personas, por muerte o enfermedad de los testigos, bastará con la mayor parte de ellos y el notario, y si ninguno de ellos puede comparecer, el juez lo hará constar por información, así como la legitimidad de las firmas y que en la fecha del otorgamiento se encontraban dichas personas en el lugar en que se celebró (artículo 1544 y 1545).

Una vez cumplido lo anterior, el juez decretará la publicación y la protocolarización del testamento.

#### E) MODALIDADES

El sordo-mudo puede hacer testamento cerrado con tal que esté todo escrito, fechado y firmado de su puño y letra; debe ser presentado al notario ante cinco testigos y escribir, en presencia de todos, en la cubierta que en aquel pliego se contiene su última voluntad y va escrito y firmado por él, circunstancia ésta que el notario hará constar en el acta (artículo 1531).

En este caso, si el testador no puede firmar en la cubierta, elegirá otra persona para que lo haga por él y el notario dará fe de esta elección.

El que sea sólo mudo o sólo sordo puede hacer testamento cerrado, siempre que esté escrito de su puño y letra; sin embargo, existe la posibilidad de que sea escrito por otro, caso en el cual

el testador lo debe anotar así y firmar la nota de su puño y letra.

Establece también el Código Civil, en su artículo 1529, que sólo en caso de suma urgencia puede firmar uno de los testigos, ya sea por el testador, o por un testigo que no sepa o no pueda hacerlo, tomando también el notario nota de esta circunstancia, bajo la pena de suspensión del oficio por tres años, en el supuesto de no hacerlo.

El artículo 1534 prevé que el testamento que carezca de alguna de las formalidades requeridas quedará sin efecto, siendo el notario responsable de tal circunstancia que se sanciona con la cancelación de la patente, además del deber de reparar los daños y perjuicios ocasionados.

Asimismo, quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego interior o abierto el que forma la cubierta o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan (artículo 1548).

Por último, establece el artículo 1549 que toda persona que tenga en su poder un testamento cerrado y no lo presente, al fallecer su autor, incurrirá en la pena de perder el derecho que pudiera tener si fuere heredero legítimo, además de la posible sanción penal.

## F) COMENTARIO PERSONAL

El testamento público cerrado requiere también de la presencia del notario para su perfeccionamiento, lo cual me parece innecesario.

El motivo por el cual se regulan dos testamentos distintos que requieren la intervención del notario, es que en uno de ellos, el abierto, el notario y los testigos conocen el contenido del mismo y en el cerrado estas personas desconocen tal contenido.

Creo que es conveniente la existencia de testamentos cerrados, en virtud de que el testador tiene el derecho de disponer de sus bienes para después de su muerte como mejor le parezca y se debe respetar la facultad de hacerlo, sin que nadie se entere, sino hasta llegado el momento de su fallecimiento. Puede ser que en ocasiones por el contenido mismo del testamento y en virtud de las disposiciones dictadas por el testador tendrán aplicación hasta el momento de su muerte, desde aquél que no sean conocidas sino hasta después de dicho momento.

Supongamos que el testador en su testamento instituye como heredero a algún hospital o a alguna institución que fomente las investigaciones para combatir el cáncer, etc., no heredando a su esposa e hijos reconocimiento, además a un hijo habido fuera de su matrimonio, legándole bienes suficientes para su subsistencia; le

crearían graves problemas familiares, de conocerse el contenido antes de la muerte del testador, pues no obstante ser ésta su voluntad y de que la exprese totalmente consciente de sus consecuencias jurídicas, si la esposa o los hijos del testador llegaren a enterarse de dicho contenido, se crearía seguramente un gran conflicto para el testador, razón por la cual prefiere que sean desconocidas tales disposiciones.

Cabe aclarar, sin embargo, que en los términos del artículo 31 de la ley del notariado, los notarios en el ejercicio de su profesión, deben guardar reserva de lo pasado ante ellos quedando sujetos a las disposiciones del Código Penal sobre el secreto profesional.

El artículo 211 del Código Penal, establece como sanción al funcionario público que sin justa causa, en perjuicio de alguien, y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto, prisión de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de su profesión de dos meses a un año.

Por su parte, la misma ley del notariado para el Distrito Federal, en su artículo 126, fracción III, inciso b), establece como sanción, la suspensión del cargo de hasta por un año al notario que revele injustificada y dolosamente datos de los actos

que ante ellos se celebren.

El mismo artículo, en su fracción IV, establece que en caso de reincidencia será suspendido definitivamente de su cargo.

Creo que las sanciones antes indicadas son razón más que suficiente para que el notario no divulgue ningún dato de los testamentos otorgados ante él, pero es necesario recordar que no es el notario el único que puede enterarse, en un momento dado, del contenido del testamento, en caso de ser abierto, toda vez que en la misma situación de conocimiento están los testigos, que concurrieron al otorgamiento, que tomando en cuenta las consideraciones hechas al analizar el testamento público abierto, creo que tampoco debían exigirse en el otorgamiento de los testamentos cerrados. Por otro lado están las personas que pudieran tener acceso al protocolo del notario, como son sus empleados, la secretaria que hizo la escritura, el personal profesional de la notaría los que la imprimieron, etc., que podrían llegar a imponerse del contenido del mismo y divulgarlo en favor de terceros.

Ahora bien, aunque las sanciones impuestas al notario, por no guardar secreto son estrictas, al testador no le interesa suspender al notario en el ejercicio de su profesión o denunciarlo, en caso de incumplimiento de dicha obligación, lo que le interesa es que nadie se entere del contenido de su testamento, por lo que creo es

conveniente la existencia de testamentos cerrados.

En los testamentos públicos cerrados sería de gran importancia la intervención del notario, en su carácter de asesor del testador en cuanto al contenido del testamento, independientemente de su actuación para la conservación del instrumento que contiene la última voluntad de aquél, pero esta importante intervención del notario prácticamente no existe en los testamentos públicos cerrados, en virtud de que es el propio testador o alguien a su ruego quien lo elabora y el notario no se entera de su contenido, por lo que no puede explicarle al testador los alcances y consecuencias legales del acto que está otorgando.

Además, el notario no interviene propiamente en la conservación del testamento cerrado, ya que es el testador, un tercero, o el archivo judicial, quien se encarga de conservarlo; considero inseguro el depósito a cargo de un particular, en virtud de que puede ser objeto de extravío, falsificación, raspaduras, etc., razón por la cual debería limitarse al depósito en un archivo oficial.

## DEPÓSITO

El legislador de 1928 introdujo como novedad en nuestro derecho civil el testamento ológrafo, estableciendo como obligación el depósito del mismo en el archivo de notarías, lo cual me parece muy conveniente, ya que el depósito forzoso en dicho archivo, tiene las siguientes ventajas:

### PRIMERA

Asegurar la conservación del testamento, ya que si éste quedara en poder del testador o de un tercero, con el transcurso de los años, puede llegar a maltratarse, deteriorarse, sufrir raspaduras o borraduras en la cubierta, o bien, podría ser abierto por accidente o intencionalmente por alguna persona, lo cual no sucedería si quedara en posesión del notario y posteriormente del archivo general de notarías.

### SEGUNDA

Se evitarían posibles falsificaciones o modificaciones, ya que estando en poder de una tercera persona podría intentar abrirlo y alterara su contenido.



### TERCERA

Tener la certeza del lugar en que se encuentra el testamento, ya que al tramitarse la sucesión únicamente se tendría que mandar pedir al archivo general de notarías, para poder seguir adelante con el trámite sucesorio. Si el encargado de la conservación del testamento fuera el propio testador o un tercero, podríamos tener el problema de que dicho testamento hubiere sido extraviado, lo cual complicaría el trámite de la sucesión, por tanto debe suprimirse el depósito en manos de particulares.

Por las razones anteriormente expuestas, creo que fue un acierto del legislador de 1928 crear el testamento ológrafo, ya que supera los inconvenientes apuntados anteriormente respecto del testamento público cerrado, pero considero un error no haber derogado desde entonces el testamento público cerrado.

No tiene razón de ser la existencia de dos clases de testamentos cerrados, creo que debe subsistir el testamento ológrafo y suprimirse el público cerrado, en virtud de que en este último no se justifica la intervención del notario, ya que no redacta este último el instrumento, ni tampoco puede orientar al testador acerca del alcance y consecuencias del acto que está otorgando, porque desconoce su contenido, y por último, no se encarga de la conservación del testamento, sino que lo hace el propio testador, un tercero, o el archivo judicial, siendo esto muy

inseguro.

### 3. TESTAMENTO OLÓGRAFO

#### A) CONCEPTUACIÓN

El testamento ológrafo es aquel que es escrito completamente de puño y letra del testador y depositado en el archivo general de notaría para que surta efectos. Sólo puede ser otorgado por persona mayor de edad<sup>21</sup>.

El jurista José Castán Tobeñas considera que la diferencia esencial entre el testamento ológrafo y el público cerrado es que aquél es el único que en realidad es secreto, ya que en el público cerrado existe la posibilidad de que pueda ser redactado por el testador o por otra persona a su ruego, lo que no sucede con el ológrafo<sup>22</sup>.

La palabra ológrafo viene del griego, y significa "escribir completamente"; holo (entero) y grafo (escribir), escribir por entero, su propia denominación le da la nota característica a este testamento. Sus raíces etimológicas provienen del rudo griego y debería escribirse con h "hológrafo", no obstante ignoramos el

---

<sup>21</sup> Cfr. OP.CIT. De Pino p.338.

<sup>22</sup> Cfr. CASTAN TOBEÑAS, p.p.321 y 324.

hecho por el cual en español se escribe si h.

En Roma, la forma ológrafa de testar fue introducida por una novela de Valentiniano y Teodosiano, que parece ser que no recogió ya Justiniano; actualmente lo regulan la legislación francesa, española, italiana, argentina, etc., pero con ciertas reglas especiales en cada una de ellas.

En México no fue regulado por el Código Civil de 1870, ni por el de 1884, se previó por primera vez hasta el actual Código Civil de 1928.

#### **B) DINÁMICA PARA OTORGARLO**

Este testamento debe estar totalmente escrito del puño y letra del testador, con expresión del día, hora, mes y año, en que se otorgue y debe estar firmado por el testador (artículo 1550).

No produciría ningún efecto este testamento si no es depositado por el testador en el archivo general de notaría. Esta es una exigencia propia de nuestro derecho, ya que las demás legislaciones que prevén la existencia de este testamento no exigen tal requisito. Considero que es acertado exigir tal requisito, porque como lo expresa la exposición de motivos del Código Civil de 1928, con ello se evitan "los dos graves inconvenientes que presenta el testamento ológrafo y que son: la facilidad con que

puede falsificarse y lo frecuente que es su destrucción".

El testamento ológrafo solo puede ser otorgado por personas mayores de edad (artículo 1551).

Puede el testador tachar o entrerrenglonar palabras validamente siempre y cuando sean salvadas al final bajo su firma, en caso contrario se tendrán por no hechas las correcciones.

Debe hacerse el testamento por duplicado y en cada ejemplar debe constar la firma y la huella digital del testador.

El original se debe depositar dentro de un sobre cerrado y lacrado, en el Archivo General de Notarías y el duplicado, también cerrado y lacrado, se debe devolver al testador.

En el sobre que contiene el testamento será insertada, por el encargado de la oficina, la siguiente constancia:

"Recibí el pliego cerrado que el señor ... afirma contiene original su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo señor existe dentro de este sobre un duplicado".

Firmando la constancia el encargado de la oficina; a continuación debe ponerse la fecha y el lugar en que se extiende la constancia, firmando al calce, el testador y los testigos de

identidad cuando intervengan (artículo 1555).

El testador puede poner en el sobre que contenga el testamento los sellos, señales y marcas que crea convenientes para evitar violaciones (artículo 1553).

El testador tendrá que depositar personalmente su testamento en el Archivo General de Notarías; si el testador es conocido por el encargado de la oficina no necesita identificarse, en caso contrario debe presentar dos testigos que lo identifiquen (artículo 1554).

En el sobre que contenga su testamento original, debe poner el testador, de su puño y letra, la siguiente constancia:

"Dentro de este sobre se contiene mi testamento".

Se hará constar a continuación el lugar y fecha en que se hace el depósito. Dicha constancia debe firmarse por el testador, el encargado del archivo y, en su caso, los testigos de identidad (1554).

Si el testador estuviera imposibilitado de hacer personalmente la entrega de su testamento en las oficinas del Archivo General de Notarías, el encargado de ellas debe concurrir al lugar en que se encuentre para hacer el depósito.

Una vez hecho el depósito, el encargado del archivo asume la responsabilidad de su conservación, y hará la anotación correspondiente en el libro respectivo para que pueda identificarse el testamento, si no se hace dicho depósito, el testamento no producirá efectos.

Puede el testador, en cualquier momento, retirarlo por si o por apoderado nombrando en escritura pública (artículo 1558).

### C) DECLARACIONES DE FORMALIDAD

El juez ante quien se promueva un juicio sucesorio debe pedir al encargado del Archivo General de Notarías, que le informe si se encuentra o no depositado el testamento ológrafo en su oficina, para que se lo remita en caso de tenerlo (artículo 1559).

Asimismo, quien tenga en su poder el duplicado de algún testamento ológrafo o cualquiera que tenga conocimiento de que el autor de la sucesión depositó alguno, lo comunicará al juez competente para que le pida al encargado del archivo en que se encuentre depositado que se lo remita (artículo 1560).

Una vez recibido por el juez el testamento, examinará la cubierta que lo contiene, para asegurarse que no ha sido violado y hará que los testigos reconozcan sus firmas y la del testador en presencia del ministerio público, los interesados y los testigos,

en su caso, abrirá el sobre que contiene el testamento.

Si llena los requisitos que se necesitan para este tipo de testamentos, el juez declarará la validez del mismo (artículo 1561).

Solamente se transmitirá la sucesión con el duplicado del testamento cuando el original se haya destruido y se abrirá en los términos antes mencionados.

El juez debe declararse sin efecto el testamento cuando el original o en su caso el duplicado estuvieran rotos o el sobre abierto, las firmas borradas, raspadas y cuando contenga enmendaduras.

El encargado del archivo debe guardar secreto sobre los testamentos depositados; sólo dará informe al testador, jueces o notarios ante quienes se transmite la sucesión.

#### D) COMENTARIO PERSONAL

El testamento ológrafo es también un testamento cerrado o secreto ya que nadie se entera de su contenido al momento de su otorgamiento más que el propio testador.

La principal diferencia que tiene con el testamento público

cerrado es que el testamento ológrafo debe ser escrito totalmente del puño y letra del testador y no interviene el notario para nada.

Además, este testamento debe ser redactado en papel común y firmado en todas sus hojas por el testador, quien además debe imprimir su huella digital y depositarlo en el archivo general de notarías. No surte efectos el testamento si no se deposita en dicho archivo.

Como anteriormente manifestamos, este testamento apareció como novedad en el código de 1928, ya que antes no se regulaba.

La exposición de motivos del mencionado código establece que se incluye este testamento para que el testador no esté obligado a observar la enorme cantidad de ritualidades con que la ley rodea a los testamentos, bastando con que el testador exprese de una manera clara y terminante su voluntad respecto del destino que quisiera dar a sus bienes para después de su muerte.

Asimismo manifiesta, que de esta manera el testador no tendrá que hacer todos los gastos que implica el otorgar testamento ante notario. Por último, se expresa en la disposición de motivos que con el depósito forzoso en el Archivo General de Notarías se evitan problemas de falsificación y destrucción.



No estoy de acuerdo con lo expuesto en la primera parte de la exposición de motivos, ya que por un lado regula un testamento que se encuentra rodeado de ritualidades y formalismos, y por otro lado establece que son innecesarios, y de esa manera regula un nuevo testamento que no requiere de tales formalidades, dejando subsistencias los anteriores.

Siendo congruentes, debió haber seguido uno de dos caminos: suprimir esa serie de ritualidades por considerarlas innecesarias, creando un testamento que no las requiera, o bien dejar regulado el testamento en los mismos términos en los que estaba, en vista de una mayor seguridad jurídica, pero no regular ambos al mismo tiempo.

Tampoco estoy de acuerdo con otro razonamiento hecho en la exposición de motivos, en el sentido de que al otorgar testamento ológrafo el testador se ahorra todos los gastos que implica otorgar testamento ante notario, ya que por un lado existe un arancel de notarios que establece los honorarios justos que debe cobrar dicho profesional por el ejercicio de sus funciones y por el otro, reconoce el legislador que cobran mucho los notarios, entonces crea una forma de testar más barata pero sin la seguridad jurídica que brinda la intervención del notario.

Creo que lo conveniente es dejar el testamento ológrafo como única forma de hacer testamento cerrado, con las siguientes

modificaciones:

Que exista en primer lugar la posibilidad de ser escrito por el testador de su puño y letra, por otra persona a su ruego, o bien por medios mecánicos, siempre y cuando el testador firme en todas las hojas del testamento y al final del mismo, y en caso de no saber o no poder hacerlo, que lo haga otra persona a su ruego, debiendo estampar en todo caso su huella digital el testador y concurrir la persona que lo escribió, junto con el testador, a hacer el depósito.

Ahora bien, siendo el testamento ológrafo un testamento cerrado y por ende secreto, lo más seguro es depositarlo en el Archivo General de Notarías y que el archivo se encargue de custodiarlo hasta el momento de ser entregado al juez para terminar la sucesión, siendo entonces inútil otorgarlo por duplicado, ya que el duplicado quedaría en poder del testador o de un tercero y podría ser abierto, maltratado, falsificado, alterado, etc.

El testador puede en la actualidad retirar su testamento ológrafo del Archivo General de Notarías por medio de apoderado, lo que no parece adecuado, ya que ese retiro implica hacer ineficaz el testamento, lo que podría interpretarse como revocación tácita del testamento.

Por último, el Archivo General de Notarías al recibir un testamento ológrafo deberá tomar razón en el libro respectivo a fin de ser identificado y conservado; igual razón se asentará cuando sea retirado, debiéndose redactar además un acta especial que firmarán el interesado o su mandatario y el encargado del archivo (artículo 1557 y 1558).

El encargado del archivo debe asegurarse de la identidad del testador en los mismos términos en que lo hace el notario para todos los comparecientes al otorgamiento de un acto.

## II. TESTAMENTOS ESPECIALES

Como lo indicamos anteriormente, los testamentos especiales existen para aquellos casos excepcionales, de urgencia, en los cuales no es posible acudir ante notario para testar en forma ordinaria y tampoco se puede otorgar la última voluntad con las formalidades previstas para los otros testamentos ordinarios.

Nuestra legislación regula las siguientes clases de testamento especial (artículo 1501):

- A. Privado.
- B. Militar.
- C. Marítimo.
- D. Hecho en un país extranjero.

## 1. TESTAMENTO PRIVADO

### A) CONCEPTUACIÓN

"El testamento privado puede ser escrito u oral, en ambos casos es válido; pero para que se acepte la manifestación verbal se requiere que haya una imposibilidad absoluta de que el testador o los testigos redacten por escrito las cláusulas del testamento. El testamento privado se autoriza solo en los casos en que exista imposibilidad de otorgar testamento ordinario, es decir, público abierto, público cerrado u ológrafo".

Establece el Código Civil, que este testamento esta permitido en los casos siguientes (art.1565).

En caso de que el testador sea atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no de tiempo para que el notario concorra a protocolarizar el testamento.

Cuando no haya notario en la población, ni juez que actúe por receptoría.

Cuando habiendo notario o juez le sea imposible o por lo menos muy difícil concurrir al otorgamiento.

---

<sup>23</sup> BUSTINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano", Tomo IV. Lucaciones 4a Edición. Editorial Porrúa p. 378.

Cuando los militares entren en campaña o sean prisioneros de guerra.

En este tipo de testamentos no interviene el notario, ni funcionario público alguno, simplemente el testador manifiesta su voluntad ante cinco testigos idóneos.

#### B) DINÁMICA PARA OTORGARLO

El testador debe declarar, en presencia de cinco testigos idóneos, su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito si el testador no sabe o no puede escribir (artículo 1567).

La palabra "idóneo" significa tener buena disposición o suficiencia para una cosa, un testigo idóneo es aquel que tiene la capacidad suficiente para identificar al testador, apreciar y declarar, si se encuentra o no en su sano juicio al momento de otorgar testamento y declarar ante el juez llegado el caso, todas las circunstancias bajo las que se otorgó el testamento; este testigo no debe tener interés alguno en el otorgamiento del testamento.

No será necesario redactar el testamento por escrito cuando ninguno de los testigos sepa escribir, así como en caso de suma urgencia; además, en este último caso son suficientes tres testigos (artículos 1568 y 1569).

Nos remite el Código Civil en este capítulo al testamento público abierto, en cuanto a la forma en que debe el testador manifestar su voluntad, los requisitos para el caso de que existan testigos, que no puedan firmar, la forma de otorgarlo cuando el testador sea sordo, ciego, o no sepa el idioma español, etc., las cuales no mencionamos aquí, por haber sido tratados al hablar del testamento público abierto.

El artículo 1571 establece que sólo surtirá efectos el testamento si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba o dentro del mes siguiente a la extensión de la causa que lo autorizó; lo cual es muy lógico, ya que si el supuesto para la existencia de este testamento es que exista una causa especial que impida al testador hacerlo por alguno de los medios ordinarios, desaparecida ésta, debe quedar sin efectos el testamento.

#### C) TRÁMITE ANTE EL JUEZ

Este testamento también tiene que ser declarado válido por el juez, después de haber tomado a los testigos la declaración a que se refiere el artículo 1574, la cual deberá ser pedida por los interesados.

Los testigos tienen que declarar ante el juez el lugar, día, hora y fecha del otorgamiento, el contenido de su testamento, si

reconocieron, vieron y oyeron al testador, si estaba en su cabal juicio, libre de coacción, el motivo por el que otorgó el testamento, etc.

Una vez tomada esta declaración, el juez declarará la validez del testamento, si concuerdan los dichos de los testigos.

Si algún testigo hubiere muerto o estuviere ausente, se tomará la declaración con los que queden, siempre que no sean menos de tres.

Si están fuera del lugar los testigos se examinarán por exhorto (artículo 1578).

#### D) COMENTARIO PERSONAL

Como anteriormente expresamos, creo que es conveniente la existencia de una forma de testar para aquellos casos de emergencia, en los cuales no es posible acudir ante notario para otorgar testamento en forma ordinaria. Desde el derecho romano, se reguló una manera de testar para estos casos de emergencia, creando el testamento "per aes et libram", que era permitido cuando el testador no podía testar "calatis comitis" y que fue de alguna forma el antecedente de nuestro testamento privado.

En las legislaciones de todos los países latinos que tienen su fuente de inspiración en el derecho romano, están previstas formas especiales de testar.

Nuestro Código Civil regula actualmente cuatro formas de testamentos especiales.

De la misma forma que propusimos anteriormente la conveniencia de unificar la forma del testamento ordinario, creo que sería adecuado que se regulara una sola forma de testamento especial para todos los casos de excepción para todos los casos de urgencia.

Creo que no es necesario establecer reglas especiales para cada caso en concreto, como sucede en el testamento militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Los casos previstos para el otorgamiento de estos últimos testamentos son al fin y al cabo casos excepcionales, que deberían estar regulados dentro de un testamento privado único, siendo innecesario establecer reglas especiales para cada uno de ellos.

En el testamento privado sí es indispensable la presencia de testigos, ya que no será otorgado ante fedatario público alguno, por tanto, serán los testigos quienes comparezcan ante el juez a declarar lo que vieron y oyeron en el momento de manifestar el testador su última voluntad.



El testador debe escribir su última voluntad y, en caso de no poder hacerlo, lo hará uno de los testigos a su ruego de acuerdo con lo establecido por el artículo 1567 del Código Civil.

El artículo 1567 establece que no será necesario redactar por escrito el testamento si ninguno de los testigos sabe escribir y en casos de suma urgencia.

No me parece conveniente esta excepción, creo que debe exigirse siempre la obligación de redactar por escrito la última voluntad del testador para evitar posteriormente confusiones y contradicciones entre los testigos al declarar ante el juez, y para que sea el testamento lo más apegado posible a la voluntad del testador, y no sufra alteraciones posteriores.

El testador debe manifestar a los testigos su voluntad de otorgar testamento y debe proceder a escribirlo él mismo de su puño y letra, o por medios mecánicos y firmarlo junto con los testigos. Sólo en caso de que no pueda o no sepa escribir, debería seguirse un procedimiento similar al del testamento público abierto, en el sentido de que el testador manifieste a los testigos de una manera clara y terminante su voluntad, que uno de ellos redactará por escrito, y una vez hecho esto, lo leerá al testador para que manifieste si está de acuerdo o no, y en caso de estarlo, se proceda a firmarlo.

En caso de que el testador no pueda o no sepa firmar, firmará por él otra persona, debiendo imprimir su huella digital.

Los artículos 1568 y 1569 establecen que "en casos de suma urgencia" no será necesario escribir el testamento, y será válido con la presencia de tres testigos únicamente.

Creo que sería conveniente establecer sólo una regla general para todos los casos, ya que el determinar dicha urgencia es una apreciación que puede ser distinta en cada persona, y además quien va a decidir a fin de cuentas si hubo o no tal urgencia, será el juez al declarar la validez del testamento.

Es un poco ambiguo el establecer ciertos requisitos en caso de urgencia y cuando dicha urgencia se hace "suma" exigir otros requisitos distintos, peligrando la validez del testamento en caso de no haberse reunido tales requisitos, por lo que creo que sería conveniente establecer como regla única para todos los casos la necesidad de redactar por escrito el testamento, ya que el propio testador, ya por otra persona a su ruego y exigir para todos los casos la presencia de tres testigos idóneos.

Este testamento tiene su fundamento en una causa especial, que impide su otorgamiento ante notario, por lo cual, si desaparece esa causa que lo autorizó debe quedar sin efecto.

Ahora bien, los testigos son las personas que estuvieron presente en el momento en que el testador manifestó su voluntad, por lo tanto, son los únicos que saben qué dijo, cómo lo dijo, si estaba o no en su sano juicio, si estuvo o no coaccionado, etc., por ello, deben concurrir ante el juez a declarar todas estas circunstancias y a manifestar el contenido del testamento que debe coincidir con el escrito hecho por el propio testador, o uno de los testigos en su caso.

El juez debe tomar en cuenta todas estas declaraciones, y de acuerdo con el contenido de ellas, declarar o no la validez del testamento.

Es conveniente suprimir los testamentos orales y exigir forzosamente que sea escrito el testamento para evitar problemas posteriores, ya que puede ser que el testador fallezca a los tres días de otorgado el testamento o al día siguiente o bien después de dos años; y hasta entonces van a ser llamados los testigos a declarar, y es muy posible que no puedan decir con exactitud lo que el testador manifestó, por el olvido natural que con el transcurso del tiempo tiene la gente, y al no coincidir sus dichos, no será declarada la validez del testamento por el juez.

Sería también conveniente, establecer la obligación a cargo de los testigos que hubieren intervenido en el otorgamiento de un testamento privado de depositar el documento escrito que contenga

la última voluntad del testador a la brevedad posible, en el Archivo General de Notarías que corresponda al lugar en que hubiere sido otorgado el testamento, manifestando al encargado sus nombres, generales y domicilio en donde puedan ser notificados, para que se presenten, llegado el momento, a hacer la declaración a que se refiere el artículo 1574 del Código Civil.

El encargado de dicho archivo deberá de conservar el testamento bajo su responsabilidad y dar aviso respectivo al Registro Federal de Testamentos.

En caso de haber sido otorgado el testamento a bordo de alguna aeronave o embarcación mexicana, se debería entregar el testamento a la autoridad judicial del lugar en donde hubiere arribado dicha aeronave o embarcación, quien les tomará en ese momento a los testigos la declaración a que se refiere el artículo 1574 del Código Civil y remitirá el testamento, así como la referida declaración al Archivo General de Notarías que corresponda a dicho lugar para que los conserve bajo su responsabilidad y de el aviso respectivo al Registro Federal de Testamentos.

Si la aeronave o embarcación arribaren en territorio extranjero, los testigos deben proceder a hacer la entrega del documento escrito que contiene la última voluntad del testador, así como a hacer la declaración a que se refiere el artículo 1574 del Código Civil, ante los jefes de la misión diplomática y de

representación consular correspondiente al lugar en donde hubiere arribado para que procedan en los términos anteriormente expuestos y remitan el testamento y la declaración al archivo general de notarías por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Por último, al enterarse los testigos de la muerte del testador deben dar aviso al juez competente para que éste mande publicar la muerte del testador.

## 2. TESTAMENTO MILITAR

### A) CONCEPTUACIÓN

"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 resulta herido en el campo de batalla<sup>24</sup>".

El testamento del militar existe como una especie de privilegio a este tipo de personas en virtud del riesgo y el peligro que representa la campaña, y a la imposibilidad de cumplir con las formalidades de los testamentos ordinarios, ante dichas circunstancias.

---

<sup>24</sup> OP. CIT. MARTÍNEZ VILLALBA p. 383.

Este testamento tiene su origen en el derecho romano en el que existía el testamento "in procintu" que era el estado del militar próximo a combatir.

Esta regulación la recogió también el fuero juzgo, que hablaba de "caballeros en hueste".

Actualmente existe este tipo de testamentos en distintas legislaciones, como la mexicana, italiana, argentina, etc.

En nuestro derecho no basta con ser militar o asimilado para otorgar testamento militar, sino que se necesita además entrar en acción de guerra o estar herido en el campo de batalla o ser prisionero de guerra.

#### B) DINÁMICA PARA OTORGARLO

El testador debe declarar su voluntad ante dos testigos o bien entregar a los mismos el pliego cerrado que contenga su última voluntad firmada de su puño y letra (artículo 1579). Entonces, puede también otorgarse este testamento oralmente o por escrito.

Si el testamento fue otorgado por escrito, debe ser entregado a la muerte del testador al jefe de la corporación, quién lo remitirá al ministerio de guerra (hoy Secretaría de la Defensa Nacional), y ésta a su vez, lo remita al juez competente.

Si fue otorgado de palabra, se instruirá de esto al jefe de la corporación y éste lo hará saber al ministerio de la guerra ( hoy Secretaría de la Defensa Nacional), quién a su vez dará parte a la autoridad judicial para que proceda el juez a tomar la declaración de los testigos a que se refiere el testamento privado.

Este testamento requiere también ser declarado válido por el juez ante quien se trámite la sucesión.

#### C) COMENTARIO PERSONAL

El testamento militar, es otra forma especial de testamento, que se estableció en sus orígenes como una especie de privilegio para los soldados que continuamente se encontraban en guerra y por los mismos, no tenían oportunidad de hacer testamento mediante alguna de las formas ordinarias.

Esto era muy lógico en tiempos del derecho romano en que estaba continuamente en guerra aquel pueblo o en el momento en que fueron expedidos nuestros códigos civiles de 1870, de 1884 y de 1928, ya que era una época de constantes levantamientos y rebeliones que justificaban su existencia.

En la actualidad, creo que no tiene gran aplicación este testamento, y además, después de todo, las situaciones previstas en el Código Civil para otorgar testamento militar son casos de

excepción para otorgar testamento ordinario, que bien podían quedar comprendidas dentro del testamento privado como testamento especial único, para no dar reglas y formalidades especiales para cada caso especial en concreto.

En todo caso, lo que sería buena medida es exigirle a los militares que antes de ingresar al ejército, otorgaran forzosamente testamento en forma ordinaria a fin de evitar estos problemas, y en vista del alto grado de riesgo que implica el ser militar.

El artículo 1579 del Código Civil, establece los casos en que se puede otorgar testamento militar y creo que se presta a ciertas confusiones; como es el determinar qué es un asimilado del ejército o bien qué clase de testamento se debe otorgar cuando un militar o asimilado del ejército se encuentre prisionero de guerra, ya que esta situación está prevista en el artículo 1565 fracción IV, al regular el testamento privado y también en el artículo 1580, al regular el testamento militar; problemas que se presentan por establecer un tipo distinto de testamento para cada caso de excepción.

El testamento militar, igual que el testamento privado puede ser otorgado en forma oral o en forma escrita, pero a diferencia de este, establece el Código Civil reglas distintas para ambos casos.



El artículo 1581 de dicho ordenamiento manifiesta que si el testamento es escrito, debe ser entregado luego que muera el testador, al jefe de la corporación quién lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional y esta a su vez al juez competente.

El artículo 1582 manifiesta, que si fuere oral el testamento, los testigos instruirán al jefe de la corporación quién dará parte a la Secretaría y esta a la autoridad judicial, agrega este artículo que se deberá proceder en los términos del testamento privado; es decir, a tomarles la declaración a que se refiere el artículo 1574 y en base a ello, declarar o no la validez del testamento.

De acuerdo con la redacción del artículo 1581 parece decir, que si es otorgado en forma escrita no se necesita este último requisito.

Es el Código de Procedimientos Civiles, en sus artículos 888 y 889, el que nos indica que en dicho caso se debe proceder también a citar a los testigos para que declaren.

Creo que debió el Código Civil, regular los dos casos previstos de la misma forma y no establecer reglas distintas que el Código de Procedimientos Civiles acaba unificando.

Por lo anterior, sería conveniente suprimir el testamento militar y en caso de que los militares o asimilados del ejército quisieran otorgar testamento en los casos a que se refieren los artículos 1579 y 1580, lo hicieran sujetándose a las reglas del testamento privado.

### 3. TESTAMENTO MARÍTIMO

#### A) CONCEPTUACION

Los que se encuentran en alta mar a bordo de navíos de la marina nacional, de guerra o mercante, pueden otorgar esta clase de testamento, que será escrito en presencia de dos testigos y del capitán de la nave y leído, datado y firmado como en el caso del testamento público abierto, pero siempre deberán firmar el capitán y dos testigos<sup>25</sup>.

El antecedente de este testamento lo tenemos en los códigos de castilla. Era una concesión que se les daba a los soldados que operaban en el mar.

El testamento marítimo, podría ser otorgado por los marinos que se encontraban en altamar, y en estos términos está redactado actualmente en nuestro código; es decir, que no es suficiente

---

<sup>25</sup> OP. CIT. DE PINA, P. 390.

encontrarse en la embarcación, sino que es requisito que ésta se encuentre en alta mar.

Actualmente, según el artículo 1583 y siguientes de nuestro Código Civil, puede ser otorgado este tipo de testamento por cualquier persona que se encuentre en alta mar en una embarcación, no tienen que estar al servicio de la fuerza naval, ni estar forzosamente en un barco de guerra, sino que puede ser un barco mercante.

#### B) DINÁMICA PARA OTORGARLO

Establece en primer término el Código Civil en su artículo 1584, que debe ser hecho por escrito.

En este tipo de testamentos se acepta que el testador manifieste oralmente a los testigos su última voluntad, sin redactar aquél o estos un documento escrito.

El artículo 1584 establece que el testamento "será escrito" en presencia de dos testigos y del capitán del barco y será leído, datado y firmado en los términos establecidos para el testamento público abierto.

Si el que va a hacer su testamento es el capitán, hará sus veces, quien le suceda en el mando.

Debe hacerse por duplicado y debe conservarse entre los papeles más importantes de la embarcación y se hará mención en el diario de la misma (artículo 1586).

Ahora bien, si el buque arriba a un puerto en el que haya agente diplomático, cónsul, vicecónsul mexicanos, el capitán depositará en su poder uno de los ejemplares, con una copia de la nota que debe constar en el diario y al llegar a territorio mexicano, se entregará el otro ejemplar o ambos, si no se llegó a ningún lugar en que hubiera cónsul, a la autoridad marítima del lugar.

El capitán exigirá recibo de entrega y los citará en el diario por nota.

Los cónsules, diplomáticos o autoridades marítimas remitirán el testamento a la Secretaría de Relaciones Exteriores, quién hará publicar en los periódicos la noticia de la muerte del testador para que los interesados tramiten la sucesión (artículo 1590).

Sólo produce sus efectos este testamento, falleciendo el testador en el mar o dentro de un mes contado desde que desembarque en algún lugar donde haya podido ratificar u otorgar un nuevo testamento (artículo 1591).

También debe ser declarado válido por el juez este testamento.

### C) COMENTARIO PERSONAL.

Creo que tampoco hay razón para otorgar reglas especiales para este tipo de testamentos, que podría quedar subsumido dentro del testamento privado, único para casos de emergencia.

El primer problema con que nos encontramos en el testamento marítimo, es determinar qué vamos a entender por alta mar.

La conferencia de ginebra celebrada en 1958, en su artículo primero, establece que debemos entender por alta mar, la parte del mar que se inicia a partir del límite exterior del mar territorial. Este mar territorial abarca un espacio de 12 millas, contadas a partir de baja mar, o si tiene muchas sinuosidades la costa, a partir de una línea de base media.

De acuerdo con la tercera conferencia de derecho marítimo (conocida como tercera confemar), celebrada de 1973 a 1982, la cual no ha sido ratificada por todos los países, se estableció que alta mar empieza a partir del límite exterior de la zona económica exclusiva y que no abarca las aguas archipelágicas, ni tampoco los fondos marinos.

Ahora bien, esa zona económica exclusiva, según esta conferencia, abarca un espacio de 200 millas marinas, contadas a partir de la misma línea de base media o la línea de baja mar en su

caso.

El artículo 27 constitucional, reconoce que existe tal zona económica exclusiva, que se extiende 200 millas náuticas, contadas a partir de la línea de base desde la que se mide el mar territorial.

El Código Civil fue expedido en 1928, cuando no se habían celebrado aún dichas conferencias, con lo que se crea un conflicto de determinar a partir de donde puede otorgarse este testamento. Además, no veo razón de que sólo pueda otorgarse testamento marítimo encontrándose la embarcación en alta mar. El mismo peligro hay de que pueda morir una persona en alta mar o encontrándose aún dentro del mar territorial.

Por otro lado, creo que no hay razón para exigir que el testamento sea escrito forzosamente si se encuentra el testador en alta mar y más aún, redactado por duplicado, y si está en tierra firme puede ser oral. En todos los demás testamentos especiales permite el legislador que exista testamento oral, menos cuando se este en alta mar.

No encuentro fundamento lógico para la exigencia de este requisito tomando en cuenta, además, que es más difícil conseguir alguna pluma o instrumento para escribir y un papel en alta mar que en tierra firme.

Tampoco encuentro un fundamento lógico para exigir en el testamento privado la presencia de cinco testigos y en marítimo y militar dos; debería ser uniforme.

Conforme esta regulado el testamento marítimo, creo que el legislador estaba pensando en una embarcación grande y muy bien organizada, ya que exige la concurrencia del capitán del barco o de quién lo suceda en el mando, lo cual hace pensar en una organización interna del barco; establece que debe existir un diario de la embarcación, etc., de modo que si se trata de una pequeña embarcación en la que no hay ningún capitán, ni hay diario, no puede hacerse testamento marítimo aunque estén en alta mar.

Creo que en su momento tenía explicación la existencia de este testamento ya que antiguamente los marinos emprendían largas travesías en el mar, y las embarcaciones no eran tan seguras como nuestros modernos barcos y además, eran víctimas de constantes ataques de barcos piratas; por lo que representaba un alto índice de peligro hacer travesías por mar.

En la actualidad, creo que ya no tiene razón de ser la regulación específica de este testamento, ya que las circunstancias han cambiado y el derecho debe de ir evolucionando como lo hace el hombre.

Es también la razón por la cual al legislador de 1928 no se le ocurrió regular un testamento hecho en aeronaves o en naves espaciales.

Ahora bien, en todos los testamentos especiales tiene que cubrirse un requisito muy importante, que es la declaración de validez por parte del juez del testamento otorgado.

El juez tiene que escuchar la declaración de los testigos que intervinieron en el testamento, a fin de determinar si el testador estaba en su cabal juicio, o si estaba o no coaccionado, si se reunieron los requisitos señalados por la ley para otorgar este tipo de testamento, etc.

En el testamento privado está regulado tal requisito en los artículos 1572 a 1578 del Código Civil; en el testamento militar también está previsto al remitir el artículo 1582 al testamento privado y en los artículos 888 y 889 del Código de Procedimientos Civiles, pero en el testamento marítimo no se exige la comparecencia de los testigos para declarar ante el juez, solamente se establece la obligación a cargo de los agentes diplomáticos, cónsules, vicecónsules, o en su caso la autoridad marítima del lugar donde arribe la embarcación de entregar el o los ejemplares del testamento a la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que dicha Secretaría publique la muerte del testador y los interesados tramiten la sucesión.



El artículo 890 del Código de Procedimientos Cíviles tampoco exige la comparecencia de los testigos a declarar, lo que me parece un gran error.

Creo que este tipo de testamentos también debería de desaparecer y regularse los testamentos otorgados en alta mar por las disposiciones del testamento privado, como testamento especial único.

#### 4. TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO

##### A) CONCEPTUACION

El artículo 1593 del Código Civil, establece que los testamentos hechos en país extranjero producirán efectos en el Distrito Federal, cuando se haya formulado de acuerdo con las leyes del país en donde se otorgaron (artículo 1593).

Los secretarios de legación, cónsules y vicecónsules mexicanos podrán hacer las veces de notario de los nacionales que estén en el extranjero para los efectos de otorgar testamento que vaya a surtir efecto en el Distrito Federal (artículo 1594).

Estos funcionarios remitirán copia autorizada de los testamentos que se hubieren otorgado ante ellos a la Secretaría de

Relaciones Exteriores, para que lo publiquen en los periódicos como está estipulado para el testamento marítimo.

Si ante estos funcionarios se otorgó el testamento ológrafo, dicho funcionario lo deberá remitir al encargado del archivo de notarías por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores (artículo 1596).

Si es confiado el testamento a la guarda del Secretario de Legación, Cónsul o Vicecónsul, hará mención de dicha circunstancia y dará recibo de la entrega.

El papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante los agentes diplomáticos o consulares, llevará el sello de la legación o consulado respectivo.

#### B) COMENTARIO PERSONAL

El testamento hecho en país extranjero no necesita un capítulo especial para ser regulado.

Este capítulo contempla dos situaciones: que el testamento sea otorgado en el extranjero de acuerdo con las leyes del país en que se encuentra el testador, en cuyo caso, el testamento debe reunir las formalidades establecidas en dicho país para su otorgamiento y la otra situación prevista en dicho capítulo es que el testador

otorgue su testamento en país extranjero, pero sujetándose a las formas prescritas por las leyes mexicanas ante los jefes de misión diplomática y representación consular.

Estas dos situaciones no era necesario regularlas en el artículo 1593 y siguientes del Código Civil en cuanto a testamentos, ya que se encuentra previsto en el artículo 13, fracción IV del citado ordenamiento como regla general para todos los actos jurídicos.

El Código Civil en su artículo 13, fracción IV adopta la fórmula tradicional aplicable desde los postglosadores a la forma de los actos, que es el "locus regitactum". Es justificable que en materia de forma, los actos jurídicos, adopten la del país de su celebración, ya que si encuentran en el extranjero, es explicable que las personas no sepan ciertamente que forma es la que exige su ley nacional, y esto obstaculizaría la celebración de actos en el extranjero.

Entonces, dicho artículo permite la aplicación extraterritorial de la norma jurídica extranjera en materia de forma, y esta aplicación del derecho extranjero tiene ciertos inconvenientes, como es la certificación de vigencia, de traducción, de prueba, etc.

El mismo artículo 13, fracción IV del Código Civil, establece que los interesados puedan prescindir del derecho extranjero al celebrar un acto jurídico que vaya a surtir efectos en la República Mexicana o exclusivamente en el Distrito Federal, según sea materia federal o local. En estos supuestos deberán sujetarse a las reglas de forma que establece dicho Código, y de esta forma se adquiere la ventaja de no tener que invocar el derecho extranjero, sino el nacional, lo que les evitará la necesidad de probar el derecho extranjero con todas las desventajas que ello significa.

Los artículos 1595 a 1598 regulan la actividad de los Secretarios de Legación, Cónsules y Vicecónsules en caso de que ante ellos se otorgue testamento, la cual es igualmente innecesario en virtud de que la actuación de dichos funcionarios se encuentra igualmente regulada en el reglamento de la ley orgánica de la ley orgánica del servicio exterior mexicano.

Lo que debería hacerse en todo caso es adecuar las disposiciones de dicho reglamento a lo establecido por el Código Civil.

El artículo 98 de dicho reglamento, manifiesta que los jefes de misión diplomática y de representación consular tendrán funciones de notario público y estarán investidos de fe pública.

Establece dicho artículo que podrán autenticar y dar forma entre otros actos al otorgamiento de testamentos públicos abiertos, sujetándose en cuanto a su actuación a lo establecido por la ley del notariado para el Distrito Federal.

El mencionado artículo establece que dichos funcionarios pueden sólo otorgar testamento público abierto, lo cual es una contradicción con el Código Civil, ya que este Código no establece tal limitación y más aún, en su artículo 1596 establece el trámite a seguir en caso de ser otorgado ante dichos funcionarios testamento ológrafo.

El mencionado artículo 98, debería indicar que los jefes de representación consular y de misión diplomática pueden intervenir en el otorgamiento de testamentos, sujetándose a lo establecido por el Código Civil para el Distrito Federal y a la Ley del Notariado para el Distrito Federal; es decir, que realizarán la misma actividad que el notario, pero en el país en que radican pudiendo de este modo intervenir en la celebración de testamentos públicos abiertos.

Ahora bien, al quedar vinculados en su actuación a la ley del notariado tendrán obligación de dar los avisos a que se refiere el artículo 80 de dicha ley, de tal suerte que al terminar una sucesión y pedir informes de los testamentos otorgados en el extranjero ante los mencionados funcionarios.

### CAPITULO III.

#### INEFICACIA DEL TESTAMENTO

##### A) CASO ÚNICO DE NULIDAD ABSOLUTA

AB initio el dispositivo 8o del ordenamiento sustantivo civil para el Distrito Federal preceptúa que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en los que la ley disponga lo contrario. Por su parte el numeral 1830 del propio Código establece:

"Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

De lo anterior se colige que un testamento cuando se persiga un fin ilícito por el testamento, verbigratia cuando se diga por el testador que se destinen ciertos bienes para la práctica de la prostitución o el tráfico de drogas estará afectado de nulidad absoluta.

Cuando la ley civil sustantiva no contraviene esta regla genérica, consagrada por los artículos 8o. y 1830, sancionada por el dispositivo 2225 la nulidad será absoluta.

Luego entonces se requiere dispositivo expreso que derogue esta regla general y determine que un acto ilícito está afectado de nulidad relativa para que pueda confirmarse o ser prescriptible.

Prima facie, en el testamento no encontramos disposiciones especiales derogatorias de la regla general consagrada por los artículos 8o. y 1830, que sanciona con nulidad absoluta los actos realizados con contenido inmoral o delictuoso, por consiguiente, siempre que el fin que se proponga el testador sea ilícito o inmoral la sanción será la nulidad absoluta, sólo relativa cuando haya disposición expresa que así lo disponga o permita la convalidación<sup>26</sup>.

En consecuencia los perjudicados por un testamento con contenido ilícito o inmoral podrán invocar en todo momento su nulidad absoluta habida cuenta que la confirmación y la prescripción no pueden convalidar el acto.

Si el testador revocase su testamento y otorgase uno nuevo, en el que no incurriera en aquel contenido ilícito o inmoral, no se reputaría por ello convalidado mediante la ratificación, siendo indiscutiblemente una nueva disposición testamentaria.

El hecho de que la nulidad absoluta de un testamento pueda hacerse valer en cualquier momento, siendo los legitimados para

---

<sup>26</sup> CFB. Op. Cit. URIBE P.P. 199 a 204.

hacerlo los presuntos herederos legítimos, es decir, los parientes consanguíneos a quienes afecte el testamento o el ministerio público, como representante del interés social, el cónyuge o concubino superstite en su caso, o los instituidos en el testamento como causahabientes a título universal o a título particular no debe confundirse con la acción de petición de herencia, que prescribe en 10 años fatales.

Es entendible lógicamente que impugnen el testamento, ejercitando la acción de nulidad absoluta cuando la disposición testamentaria tiene un contenido ilícito o inmoral, pero debe hacerse antes de que transcurra el plazo de 10 años, es decir, antes de que prescriba la acción de petición de herencia, en vista de que la declaración que efectuará el órgano jurisdiccional no los beneficiaría, toda vez que el término para reclamar la herencia ha fenecido, en el último caso, quien saldría beneficiada con la acción de nulidad sería la beneficencia pública, es decir, la Secretaría de Salud, misma que asumiría la causahabencia en caso de prosperar la acción de nulidad absoluta del testamento, si no existieran parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o cónyuge o concubino superstite, que tienen derechos preferentes.

En consecuencia, la acción de nulidad absoluta del testamento debe intentarse antes de fenecer el término de 10 años fatales, en que prescribe la acción de petición de herencia.



El caso supradicho es el único de nulidad absoluta. Sin embargo, existe una controversia práctica y doctrinal, porque no existe uniformidad de criterio en autores, en la jurisprudencia, ni en la práctica jurisdiccional, ante la falta de claridad de la ley en la materia de testamento.

Debe intentarse antes de fonecer el termino de 10 años fatales, en que prescribe la acción de petición de herencia. El caso supra dicho es el único de nulidad absoluta. Sin embargo, existe una controversia practica y doctrinal porque no existe uniformidad de criterio en autores, en la jurisprudencia ni en la practica jurisdiccional, ante la falta de claridad de la ley en materia de testamentos.

Al respecto la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación; a sustentado la siguiente jurisprudencia:

**NULIDAD E INEXISTENCIA:** Sus diferencias son someramente teóricas. Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal emplea la expresión acto jurídico inexistente en le que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio Código le da a las inexistencias, es el de las nulidades según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950 fracción III,

2042, 2270, y 2779 on las que teóricamente se trata de inexistencias por falta de consentimiento originaria la inexistencia, pero también el Código las trata como nulidades.

En cuanto a la nulidad absoluta sus características son que el acto produce provisionalmente sus efectos los cuales son destruidos retroactivamente cuando el juez pronuncia la nulidad de conformidad con el artículo 2226 del Código de la materia; siempre se requiere una sentencia que resuelva que el acto es nulo, habida cuenta de que el acto esta produciendo provisionalmente sus efectos y estos son destruidos retroactivamente hasta que se emita la sentencia respectiva.

#### B) INEXISTENCIA

Para que un acto jurídico sea existente, debe contar con todos sus elementos esenciales y en el caso del testamento son:

- 1) La manifestación de voluntad, misma que como ha quedado asentada al principio del presente trabajo, es el elemento psicológico en el acto jurídico que se integra por el querer interno del sujeto, que es reconocido por el derecho una vez que se exterioriza , es decir, se emite la voluntad del individuo con el animo de producir consecuencias jurídicas, sancionadas por el orden legal.

- 2) El objeto, que como decíamos antes, puede consistir en la disposición de bienes para después de la muerte del testador o bien en el reconocimiento o cumplimiento de deberes, también para después de la muerte del mismo testador, lo que significa que el testamento no siempre implica, como suele considerarse, tener por contenido, una disposición de bienes, puesto que existe testamento, aun cuando no haya en el mismo dicha disposición patrimonial, sino única y exclusivamente el reconocimiento o el cumplimiento de un deber por lo que no debe parecernos extraño encontrar un testamento que no contenga institución de heredero o legatario sino únicamente y por citar un ejemplo, el reconocimiento de un hijo, esto dada la variedad del objeto del testamento.
- 3) Solemnidad, dada la regulación que nuestra legislación civil hace respecto de la institución que nos ocupa, el testamento merece el calificativo de solemne, toda vez que dicha solemnidad estriba en el cumplimiento u observación de algunos requisitos, tales como el que el testamento público abierto por ejemplo, debe ser otorgado ante determinado fedatario público, denominado notario o bien como en el caso del testamento marítimo, en el que se manifiesta la voluntad exteriorizada ante el capitán de la embarcación, requisito sin cuya observancia, el testamento no nacería a la vida jurídica, esto es, sería inexistente en virtud de carecer de la solemnidad prescrita para este tipo de actos.

Los dos elementos de existencia, es decir, la manifestación de voluntad y el objeto, son indispensables para la creación del testamento porque la falta de alguno de ellos necesariamente trae como consecuencia la inexistencia del acto, misma inexistencia de la que puede prevalecer todo interesado, no es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción y nunca produce efecto legal alguno, atento a lo dispuesto por el ordenamiento civil vigente que establece "...el acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que puede ser materia de él, no produciría efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado..." artículo 2224.

Bonnecase expresa que hay inexistencia cuando al acto jurídico le falta uno o varios de sus elementos orgánicos, o sea, los esenciales, los cuales son de dos especies, unos psicológicos que vicion a ser la manifestación de la voluntad del autor del acto, y el acuerdo de voluntades -consentimiento-. Los otros elementos del acto son materiales del acto jurídico que son: el objeto del acto jurídico, y en tal caso se le llama a otro la solemnidad.

El acto jurídico inexistente no produce ningún efecto jurídico, puede ser invocada su inexistencia por cualquier persona, no prescribe, no desaparece por ratificación o confirmación, de tal manera afirma Bonnecase que un acto jurídico reuniendo sus elementos orgánicos existe; en caso contrario es inexistente.

Lo propio sucede con el testamento.

### C) NULIDAD RELATIVA

#### 1) LA INCAPACIDAD DE EJERCICIO

La capacidad de ejercicio constituye un elemento de validez de todo acto jurídico, es decir, constituye un elemento de eficacia para que no se nulifique el testamento, para que no devenga en ineficaz.

De donde la incapacidad constituye, contrario sensu, una causa de invalidez que nos sitúa en la nulidad relativa del testamento, como sanción por presentarse este vicio consistente en la incapacidad del autor de la disposición testamentaria.

Obviamente descartamos que la carencia de capacidad de ejercicio en el testador produzca su inexistencia; el testamento existe desde luego jurídicamente. Y puede ser convalidado en forma retroactiva por la ratificación o puede prescribir la ineficacia que lo afecta. Esto desde el punto de vista de la posición que determina la aplicabilidad de la nulidad relativa cuando se presenta la incapacidad del autor de la disposición testamentaria.

Citamos el caso de la enajenación mental como una forma de incapacidad, sin embargo, cuando existen intervalos de lucidez sí

es posible, física, psíquica y jurídicamente, testar cuando se llenan los requisitos que el ordenamiento sustantivo civil consultado prevé para estos casos.

En cuanto a la edad, se dota de capacidad para otorgar testamento público abierto al mayor de 16 años, luego entonces, cuando el testamento es verificado por un sujeto incapaz, de acuerdo a los canones de la teoría de las nulidades, el acto estará afectado de nulidad relativa, consiguientemente la acción para invocar la nulidad, prescribirá en un tiempo determinado, el testamento será susceptible de ser ratificado y la nulidad exclusivamente puede invocarse a excitación del directamente perjudicado.

Lo anterior con fundamento en la doctrina francesa postulada principalmente por Bonnecase, adoptada por el Código Civil del Distrito Federal, puesto que es suficiente que el acto tenga sólo una característica de la nulidad relativa, aunque todas las demás sean privativas de la nulidad absoluta, para que se repunte como afectado de nulidad relativa.

Particularmente no hemos encontrado disposición alguna expresa en el ordenamiento civil sustantivo que prevea un término de prescripción para ejercitar la acción de nulidad de un testamento hecho en estado de incapacidad. Empero el dispositivo 2236 fija genéricamente un término prescriptivo en los casos en que el acto

jurídico lato sensu se ejecute por incapaz.

Parecería fácil la solución, bastaría con aplicar extensivamente dicha disposición al acto jurídico de testar; empero, la aplicación extensiva aludida acarrea serios problemas, toda vez que debe intentarse esta acción según los plazos señalados en el artículo 638.

El precitado dispositivo previene que la acción de nulidad debe intentarse en los mismos plazos en que debe hacerse valer la acción real o la personal que origine el acto jurídico.

Así, entratándose de ejercitar el pedimento de nulidad de un testamento otorgado por un incapaz, tomando en cuenta que la herencia es deducible por una acción real cuyo término de prescripción es de 10 años, es aplicable este término al término de prescripción de la acción de nulidad.

El gran problema se suscita al pretender aplicar este precepto 638 al acto jurídico de testar, puesto que lógicamente en el testamento se transmiten tanto derechos reales cuanto derechos personales entonces las soluciones serían cusuísticas y no podríamos aplicar los plazos, al menos esto es lo que consideramos en forma personal.

La postura que asevera que la nulidad es relativa se fundamenta en un precepto del ordenamiento adjetivo civil distrital que pregona que por virtud de las acciones reales se exigirán la herencia y los demás derechos reales, calificando entonces a la acción de petición de herencia como una acción de carácter real.

En estricto derecho consideramos no debe ser una acción real, pues la herencia supone tanto derechos reales cuanto personales; esto es lógico y jurídicamente verdadero y rompe con la tradición legalista adjetiva que reputa la acción para deducir la herencia como real.

En el presente caso el Código Adjetivo Civil para el Distrito Federal reputa como acción real la petición de herencia y se activa automáticamente el precepto 638, siendo la acción de nulidad en los casos de testamento otorgado por incapaz prescriptible en el mismo término en que prescribe la acción real de petición de herencia, es decir 10 años; por esta sola característica se concluye que el testamento hecho por incapaz está afectado sólo de nulidad relativa.

Por otra parte, se ha llegado a sustentar que en este primer caso de incapacidad como causa de ineficacia del testamento, la sanción no es la nulidad relativa sino la absoluta, con fundamento en que la acción es imprescriptible y porque el testamento emitido por un incapaz no es confirmable.



Esta postura considera que la característica privativa de la nulidad absoluta, consistente en su imprescriptibilidad no es aplicable a los testamentos, puesto que es exclusiva de la materia contractual, no obstante de que los testamentos son, claro esta, otro tipo del género acto jurídico, pero de diferente naturaleza que los contratos, por consiguiente, no tiene el testamento la misma naturaleza que un contrato, bastando la situación de que el testamento es una declaración unilateral de voluntad del testador y el contrato incumbe el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones.

En consecuencia, según esta postura en materia de testamentos, no es aplicable el artículo 638 del ordenamiento civil sustantivo para el Distrito Federal, que prevé que las acciones de nulidad prescriben en los mismos plazos en que prescriben las acciones reales o personales originadas por el acto jurídico respectivo.

El testamento implica una transmisión, a título universal o a título particular o ambas, de derechos, bienes u obligaciones, respecto de un patrimonio, por lo que puede incluir una mezcla de derechos reales y personales. Lo cual revela que el dispositivo precitado alude exclusivamente a contratos y obligaciones no a testamentos.

Recordemos que la herencia no es un derecho real, sino el hecho por el que se transmitirán, a la muerte del autor de la

disposición testamentaria, tanto derechos reales como personales.

Se debe tener presente que la acción para pedir la herencia es catalogada por el ordenamiento adjetivo, en su artículo 3, como de carácter real, habida cuenta de que por ella se reclaman la propiedad y la posesión de la masa hereditaria.

De lo anterior se concluye que el testamento hecho por incapaz no se convalida por el tiempo, ya que la ley atiende al momento en que se otorga el testamento para calificar la capacidad o incapacidad de su autor.

Tampoco es dable hablar de ratificación tácita si el testador no lo revoca o modifica al salir del estado de incapacidad, por haber cumplido la edad requerida para testar señalada por la ley o por haber sanado de su enajenación mental. Lo anterior con fundamento en el principio de que la ratificación convalida el acto retroactivamente, según el artículo 2235 del ordenamiento sustantivo civil vigente en el Distrito Federal, dispositivo que tampoco deviene aplicable al testamento.

En materia testamentaria, el termino de prescripción comienza a transcurrir hasta la muerte del testador, en materia de contratos desde que se perfeccionó el contrato.

Entonces, como no hay un término expreso de prescripción en materia testamentaria la acción de nulidad imprescriptible y por ende se trata de una nulidad absoluta.

No debemos confundir, establece esta postura sustentada por Rojina Villegas, el término en que prescribe la acción de petición de herencia con el término que, se insiste, no existe para deducir la acción de nulidad por otorgar un testamento siendo incapaz.

Inclusive, la acción de nulidad del testamento puede deducirse después de prescrita la acción de petición de herencia, es decir, después de 10 años de esa nulidad, por supuesto, se beneficiará la Secretaría de Salud.

Tampoco en materia de testamentos es dable la ratificación del acto, habida cuenta que ello implicaría la convalidación retroactiva, ratificar un acto no quiere decir volver a hacerlo, a otorgar nuevo testamento para que surta sus efectos, para que sea eficaz a partir de ese lapso, ratificarlo jurídicamente implica observar las formalidades omitidas o confirmarlo en el caso de vicios de la voluntad, para que el acto sea eficaz desde el tiempo en que se otorgó y no desde que se cumplimento el requisito que se pasó por alto.

A mayor abundamiento, asevera Rojina Villegas para fundamentar la posición de la operatividad de la nulidad absoluta en el

testamento otorgado por incapaz, la acción de nulidad puede invocarse por cualquier interesado, es decir, por toda persona, tal es el caso de los presuntos herederos legítimos no incluidos en el testamento otorgado por incapaz, los no instituidos como herederos ni legatarios, así como por la representación social, por el representante legal de la Secretaría de Salud e incluso por quienes sí fueron instituidos en el testamento, como herederos o legatarios.

Hasta aquí hemos vertido las dos posturas de nuestro derecho mexicano en materia de sucesiones, particularmente en materia de testamentos, que se han manejado con respecto al grado de ineficacia de los testamentos otorgados por los incapaces.

Estas mismas posturas se aplican para la solución de la determinación del grado de nulidad, cuando el testamento de que se trate, adolezca de algún vicio de la voluntad, tal como es el error y la intimidación.

A continuación pasaremos a enunciar estas causas de ineficacia del testamento, explicándolas bajo los lineamientos de las dos posturas extremas que hemos venido refiriendo y culminaremos nuestro análisis con nuestro comentario personal a fin de determinar con base lógica-jurídica, el núcleo del problema respecto a la solución de la ineficacia de los testamentos. Existen diversas tesis jurisprudenciales que corroboran lo antes

expuesto y que a continuación me permito transcribirlas:

TESTAMENTO, NULIDAD DEL, CUANDO EL OTORGANTE PADECE TRASTORNO MENTAL. PRUEBA. Para acreditar que existe un trastorno mental, es necesaria la prueba pericial de médicos especialistas en enfermedades mentales, por ser esta la adecuada y necesaria para demostrar la incapacidad mental de una persona, y no pretender justificarla mediante testigos.

Amparo Directo 7135/62.- Julio Chapa Flores.- 9 de Agosto de 1968.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Rafael Rojina Villegas.  
Vol. CXXXIV, 4a. parte, p. 58

TESTAMENTO. NULIDAD DEL CUANDO EL OTORGANTE PADECE TRASTORNO MENTAL. Para concluir que existe un trastorno mental, es necesario que este sea patente y notorio, o sea susceptible de ser conocido por cualquier persona, de manera que los actos del incapaz den la idea clara de una perturbación mental o de una carencia de facultades mentales.

Amparo Directo 7135/62.- Julio Chapa Flores.- 9 de Agosto de 1968.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente Rafael Rojina Villegas.  
Vol. CXXXIV, 4a. parte, P. 58

## 2) EL ERROR COMO CAUSA DE NULIDAD DEL TESTAMENTO

Constituye otro elemento de validez en todo acto jurídico la manifestación libre y cierta de la voluntad, es decir, sin vicios.

Si la manifestación unilateral de la voluntad del testador no es cierta, entramos al campo del error. Por regla el error no destruye la voluntad del testador, por lo que no es causa de inexistencia del testamento, solamente lo afecta de invalidez, esta regla general; sin embargo, existe la excepción en dos casos, en los que sí podemos hablar de inexistencia del testamento, es el caso de la enajenación mental absoluta y el de los infantes, habida cuenta de que carecen del elemento volitivo en el ámbito jurídico, por falta de conciencia suficiente y necesaria para atribuirles voluntad, según el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En materia de testamentos, la voluntad también se destruye por error obstativo, llamado impidiendo o destructivo de la voluntad, que recae sobre la identidad del objeto, cosa o motivo de la disposición testamentaria, o in negotio; que incide sobre la naturaleza jurídica del acto que se está otorgando.

El error de nulidad es aquel que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, que de haberse conocido hubiese impedido la celebración del acto jurídico.

Para efectos de la materia testamentaria, la legislación sustantiva del Distrito Federal alude exclusivamente al dolo y a la violencia, siendo omisa en cuanto al error, pero menciona la causa errónea, cuando es la única determinante de la voluntad del testador.

Lo anterior con fundamento en el artículo 1301 del ordenamiento civil sustantivo para el Distrito Federal, que establece que las transmisiones efectuadas a título universal o particular por una causa errónea, que se exprese en el testamento y que sea la causa impulsiva y única que determinó la voluntad del testador, quedarán sin efecto jurídico alguno, es decir, serán nulas.

De lo anterior se colige que dos son los requisitos sine qua non para que el error produzca la nulidad del testamento: aparecer ad literam en el testamento y que sea el único que determinó el acto volitivo del testador, verbigratia, instituyo como mi único y universal heredero a mi hermano, porque mi esposa ha fallecido y supervenientemente se comprueba que en realidad no falleció.

Sin embargo, si el testador instituyo al hermano por esa causa, pero no la declaró expresamente en el testamento, aunque a posteriori se trate de acreditar, por los medios probatorios conducentes, que el testador estuvo en ese error y que bajo el mismo instituyo como causahabiente a título universal a su hermano

y no a su esposa, la causa no fue plasmada en el testamento y aunque en realidad haya constituido el móvil determinante de su voluntad, no dará lugar a la nulidad del mismo.

Operatividad muy diferente se presenta con el error en materia contractual, si bien es cierto que el error puede recaer en el motivo determinante de la voluntad del contratante que se puede consignar en el contrato o bien demostrar por las circunstancias en que se celebró, en ambas hipótesis tal contrato será nulo.

En cuanto al error de derecho, contemplado en materia de contratos, el artículo 1859 hace un reenvío a la materia de testamentos.

El testamento es precisamente, otro acto jurídico más, y quien testa puede sufrir un error de jure, verbigratia, al instituir heredera a la sobrina, porque según la ley, el testador cree que la esposa no puede heredar, luego entonces, el acto estará afectado de nulidad y volvemos a la controversia expuesta en la primera parte de este capítulo, en cuanto a determinar qué tipo de nulidad se va a atribuir a un testamento otorgado bajo error.

En obvio de repeticiones remitimos al lector a los argumentos que fundamentan la nulidad relativa y a los argumentos que sustentan la postura de la nulidad absoluta, reservando para momento posterior, luego de enunciar y estudiar los otros vicios de



la voluntad, nuestro comentario personal a este respecto.

#### D) EL DOLO COMO CAUSA INMEDIATA DE INEFICACIA

El concepto de dolo que nos proporciona el legislador lo encontramos en el artículo 1815 del ordenamiento sustantivo civil para el Distrito Federal que a su letra dice:

"Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en el a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez reconocido".

El dolo es un concepto propio de la materia contractual, pero asimilable a los testamentos, con fundamento en el artículo 1859, que establece que las disposiciones de los contratos son aplicables a los convenios y a otros actos jurídicos, en tanto que no contrarié la naturaleza de los mismos.

En ambas materias, tanto en la contractual como en la testamentaria, se alude al dolo como causa que conduce o mantiene en el error como vicio de la voluntad, siempre que recaiga en el motivo determinante de la voluntad.

La definición legal de dolo es correcta, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en el a

alguno de los contratantes, pues esta inspirada en la concepción romana: *omnis calliditas, fallatia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipieun dum alterum adhibita de labeon.*

Es necesario distinguir que existe dolo accidental y dolo principal, así como también existe diferencia entre el dolo malo y el dolo bueno; este último consiste en una pequeña astucia llamada *sollertia*, que solamente exagera las cualidades o el valor de una cosa y no tiene trascendencia jurídica en cuanto a la validez del acto, ya que solo engendra un error indiferente. El dolo malo es el que tiene efectos jurídicos para la validez del contrato y, por supuesto del testamento.

Del dolo bueno hay que tener presente que no afecta la validez del contrato ni del testamento.

En cuanto al dolo principal es prudente tener presente que es el que recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad del testador, cuando induce a este a instituir como causahabiente a una persona que de no existir el error no la hubiera instituido, existiendo por ello el consiguiente error vicio o error de nulidad.

Por otra parte, el dolo incidental recae sobre otros aspectos o circunstancias que hacen a una persona testar a favor de otra u otras, pero que de haberse conocido el error de todas maneras las hubiese instituido como causahabientes o beneficiarios en su última

disposición. Este es un error indiferente, que no invalida el testamento, porque no vicia la voluntad en cuanto a su motivo determinante.

Por otra parte, se habla también de la mala fe como causa para mantener en el error vicio de la voluntad. La mala fe consiste en la disimulación del error.

Finalmente en materia testamentaria, el dolo quedará entendido como cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en el al testador, en consecuencia, la voluntad se viciará por el dolo cuando este induzca a error y este error sea determinante de la voluntad del autor del testamento.

A efecto de determinar el grado de la nulidad que le correspondería al acto jurídico testamentario, entramos al mismo controvertido problema de calificar al testamento como afectado de nulidad relativa o de nulidad absoluta, reproduciendo en este apartado las mismas consideraciones vertidas al inicio de este capítulo, que contiene los argumentos de las dos posturas opuestas, reservandonos nuestro comentario para el final del presente capítulo.

#### **E) LA VIOLENCIA COMO CAUSA DE INEFICACIA DEL TESTAMENTO**

De conformidad con la distinción romana hay violencia física

o vis ablativa o absoluta cuando se emplea la fuerza física o algún agente material que prive de voluntad al testador en el acto de otorgar su testamento como llevarle la mano para que escriba (cuando es ológrafo o privado) o bien moverlo a través del hipnotismo o de la embriaguez. En estos supuestos no hay voluntad y, por lo tanto, el testamento otorgado así estará afectado, sin lugar a dudas, de inexistencia.

Hay violencia moral o propiamente intimidación o miedo cuando por medio de amenaza o de fuerza física se coloca al testador en esa disyuntiva: aceptar en ese momento un mal presente o inminente para el o para personas muy allegadas al mismo o bien testar a favor de persona determinada. A esta violencia la llamaban los romanos vis compulsiva; en virtud de ella no se suprime la voluntad, sino solamente se le vicia, orillándola a que prefiera una cosa a la otra qui mavult vult o coactas voluntas est voluntas.

Como requisito para que la violencia constituya un vicio de la voluntad es necesario que sea ilegítima o contraria a derecho, es decir, antijurídica, pero además es preciso que exista relación directa entre la violencia y el beneficio que obtiene, bajo esa "amenaza", por efecto del testamento.

La violencia debe importar el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del testador, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o de sus

parientes colaterales dentro del segundo grado, siendo esta enumeración simplemente ejemplificativa y no exhaustiva o limitativa pues no se explica la limitación del parentesco colateral hasta el segundo grado si esto fuera así.

Particularmente el proyecto de código de 1928 en su artículo 2142 consideraba que había intimidación como vicio del consentimiento cuando se ejercía violencia o amenazas sobre parientes colaterales hasta el cuarto grado, a diferencia del Código de 1884 que no consideraba para este efecto a los colaterales y tal innovación fue restringida en el texto definitivo del precepto 1819 que incluye solo hasta los colaterales dentro del segundo grado, por recomendación de la barra mexicana de abogados, elaborada por Manuel Borja Soriano e Ismael Palomino.

Por otra parte, en el aspecto subjetivo, se requiere que la amenaza sea de tal naturaleza que pueda impresionar a una persona razonable. No se reputa como violencia el simple temor reverencial de desagradar a las personas a las que se debe sumisión y respeto, tal estado de ánimo no vicia la voluntad del testador ni es causa de nulidad del testamento.

La nulidad que se gesta por razón de la violencia, como vicio de la voluntad y como pábulo de ineficacia del acto jurídico en general, es relativa.

Hay violencia, referida en general a los actos jurídicos, con fundamento en el precepto 1819, cuando se emplea la fuerza física o las amenazas a que hemos hecho alusión.

En materia de testamentos hay una mayor amplitud de protección, pues no se limita, en el parentesco consanguíneo en línea colateral, hasta cierto grado; entratándose de parientes no hay ningún problema, pues se requiere prueba y se trata aquí de una presunción jure et de jure, admite como probado el hecho de la coacción sobre la voluntad del autor del acto jurídico, empero tratándose de no parientes tendrá que acreditarse que efectivamente se vició la voluntad del autor del acto jurídico. Dado el cariño, afecto, simpatía, etc., que existe entre el autor del testamento y aquella persona que pudo haber sufrido el daño.

La violencia como causa de ineficacia se encuentra definitivamente regulada en comparación con la materia contractual, ello se desprende del artículo 1485, que a la letra dice: "es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, contra la persona o bienes de su cónyuge, o de sus parientes".

El precepto contempla el caso de amenazas, es decir, el caso de violencia moral.

Sin embargo, debe tener cabida la aplicación integral del artículo 1819 a la materia de testamentos, ya que este artículo, propio de los contratos, es más amplio porque contempla la violencia física y la moral, por lo que debe entenderse complementaria del dispositivo 1485, que es aplicable solamente a la materia testamentaria.

Y volvemos a abordar el problema de la categoría de nulidad atribuida a un testamento otorgado bajo el imperio de la violencia.

En materia contractual no existe tal problemática en virtud de que con fundamento en el dispositivo 2228 del Código Sustantivo Civil del Distrito Federal, 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, producen nulidad relativa del mismo.

En materia de testamento, si existe una laguna legislativa, porque no hay precepto expreso que pueda resolver la problemática.

El artículo 2237 alude a la prescripción en la acción de la nulidad basada en la violencia pero refiriéndose expresamente a los contratos, siendo el término de seis meses a partir del instante en que cese tal situación.

El supradicho dispositivo deviene inaplicable en materia de testamentos, ya que el testador no necesita, cuando cesa la violencia, ejercitar una acción de nulidad relativa, basta con revocar su testamento, bien revocándolo expresamente o haciendo uno nuevo, quedando entonces sin aplicabilidad el término prescriptorio al tenor del artículo 2237 del Código de la materia.

Sin embargo, sí tiene sentido el término de prescripción para invocar la nulidad del testamento otorgado por violencia, pero únicamente para todos aquellos que tengan interés jurídico en nulificar el acto testamentario a partir de la muerte del autor de la disposición, pero el término de seis meses que consigna el precepto 2237 no podremos aplicarlo al testamento viciado con violencia, porque es exclusivo de los contratos y porque se empieza a computar desde el instante en que cesa la violencia.

En el caso de testamento otorgado por violencia hay nulidad relativa pues no obstante que no hay artículo que contemple el término de prescripción para invocar la acción respectiva, se debe estar al término general de 10 años que es el término general de prescripción negativa, siempre que el legislador no señale un término menor.

Pero la tesis que sustenta la nulidad absoluta del testamento encuentra mejores fundamentos que en los casos de incapacidad o error, habida cuenta de que para el caso de violencia no hay



término específico para la prescripción por lo que se tendría que considerar que no existe un término para invocar la nulidad en el caso de violencia.

En consecuencia, el testamento estaría afectado de nulidad absoluta, porque la acción es imprescriptible, no puede desaparecer por confirmación ni ratificación del acto y se invocaría por cualquier interesado.

A mayor abundamiento, el artículo 1486 no concede la posibilidad de ratificar el acto, como se desprende del texto que se transcribe a continuación:

Aparentemente el precepto en comento alude a la revalidación, pero se exigen todas las formalidades de un nuevo testamento y como dicha revalidación no surtirá sus consecuencias a partir del momento que se haga sino desde que fallezca el testador, no hay en puridad jurídica ratificación con efecto retroactivo.

## F) FALTA DE FORMA COMO CAUSA DE INEFICACIA

El testamento es una especie de acto jurídico solemne. Cada tipo de testamento, a que hemos hecho alusión en el capítulo segundo de esta tesis, requiere una forma legal cuya omisión aparejaría la ineficacia del testamento.

En la actualidad, el formalismo en los actos jurídicos obedece al interés público de evitar litigios, dotar de precisión a las obligaciones asumidas en general en todo tipo de actos jurídicos y dar seguridad a ciertos bienes de mayor importancia e inducir a una mayor reflexión a las partes contratantes o al testador.

La regla general es que la manifestación de la voluntad del testador conste por escrito, excepción hecha del testamento consensual, es decir de la emisión del testamento otorgado en forma verbal ante testigos.

Ha quedado establecido en el capítulo segundo de este trabajo, que los testamentos se clasifican en ordinarios y especiales. Los ordinarios son, el público abierto, en el que la formalidad consiste en emitir unilateralmente la voluntad ante la presencia del fedatario público (notario), para que conste en escritura pública; el público cerrado, en el que la emisión volitiva consta en documento privado, redactado por el testador y firmado de su puño y letra, entregándolo en sobre cerrado al notario ante

testigos, para que este haga constar que dicho sobre contiene la disposición testamentaria. Y finalmente el testamento ológrafo, hecho de puño y letra del testador, contenido en un sobre cerrado que se deposita ante el director del Archivo General de Notarías, quien hace constar que dicho sobre contiene tal disposición testamentaria.

Por otra parte, los testamentos especiales son el privado, militar, marítimo y el hecho en país extranjero; también son formales, es necesario que la voluntad del autor de la disposición conste en el documento, excepto en el privado y el militar en casos urgentes, pues basta entonces la emisión volitiva verbal ante testigos.

Con fundamento en el dispositivo sustantivo civil para el Distrito Federal (artículo 1491) el testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley, pero es omiso en calificar el grado de nulidad.

En materia de actos jurídicos en general la falta de forma origina la nulidad relativa y en materia contractual se subsana el contrato otorgándole la formalidad omitida o, si así procede, mediante el cumplimiento de las obligaciones contraídas, lo que equivale a la confirmación o ratificación que el acto expresa o tácita.

Sin embargo, estas reglas no son aplicables a los testamentos, pues no es dable la confirmación en materia testamentaria; no hay revalidación retroactiva. Ahora bien, cuando se omite la formalidad que debe revestir el acto de otorgamiento de un testamento el mismo estará afectado de nulidad.

#### G) REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO

El testamento es un acto personalísimo revocable, de acuerdo al aforismo latino *voluntas hominis deambulatoria est usque ad mortem* o bien *voluntas testatoris este deambulatoria usque ad ultimun vitae spiritum*, que significa que la voluntad del testador es mutable hasta el último soplo de vida.

Además, con fundamento en el precepto 1493 del ordenamiento de la materia, la renuncia a la facultad de revocar el testamento es nula.

La revocación puede ser total o parcial, expresa cuando es enunciada por el mismo testador o tácita cuando se otorga un testamento posterior, y real cuando se destruye el testamento por su autor.

La revocación consiste en dejar sin efectos un testamento perfecto, válido y existente. La revocación se sujeta a los siguientes lineamientos:

Primero. La revocación produce efectos aunque el segundo testamento caduque por incapacidad o renuncia de los herederos o legatarios, con fundamento en el artículo 1495, que establece que la revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por la incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios nombrados.

Segunda. Basta la existencia de un testamento posterior válido para que se entiendan revocados los anteriores, de acuerdo a la máxima in testamentaria novissimae scriptum prevalent.

Tercera. El perdón que se otorga en el testamento no se entiende revocado, aún cuando el testamento revoque.

Cuarta. La misma regla se aplica al reconocimiento de un hijo extramatrimonial.

Quinta. También queda firme el reconocimiento de una deuda contraída por el testador aún cuando revoque el testamento.

Sexta. De conformidad con el precepto 1496, el testamento anterior recobrará no obstante su fuerza si el testador, revocando el posterior, declara ser su voluntad que el primero subsista. Lo anterior de acuerdo al aforismo

romano ut valeret prius testamentum expressum est.

Séptima. No puede revocarse el testamento por un acto menos solemne.

Octava. En cuanto a la revocación real, el testador puede destruir o inutilizar su testamento.

#### H) CADUCIDAD DEL TESTAMENTO

Se reputa caduco un testamento cuando siendo perfectamente válido y eficaz, pierde esta eficacia por causas exógenas a la voluntad del autor.

La etiología de la caducidad de los testamentos obedece a la esencia de las propias disposiciones testamentarias o por un acto volitivo de los causahabientes.

Consideramos que se da la caducidad de los testamentos:

Primera: Cuando el heredero renuncia.

Segunda: Cuando falla la condición suspensiva.

Tercera: Cuando el heredero se vuelve incapaz de heredar.

Cuarta: Por muerte del heredero antes de ser cumplida la condición suspensiva y aquí ningún derecho se transmite a sus herederos.

- Quinta: Por premerencia del instituido.
- Sexta: Por no practicarse actos que complementan disposiciones testamentarias verbigratia la protocolarización de la declaración de ser formal testamento.
- Séptima: La disposición fiduciaria.
- Octava: La disposición efectuada en favor del médico o de los parientes de este, si asistió al testador durante su última enfermedad. La misma situación será respecto al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo, a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos.
- Novena: La efectuada en favor del notario o testigos que intervinieron en el otorgamiento del testamento y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos.
- Décima: La hecha en favor de los ministros de los cultos los cuales no pueden ser herederos por testamento de los ministros de un mismo culto o de un particular con quién no tenga parentesco dentro del cuarto grado. La misma incapacidad tienen los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del ministro, respecto de las personas a quienes estos hayan prestado cualquier clase de auxilios espirituales durante la enfermedad de que hubiese fallecido o de quienes hayan sido directores espirituales de los mismos ministros.

Décima Primera: La hecha por el menor en favor de su tutor o de su curador, a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después puede la mayor edad de aquel estando ya aprobadas las cuentas tutelares, no comprende la incapacidad a los ascendientes o hermanos del menor, salvo el caso de violencia, error, dolo, fraude.

Décima Segunda: La hecha en favor de persona muerta o sobre cosa que no pueda identificarse, será nula a menos que a posteriori puedan resultar ciertas.

Décima Tercera: Las hechas en testamentos mancomunados, por comisario o en memorias secretas, pues están prohibidas estas maneras de testar<sup>27</sup>.

#### I) TESTAMENTO INOFICIOSO

Es aquel, con fundamento en el artículo 1374, en que no se deje la pensión alimenticia que debe dejar el testador a sus acreedores alimentarios, es decir, respecto de las personas a las cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte. Tal es el caso del cónyuge superstite.

Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente; a

---

<sup>27</sup> CFR. Op. Cit. URIBE p.p. 215-218.



los ascendientes, a la concubina, o al concubinario, si vivió con el autor de la sucesión durante los cinco años anteriores a su muerte o con quién tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

A los descendientes, cualquiera que sea su edad, en tanto necesiten los alimentos. A los hermanos y demás colaterales dentro del cuarto grado, solo si están imposibilitados o mientras no cumplan los 18 años de edad<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup>

C.R. Op. Cit. UNICE p.p. 223 y 224.

## CONCLUSIONES

- Primera:** Es un acierto del Código Civil vigente para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, haber establecido la libertad de testar, habida cuenta que es un derecho derivado del derecho de propiedad y de la libertad de disposición de los bienes propios y si una persona es libre para disponer en vida de ellos, es lógico establecer ese mismo derecho para después de la muerte.
- Segunda:** El artículo 1295 debería reformarse en estos términos: Testamento es el acto por medio del cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte.
- Tercera:** El testamento público abierto, debería ser la regla y no la excepción, porque es un tipo de testamento que brinda mayor seguridad jurídica, tanto en el acto de testar, cuanto al momento de producir sus efectos.
- Cuarta:** Como para el otorgamiento del testamento público cerrado, así como para el ológrafo, no se requiere de la presencia del notario, no tiene razón de ser la existencia de dos testamentos similares, por lo que considero que debe subsistir el testamento ológrafo y derogarse el público

cerrado, en virtud de que en éste último no se justifica la intervención del notario, ya que no redacta el instrumento, ni puede orientar al testador acerca del alcance y consecuencias del acto que esta otorgando, porque desconoce su contenido y finalmente no se encarga de la conservación del testamento sino que lo hace el propio testador, un tercero, o el archivo judicial, siendo muy insegura esta forma de testar.

**Quinta:** Es conveniente dejar el testamento ológrafo como única forma de hacer testamento cerrado, con las siguientes modificaciones: que exista posibilidad de ser escrito por el testador, de su puño y letra o por otra persona a su ruego o bien por medio mecánicos, siempre que el testador firme en todas las hojas del testamento y al final del mismo. Siendo el testamento ológrafo realmente un testamento cerrado, lo más seguro es depositarlo siempre en el Archivo General de Notarías. Es inconveniente que el testador lo retire por conducto de apoderado, pues el retiro podría implicar una forma de revocación, y que por ser un acto personalísimo, debe efectuarse directamente por el testador y no a través de apoderados.

**Sexta:** De la misma manera que proponemos unificar la forma del testamento ordinario, sería adecuado que se regulara una sola forma de testamento especial para todos los casos de

excepción. Es conveniente derogar los testamentos orales y exigir forzosamente que sea escrito, para evitar problemas posteriores, no solo de interpretación sino del contenido exacto de lo expresado por el autor del testamento.

Séptima: El testamento militar en la actualidad no tiene aplicación, lo que sería idóneo es exigir a los militares que antes de entrar en acción de guerra otorguen su testamento en forma ordinaria, a fin de evitar problemas posteriores.

Octava: Tampoco hay razón para otorgar reglas especiales para el testamento marítimo, que bien podría quedar subsumido dentro del ordinario o del privado único para casos de emergencia. Tampoco encuentro justificación para exigir cinco testigos en este y solamente dos en el militar, debería ser uniforme disposición.

Novena: El testamento hecho en país extranjero no necesita un capítulo especial para ser regulado, su regulación es confusa y deficiente, amén de que deben aplicarse las reglas que rigen las formalidades de los actos jurídicos en los términos del artículo 13 fracción IV del Código Civil, que establece como regla el principio "locus regit actum".

Décima: En cuanto a la ineficacia del testamento, las teorías que han tratado de explicar por un lado la nulidad relativa y por el otro la absoluta, son complejas, por lo que consideramos que deben aclararse legalmente estas situaciones y que el legislador debe atribuir expresamente la calidad de nulidad absoluta a todas las hipótesis analizadas, teniendo presente que toda la materia testamentaria es de interés público, y que en consecuencia toda infracción a las normas que la regulan han de calificarse como un supuesto de ilicitud, en los términos de los artículos 8o. y 1830 del consultado Código Civil para el Distrito Federal.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR Carbajal Leopoldo. "Segundo Curso de Derecho Civil Bienes Derechos Reales y Sucesiones". Editorial Porrúa, S.A. 4a Edición, México.

BATIZA, Rodolfo. "Las Fuentes del Código Civil de 1928". Editorial Porrúa, S.A. México, 1979.

BETTI, Emilio. "Teoría general del negocio jurídico". Revista de derecho privado. Madrid, 1954.

BONNECASE, Julien. "Elementos de Derecho Civil". Tomo II. Editorial Cajica. Puebla, 1959.

BORJA Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones". Editorial Porrúa, S.A., 12a Edición, México, 1991.

CASTAN Tobeñas, José. "Derecho Civil Español Común y Foral", Tomo III. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1977.

DE RUGGIERO, Roberto. "Instituciones de Derecho Civil". Editorial Reus, Madrid, España, 1966.

DE GASPERI, Luis "Tratado de Derecho Hereditario". Tomo III, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires Argentina, 1953.

DE GOYSTISOLO, Vallet Juan. "Apuntes de Derecho Sucesorio". Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1955.

DE IBARROLA, Antonio. "Cosas y Sucesiones". Editorial Porrúa, S.A. 7a Edición, México, 1981.

DE PINA, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Vol II, Editorial Porrúa, S.A., 8a. Edición. México, 1977.

DIGESTO de Justiniano. Tomo II, libros 20-36. Editorial Aranzadi. Pamplona, España, 1972.

ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP THEODOR Y WOLFF MARTIN. "Tratado de Derecho Civil". Tomo V, Editorial Bosch, Barcelona, 1954.

GARCÍA Tellez, Ignacio. "Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano". Editorial Porrúa S.A., México, 1965.

GUTIÉRREZ y González, Erenesto. "El Patrimonio". Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición, México, 1990.

MARGADANT, Guillermo Florist. "El Derecho Privado Romano". Editorial Esfinge, México, 1981.

MAZEAUD, HENRI, LEON y JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", parte cuarta, Vol. II Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1960.

MUÑOZ, Luis. "Comentarios al Código Civil". Editorial Cárdenas. México, 1974.

ORTÍZ, Urquidí, Raul. "Derecho Civil". Editorial Porrúa, S.A., 2a Edición. México, 1982.

PERÉZ Fernández del Castillo, Bernardo. "Derecho Notarial". Editorial Porrúa S.A., 4a Edición, México, 1989.

PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editorial Época, S.A. México, 1977.

PLANIOL, Marcelo. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tomo V, Editorial Cultural, La Habana, Cuba 1946.

ROJINA, Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. 3a Edición, México, 1970.

URIBE, Luis F. "Sucesiones en el Derecho Mexicano". México, Editorial Jus S.A., (Escuela Libre de Derecho, Serie C, Vol. II), México, 1962.

VAZ Ferreira, Eduardo. "Tratado de las Sucesiones". Vol. III, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1975-1981.



## LEGISLACIÓN CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal en Materia común y para toda la República en Materia Federal.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.

Código Civil para el Distrito Federal y territorio de Baja California de 1870.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano.

**ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS  
CONSULTADOS**

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XII, Editorial Driskill, Buenos Aires, Argentina, 1979.

Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Editorial Heliastra, Buenos Aires Argentina, 1979.