

301809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO 43

ESCUELA DE DERECHO 25

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

LA NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS ORDINARIOS  
EN EL REGIMEN JURIDICO MEXICANO

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A ;  
JOSE ALFREDO DIAZ ROBLES

PRIMERA REVISION  
LIC. ANA LUISA LOPEZ GARZA

SEGUNDA REVISION  
LIC. JORGE ESTUDILLO AMADOR

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D.F.

1993



## **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.

# I N D I C E

Pag.

INTRODUCCION. . . . . 1

## C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TESTAMENTO. . . . . 4

A).-DERECHO ROMANO. . . . . 4

    a).-Concepto de testamento. . . . . 4

    b).-Personas con capacidad y sin capacidad para testar. . . . . 5

    c).-Tipos de testamento. . . . . 8

        1).-Derecho antiguo. . . . . 8

        2).-Derecho pretorio. . . . . 9

        3).-Bajo Imperio. . . . . 10

        4).-Compilación de Justiniano. . . . . 12

    d).-Herederos y Legatarios. . . . . 13

        1).-Legados. . . . . 14

    e).-Revocación. . . . . 15

    f).-Codicilos. . . . . 16

B).-DERECHO GERMANO. . . . . 17

C).-DERECHO FEUDAL. . . . . 18

D).-DERECHO ESTATUTARIO. . . . . 20

E).-DERECHO FRANCÉS. . . . . 23

F).-DERECHO ITALIANO. . . . . 25

## C A P I T U L O II

EL TESTAMENTO EN EL DERECHO POSITIVO. . . . . 29

A).-DEFINICION. . . . .	30
H).-NATURALEZA JURIDICA DEL TESTAMENTO. . . . .	31
C).-PRINCIPIOS GENERALES DEL TESTAMENTO. . . . .	34
a).-Manifestación de la voluntad. . . . .	34
b).-Unilateralidad. . . . .	36
c).-Esencialmente libre. . . . .	37
d).-Personalismo. . . . .	42
e).-Revocabilidad. . . . .	44
f).-Determinación del destino de parte o de la totalidad de los bienes del testador. . . . .	46
D).-DISTINTAS ESPECIES DE TESTAMENTOS. . . . .	53
a).-Ordinarios. . . . .	53
1).-Público abierto. . . . .	53
2).-Público cerrado. . . . .	56
3).-Olografo. . . . .	60
b).-Especiales. . . . .	64
1).-Privado. . . . .	65
2).-Militar. . . . .	67
3).-Marítimo. . . . .	69
4).-Hecho en País extranjero. . . . .	71

## C A P I T U L O   I I I

ELEMENTOS DE ESENCIA Y DE VALIDEZ DEL TESTAMENTO. . . . .	75
A).-ELEMENTOS DE ESENCIA. . . . .	75
1).-Manifestación de la voluntad. . . . .	75
2).-Determinación de parte o de la totalidad del patrimonio. . . . .	81

3).-Solemnidad. . . . .	84
B).-ELEMENTOS DE VALIDEZ DE TESTAMENTO. . . . .	87
1).-Licitud en el objeto. . . . .	88
2).-Capacidad. . . . .	89
3).-Ausencia de vicios en la voluntad. . . . .	92
4).-Exteriorización de la voluntad. . . . .	95

#### C A P I T U L O I V

INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS. . . . .	101
A).-INEXISTENCIA. . . . .	102
B).-NULIDAD. . . . .	103
C).-REVOCACION. . . . .	103
D).-CADUCIDAD. . . . .	107
E).-INEFICACIOSIDAD. . . . .	109
F).-CAUSAS INNDINADAS DE INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS	114

#### C A P I T U L O V

LA NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS. . . . .	117
A).-ANTECEDENTES HISTORICOS. . . . .	123
B).-FALTA DE CAPACIDAD DEL TESTADOR. . . . .	126
C).-INDESERVANCIA DE LAS SOLEMNIDADES LEGALES. . . . .	133
D).-EXISTENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD. . . . .	136
E).-OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR REPRESENTANTE. . . . .	140
F).-OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR DOS O MAS PERSONAS. . . . .	141
G).-FALTA DE UNIDAD EN EL CONTEXTO. . . . .	142
CONCLUSIONES. . . . .	145
BIBLIOGRAFIA. . . . .	151
LEGISLACION CONSULTADA. . . . .	153

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

## I N T R O D U C C I O N

## I N T R O D U C C I O N

El presente trabajo fue originado por el gran interes que para mi ha creado el analisis de diversas situaciones que en torno a los testamentos se pueden llegar a presentar. Mas concretamente, a aquellos que por algún motivo puedan ser objeto de una nulidad.

Es por ello, que al profundizarme un poco en el estudio de los mismos, he podido darme cuenta de que se presentan gran variedad de casos en los que existen anomalias en el otorgamiento de los mismos, ya sea porque en algunas de las veces la ley respectiva no es aplicada correctamente, ya porque no es precisa para el caso; o bien, porque existen incluso, contradicciones dentro de sus propios ordenamientos.

Fue el testamento el tema a tratar, ya que lo considero de gran importancia dentro de la vida de todo individuo, en donde se encuentra relacionada la familia misma, y aún el propio Estado, como es el caso en que los bienes de un individuo llegan a pasar a la Beneficencia Publica.

Ademas de que en nuestros dias, la familia que es el nucleo de la sociedad, ha venido sufriendo grandes desajustamientos, los cuales en forma por demás lamentables, llegan a ser ocasionados por el fallecimiento de alguno de sus integrantes, y no es que sea precisamente por la muerte en si, sino que al fallecimiento de este, no existia un testamento que se hubiere hecho en cualquiera de las formas previstas por la ley de la materia y en la manera que

la misma establece, en donde se podría haber previsto en forma precisa, el destino de los bienes del finado, sin que la falta de éste llegare a ocasionar problemas posteriores.

Ahora bien, ese otorgamiento del testamento a que nos referimos, deberá haberse otorgado como ya mencionamos en la manera en que los ordenamientos legales lo determinan, ya que es ahí en donde vamos a poder encontrar las diversas variantes que se pueden presentar al momento de que son otorgados, pues en muchas de las veces estos cumplen con las formalidades o requisitos legales, por lo que llegan a ser motivo como ya dije, de una nulidad.

No es que con el análisis que aquí hago se pretenda modificar las disposiciones legales ya existentes, pero sí, pongo a consideración de quienes tienen la facultad y el privilegio de poder legislar, mi humilde opinión, ya que si esta puede servir como aportación lleque a ser en beneficio de nuestra gran sociedad.



## C A P I T U L O I

### ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TESTAMENTO

#### A).-DERECHO ROMANO

a).-Concepto de testamento

b).-Personas con capacidad y sin capacidad para testar

c).-Tipos de testamento

1).-Derecho antiguo

2).-Derecho pretorio

3).-Bajo imperio

4).-Compilacion de Justiniano

d).-Herederos y legatarios

1).-Legados

e).-Revocación

f).-Codicilos

#### B).-DERECHO GERMANO

#### C).-DERECHO FEUDAL

#### D).-DERECHO ESTATUTARIO

#### E).-DERECHO FRANCES

#### F).-DERECHO ITALIANO

## CAPITULO I

### ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TESTAMENTO

#### A).-DERECHO ROMANO

##### a).-CONCEPTO DE TESTAMENTO

Dentro de los conceptos que mas fueron considerados como validos dentro del derecho romano, encontramos aquel que dice... "Es un acto solemne por el cual una persona constituye a su heredero o a sus herederos".<sup>(1)</sup> Siendo este un acto esencialmente revocable y tratandose al mismo tiempo de un acto unilateral.

Del anterior concepto, se desprende la necesidad que existia de instituir uno o mas herederos, ya que si esto faltaba o tenia un defecto juridico o no era eficaz, todas las demas disposiciones del testamento quedaban sin efecto o sin eficacia, y de esta manera los legados eran nulos, asi como los fideicomisos, desheredaciones, manumisiones, designaciones de tutores o de curadores, etc.

Otros conceptos respecto del testamento romano, los encontramos con Modestino y con Ulpiano, donde el primero de ellos lo definia como "Justa declaracion de nuestra voluntad, respecto de lo que queremos que suceda para despues de nuestra muerte", mientras que el segundo de los mencionados por su

(1) Floris Margarit S. Guillermo, El Derecho Privado Romano, onceava edicion, Editorial Esfinge, S.A., Mexico, 1932, pag. 46.

parte, dice en su concepto de testamento que ... "Es una correcta fijación de nuestra mentalidad, hecha solemnemente para que valga despues de nuestra muerte"

(2)

Encontramos dentro de esta Institución, que el heredero era el continuador de la personalidad del difunto, con sus ideas, odios, simpatias y de su religión domestica, asi mismo lo sucedia en casi todos sus derechos y deberes y el de cuius mostraba tendencia a privar al heredero de las ventajas materiales que podia producir la aceptación de la herencia, ya que la función del heredero era la de actuar, pero nunca la de poseer.

Como dato interesante, tenemos que un paterfamilias podia dejar el patrimonio de su domus a cualquier extraño, situación que prevalecio atraves de algunos siglos, y ya con la intervencion de las autoridades judiciales, se logro obtener la defensa para los hijos y hermanos del testador por la injusta preferencia para con los extraños en el momento de determinar heredero dentro de un testamento.

#### b).-PERSONAS CON CAPACIDAD Y SIN CAPACIDAD PARA TESTAR.-

Respecto de las personas con capacidad para poder testar, se puede mencionar a aquellas que tenían la capacidad de hecho, es decir las personas que tenían derecho de testar mas no el ejercicio y estas eran:

---

(2) Floris Margadant S. Guillermo Obra citada, pag. 463

1.-Los impuberes sui iuris, por carecer del juicio necesario

2.-Los locos, salvo en los intervalos de lucidez

3.-Los prodigos interdictos, por carecer del ius commercium, donde el testamento tiene valor si se hace antes de la interdicción.

4.-Los sordos y los mudos, si la enfermedad era sólo accidental y el causante hacia el testamento antes de la enfermedad, el documento era válido.  
(3)

Refiriéndonos ahora a las personas que carecían de capacidad para testar, es decir que carecían de la testamenti factio activa, señalaremos que estas eran:

1.-Los peregrinos, los latinos unianos y los dediticios.

2.-Los esclavos, excepto los servi-publici que tienen un patrimonio y que pueden disponer de la mitad de sus bienes por testamento.

3.-Las mujeres ingenuas sui iuris, que permanecían agnadas en su familia civil.

---

(3) Ventura Silva, Sabino, Derecho Romano, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 1962, pág. 220

4.-Los hijos de familia, las mujeres sometidas a la manus y las personas in mancipio sin patrimonio.

5.-Los que habían sido testigos y negaban su testimonio. No podían testar, ser testigos ni tampoco ser instituidos herederos. (4)

Por lo que hace a las personas que no tenían capacidad para recibir por testamento, es decir, que carecían de la testamenti factio pasiva, tenemos a las siguientes:

1.-Los peregrinos sin ius comerci

2.-Los latinos junianos

3.-Los dediticios

4.-Las mujeres, siempre que la herencia se les ofreciere excediese de cien mil sestercios

5.-Personas inseratas, de las que el testador no pudo formarse una idea exacta

6.-Personas jurídicas, esta prohibición posteriormente fue desapareciendo

(4) Ventura Silva, Sabino, Obra citada, Pág 219

7.-Personas excluidas en virtud de las leyes caducarias, por no haberse casado o por no tener hijos

8.-Personas castigadas por herejía o apostasia

9.-Los que al momento de la apertura del testamento ya no vivían.  
(5)

#### c).-TIPOS DE TESTAMENTO.-

Dentro de la institución del Derecho romano, y con el pasar de los siglos, fueron surgiendo gran diversidad en lo referente a los testamentos, trayendo con esto también, cambios en sus formas, en sus contenidos, en sus interpretaciones incluso, lo cual se podrá observar a continuación:

1.-DERECHO ANTIGUO.-Como formas más antiguas en el Derecho romano, fueron surgiendo primeramente:

A).-El testamento calatis comitis.- Era aquel que se otorgaba ante el pueblo reunidos en los comicios, para lo que eran previamente convocados. La convocatoria se hacía dos veces al año (el veinticuatro de Marzo y el veinticuatro de Mayo), donde la Asamblea era presidida por el Pontifex maximus, donde curiosamente no se sabía con precisión si los comicios actuaban como simples testigos, o bien tenían el carácter de autoridad para aprobar o  
(5) Fioris Marqadant, S. Guillermo, Obra citada, pág. 473.

rechazar la última voluntad del testador, con lo que se hacía dudoso que el testamento tuviera carácter de ley.

B).-El testamento in Procintu.- Este testamento se hacía delante del ejército equipado y bajo las armas. El jefe de familia que tuere soldado, y que deseara testar antes de que fuera el combate, declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas.

C).-Testamento Per aes et libram (llamado también testamento original).- Este consistía en que el padre de familia que no había podido testar y sentía próximo su fin, mancipaba su patrimonio ante cinco testigos y un libripens, encargándole a un amigo en forma oral, que ejecutara las liberalidades que destinaba a otras personas.

D).-Testamento Nuncupatio.- Este testamento resultaba ser mucho más rápido, como también cómodo y sencillo pues no exigía tantas formalidades, tan solo se realizaba en forma oral con la ayuda de una simple nuncupatio y declarando en vos alta su última voluntad delante de siete testigos, aclarando también que este tipo de testamento ofrecía menos garantías que los anteriores.

## 2.-DERECHO PRETORIO.-

En esta época, en el testamento el pretor sin tener en cuenta las ceremonias de la mancipatio, concedía la honorum-posessio secundum tabulas firmadas y selladas por siete testigos, de esta manera, aquel que presentara un

testamento con esas características al pretor, este último entregaba la bonorum possessio secundum tabulas, siempre que dicho documento tuviese evidentemente la voluntad del testador.

### 3.-DERECHO DEL BAJO IMPERIO.-

Fue ya en este periodo donde se simplificó la legislación sobre los testamentos, naciendo así la fusión del derecho nuevo, del derecho civil y del honorario, una nueva forma de testar, dando origen a lo que fue llamado testamentum tripartitum, el que recibió éste nombre porque tomó sus reglas de legislaciones diferentes, obteniendo de ellas lo siguiente: Del derecho civil primitivo, la presencia de los testigos, haciendo necesario que el testamento se hiciera en un solo acto sin interrupción; Del derecho honorario, el número de siete testigos con la grabación de sus sellos; Del derecho nuevo, constituciones imperiales, la firma del testador y de los testigos. (6) Ya con la recopilación de lo anterior, el testamento tripartitum se componía de tres partes: a).-El texto; b).-La declaración de los siete testigos en forma expresa de que habían intervenido en el con tal carácter; c).- Los sellos de los testigos, afuera del mismo testamento que estuviera cerrado y plegado, debiendo hacerse tal testamento en un solo acto y sin interrupción de ninguna especie.

Ya con la creación de este nuevo testamento, se da origen también a diversas formas especiales, tales como:

(6) Ventura Silva Sando, Obra citada, pag. 215 a 217



a).- El testamento militare.- Este se hacía con sangre dentro del escudo y con la espada en la arena, en donde un solo testigo bastaba y servía únicamente para los tiempos de guerra, teniendo validez hasta por un año después de que el soldado se hubiera retirado honrosamente del ejército, y en caso de despido el testamento perdía inmediatamente su validez.

b).-Testamento del padre a favor de los hijos.-Podía ser verbal, bastando dos testigos y para el caso de ser escrito, era suficiente una declaración ológrafa sin testigos.

c).-Testamento hecho en el campo.- Para este caso, bastaban solo cinco testigos, esto dado a la dificultad de encontrar ciudadanos libres que pudieran ser testigos.

d).-Testamento hecho en época de peste.- Para que este tipo de testamento se pudiera llevar a cabo evitando el contagio, los testigos podían ir a firmar en visitas sucesivas, de donde se concluye que este testamento no se podía llevar a cabo en un solo acto.

e).-Testamento común y corriente.-En este caso, el testador guardaba su testamento dentro de sus propios papales personales y después de su muerte, personas interesadas en la procedencia de la vía legítima, se daba a la tarea de hacer la búsqueda del mismo, lo que trajo consigo gran dificultad en cuanto a la existencia o inexistencia del mencionado documento.

f).-Testamentum apud acta conditium.- Este testamento fue el

resultado de las problemáticas que existían con el anterior, introduciendo la posibilidad de depositar el testamento en poder de alguna autoridad de fe pública, el cual debería de conservarlo en sus archivos.

q).-Testamentum principi oblatum.- Este testamento tenía como característica principal el que una vez ya elaborado se depositaba en poder del Emperador, y a su vez, se guardaba en el archivo del palacio para el momento en que el de cujus moría y así se pudiera cumplir con su voluntad. (7)

#### 4).-COMPILACION DE JUSTINIANO.-

Dentro del Derecho Justiniano, se encuentran dos tipos de testamentos:

a).-El testamento privado, que era en el que se requería de la presencia de siete testigos en forma simultánea, y que eran invitados para que actuaran como tales, siempre que éstos fueran capaces, debiéndose otorgar sin interrupción ostensible, pudiendo ser: Oral, siempre que el testador expresara su última voluntad en presencia de los testigos, en idioma y voz inteligible; Escrito, si se presentara a los testigos el documento en el que se expresara su última voluntad, pudiendo ser éste testamento a su vez: Olografo, si lo había escrito el mismo testador y donde no era necesario la suscriptio del otorgante pero si la de cada testigo con su suscriptio y signatio al cerrar el documento ; Alografo, si era escrito por otra persona, y debiendolo signar el testador y los

(7) Floris Margadant S. Guillermo, Obra citada, pág. 469 y 470

testigos, al igual que los sellos de éstos últimos.

b).-Testamento publico.- También este testamento adoptaba dos formas: "La de testamentum apud acta conditum y la de testamentum principii oblatum. El primero de ellos se hacía ante la autoridad judicial o municipal, la cual levantaba acta de las manifestaciones y palabras del testador y el segundo de los mencionados, se entregaba escrito y custodiado para ser guardado en los (B) archivos imperiales".

#### d).-HEREDEROS Y LEGATARIOS

Haciendo una distinción respecto de lo que era un heredero y un legatario, encontraremos que el heredero era un continuador de la personalidad del difunto, mientras que el legatario no era más que un continuador parcial de su situación patrimonial del testador.

Tomando como base lo anterior, y ubicándonos en el derecho moderno, también existe una gran diferencia al respecto, ya que en el caso de una herencia, se encuentra una transmisión a título universal (un conjunto de bienes, deudas, créditos, etc., que se transmiten en bloque y en forma general), y por lo que hace al legado, este se transmite a título particular.

Una vez analizado el concepto de lo que es un heredero y un legatario, veremos como dentro de la institución del derecho romano habían

(B) Ventura Silva Sabino, Obra citada, pag. 217

cuatro formas de legados, y estas eran:

1.-Legado per vindicationem.- En este caso el testador concedía directamente al legatario la propiedad quirritaria sobre de determinado bien con tal de que reuniera las siguientes condiciones; a).-Que perteneciera al testador en el momento de hacer el testamento; b).-Que perteneciera además al testador en el momento de hacerse la apertura de la sucesión; c).- Que el testador tuviera sobre él la propiedad quirritaria en aquellos dos momentos.

2.-Legado per damnationem.- Este legado podía referirse a objetos que nunca estuvieron en el patrimonio del testador o que tuviera sobre ellos solo propiedad bonitaria.

3.-El legado per preceptionem.- Era similar al vindicatorio, pero a la vez, más amplio y más restringido; más amplio porque podía tener por objeto un bien sobre el que el testador no tuviera más que la propiedad bonitaria, y más restringido porque el legatario debía pertenecer al grupo de los herederos.

4.- Legado sinendi modo.- Aquí el testador tenía un actio extestamento de carácter personal en contra del heredero para reclamar la entrega, pero el objeto de este legado se limitaba a los bienes pertenecientes a la sucesión o al heredero. A este legado le regia una fórmula: "Mi heredero está obligado a permitir que el legatario tome el siguiente objeto .<sup>(9)</sup>

(9) Floris Margadant (Guillermo, Obra citada, pag. 473

e).-REVOCACION.-

A este respecto, tenemos que como el testamento contiene una última voluntad, era esencialmente revocable en caso de que el testador se diera cuenta de que el contenido de su testamento ya no contenía lo correspondiente a una ulterior voluntad suya.

La revocación de los testamentos se podía hacer de las siguientes formas:

1.-Por la confección de un nuevo testamento; aun cuando este último fuere compatible con el primero o anterior, y este primero o anterior quedaba totalmente revocado con el fin de poder eliminar una fuente de posibles dudas.

2.-Por la destrucción material del propio documento, siempre que ésta fuere intencional.

3.-Por revocación formal; en un acto solemne (con testigos y ante la presencia de una autoridad). Este modo era el más indicado cuando se quería pasar de la vía testamentaria a la legítima en caso de una sucesión.

---

(10) Floris Marquand S. Guillermo, obra citada, pag. 473

f).-CODICILIOS.-

Era un acto de última voluntad que no estaba sometido a ninguna de las formalidades del testamento, pudiéndose realizar varios de ellos, por aquel que ya tuviera hecho su testamento. Su finalidad era la de añadir ciertas disposiciones a los testamentos ya elaborados. lo cual no podía realizarse mediante uno nuevo sin que se revocara el ya existente.

Eran cartas escritas que se les conocia con el nombre de codicilli y mediante ellas se hacían legados, fideicomisos, manumisiones de esclavos, nombramientos de tutores, etc., pero no podían contener instituciones de herederos ni sustitución de ellos, tampoco revocaciones de instituciones ni desheredaciones.

Habian dos clases de codicilios, y estos eran el Ab-intestato y el testamentario. Los primeros eran los que hacia una persona antes de morir sin que hubiera hecho testamento y en un principio podía contener solamente fideicomisos, pero ya en la época de Justiniano tambien podía contener legados. Los testamentarios, servian para completar testamentos, pudiendo ser confirmados y no confirmados; los confirmados se referian a un testamento anterior o posterior, aprobando su contenido, y podian contener fideicomisos, legados, revocaciones de estos, manumisiones de esclavos, nombramiento de tutores, etc. Los no confirmados no se referian en lo absoluto a los testamentos y al principio sólo podian contener fideicomisos y posteriormente tambien legados. (11)

-----  
(11) Ventura Silva Sabino, Ubra citada, pag. 254

B).-DERECHO GERMANO.-

En los antiguos germanos como en los demás pueblos primitivos, no se conocía el testamento, y los bienes se transmitían necesariamente a los miembros de la familia.

Como ya se apuntó, no se conocía el testamento y cada persona tenía como herederos y sucesores a sus hijos, y para el caso de que no hubiere hijos, recibía los bienes del difunto al pariente más próximo, como podía ser el hermano, el tío, etc. Para el caso de fallecer una persona, los penates y los jura se entregaban al mayor de los hijos, o se distribuían entre todos los hijos sin distinción de sexos. Entre este pueblo, se conocía el principio de que "Solo Dios puede hacer un heredero", y durante mucho tiempo dominó dicho principio, así como en otros lugares como fue en Islandia, Suecia, Noruega y Dinamarca. (12)

La causa de que no se conociera el testamento, fué la no obligación de que no se transmitieran los bienes, más sin embargo, se conocía la afatonia, que era una transmisión o traslación solemne de la propiedad, que se hacía durante la vida de las personas en favor de otras que no habían sido llamadas a suceder, siendo una especie de adopción o de testamento per aes libram romano y no podía hacerse sino a falta de herederos legítimos.

---

(12) De Anquiano José, La Genesis y la Evolución del Derecho Civil, Editorial La España Moderna, Madrid, España, 1928, pág. 490

Al parecer, los primeros testamentos, los cuales afectaron el tema de donaciones irrevocables, se hicieron en favor de las Iglesias, por aquellos que morían sin dejar hijos, aun cuando no se le consideraba como testamento sino que se designaban con la fórmula "pro anima judicandi". Poco a poco, estas disposiciones comenzaron a fundarse en otras causas distintas que las del culto, hasta que, debido a la introducción del derecho romano, trajo consigo el verdadero testamento, aun cuando este no era idéntico al de los romanos. Y, en efecto, mientras que en el derecho romano nadie podía morir en parte testado y en parte intestado, en el derecho romano se podían hacer legados particulares.

Por otra parte, también se limitó la libertad de testar, no solo en favor de los legitimarios que admitían el derecho romano, sino en favor de los demás parientes.

Una vez ya adoptado por completo el testamento por los romanos, y para impedir que fueran hechos por sugerencias de otras personas, o en su caso, en un momento de aberración mental, se exigió que se redactasen mientras el testador estuviera sano y por tanto, apreciar de una manera convincente el acto que se disponía a realizar, sin que existiera ninguna confusión.

(13)

#### C).-DERECHO FEUDAL.-

Ya con la existencia del feudalismo y con las alternativas que

---

(13) De Anguiano José, obra citada, pag. 496



trajo consigo esta corriente, se hizo necesario cambiar el sistema de las sucesiones y así fue como introdujo una clase de sucesión enteramente conexas con el fin para el cual había sido creado.

El feudo tuvo como principal característica la unidad y la indivisibilidad familiar y aquel que concedía el feudo, lo hacía con interés propio, con el objeto de recibir prestaciones en armas o también en dinero y así se fué estableciendo la primogenitura en la herencia del feudo, tanto en Francia como en Inglaterra, y por el contrario en Italia, la ley mandaba distribuir el feudo equitativamente entre los hermanos llamados a la sucesión.

En los fideicomisos y en los feudos, se hallaba por lo general, prohibida la sucesión testamentaria, especialmente con el fin de conservar el lustre de las familias. Sin embargo, en los feudos hereditarios, según la institución del feudo no estaba prohibido transmitirlo también por testamento y en los feudos mixtos, llegó a permitirse imponer al heredero legítimo del feudo, tantas cargas y fideicomisos como fuese el valor de aquel.

(14)

En cuanto a la sucesión de los demás bienes no feudales, no se alteraron las leyes de los Innoobardos, así la herencia pasaba en línea recta a los herederos legítimos y las mujeres eran excluidas. Por lo que hacía a las sucesiones testamentarias, se prohibía a los siervos de la gleba hacer testamento, porque se consideraba que los varones eran los herederos de sus

---

(14) De Anguiano Jose, Obra citada, pag. 497

subditos cuando estos morían sin dejar familia legítima: El derecho de las mujeres para disponer por testamento, fue también muy limitado con relación a los hijos y al marido, más en la época feudal, las mujeres casi nada podían hacer, es por esta razón que las limitaciones a las mujeres en el derecho de testar, se conservan y afirman en la época de los estatutos.

Se hace necesario también, hacer referencia del influjo de la iglesia en el desenvolvimiento del derecho de sucesión: la iglesia por su parte, formuló sus máximas inspiraciones en el derecho romano y trató de atenuar los principios del derecho germánico y feudal.

El principio, por el cual no podían hacer testamento algunas y determinadas personas, se modificó en el sentido de dar validez a los legados que se hacían en favor de las iglesias y lugares piadosos.  
(15)

#### C).-DERECHO ESTATUTARIO.-

Esta corriente fue en la cual se propusieron la conservación del lustre de las familias y la conservación de ellas, y fue por estas razones que tomaron en cuenta principalmente a los varones dentro de las sucesiones. Por el contrario, las mujeres fueron consideradas con gran menosprecio, porque ellas llevaban los bienes a otras familias, y de aquí que no fueran llamadas a suceder

---

(15) De Anguiano Jose, Obra citada, pag. 498

juntamente con los varones y sólo se les otorgó el derecho de ser mantenidas y dotadas.

Por tanto, la sucesión legítima se verificaba de la siguiente manera: En la herencia paterna o de ascendientes paternos sucedían los hijos varones o los descendientes varones de los premuertos; los primeros por cabeza, los segundos por estirpe. A falta de éstos, eran llamadas las mujeres, como ya se mencionó con anterioridad.

También la sucesión testamentaria, reflejaba perfectamente las ideas del tiempo. Considerándose todavía al testamento como un acto supletorio de la sucesión legítima, concediendo al padre la facultad de elegir entre sus agnados a aquel que debía continuar la familia, teniendo el propio padre la obligación de dejar la legítima (misma que se determinaba según las reglas del derecho romano) y que no podía desheredarlos, salvo casos expresamente fijados. Siendo que generalmente las hijas no tenían derecho a la legítima y debiéndose continuar con la dote a que su padre estaba obligado a darle.<sup>(16)</sup>

No obstante lo anterior, un padre podía suplir mediante disposiciones testamentarias en favor de sus hijas las designaciones establecidas por la ley.

En esta corriente existió restricción a la libertad de testar, generalmente en perjuicio de los hijos naturales, pero en algunas ocasiones

(16) De Anquiano José, Obra citada, pag. 503

esto era en favor de los mismos, siendo que no se permitía dejarles más que los alimentos o una pequeñísima parte de la herencia

A los hijos adulterinos o incestuosos, no se les concedía jamás el derecho a la legítima y, respecto a la sucesión entre conyuges, las frecuentes envidias municipales o las ideas agráticas impusieron grandes restricciones al derecho del marido para disponer en favor de la mujer, es decir, en favor de su conyuge. Algun estatuto prohibía inclusive toda disposición testamentaria en favor de la mujer cuando existían hijos. Otros estatutos permitieron el derecho de poder legar los simples alimentos, o una cuota en usufructo; finalmente, otros concedieron una cantidad determinada o una pequeña cuota de la herencia y el derecho de la mujer para disponer en favor del marido era más amplio, pero en general a la mujer no se le permitió testar sino en proporciones muy exiguas, pues la dote que era lo que constituía casi toda su propiedad, le estaba reservada a los hijos, y en parte al marido. Otro estatuto prohibía también que la mujer pudiera testar sino con el consentimiento de sus herederos legítimos.<sup>(17)</sup>

Por su parte, los profesos de ordenes religiosas podían hacer testamento siendo sus herederos la iglesia y los pobres, y solamente a título de limosna.

Como se puede apreciar en lo que antes se ha mencionado, la mujer fué totalmente limitada en todos sus derechos, de ahí que se desprenda también que ni aún el derecho para poder testar libremente le era concedido.

(17) De Anquiano José, obra citada, pag. 503

E).-DERECHO FRANCÉS.-

Como una consecuencia de los movimientos de la revolución de 1789, fue la creación de una forma radical en materia de sucesiones. Una vez rotos los vínculos personales y reales y admitido el derecho de la alineabilidad, es decir que quedaban comprendidos todos los bienes, fuere cual fuere su naturaleza, necesariamente tenían que desaparecer las restricciones que hasta entonces habían existido respecto de la transmisión de determinados bienes, y por otra parte, proclamado el principio de la igualdad, respecto a los bienes como ya se ha señalado, tenían que desaparecer los privilegios y las diferencias sancionadas por la ley.

Fue así como la Asamblea constituyente considero como uno de sus primeros deberes, el hacer desaparecer los privilegios fundados en la primogenitura, en la feudalidad de los bienes, en las diferencias de los sexos y en el capricho mismo del hombre, siendo estos nuevos principios los que inspiraron a los redactores del código de Napoleón.

El consejero de Estado, de nombre Treichard decía: "Todos los  
(18)  
hombres sensatos reclaman hace tiempo una reforma". Sobre todo, se quería que en las leyes existiera esta unidad que al parecer les era esencial, porque es la imagen del orden entero, pero para lograr estos deseos, era necesario un suceso de gran trascendencia, pues era necesario que un gran pueblo conspirase

---

(18) Uribe Luis F., Sucesiones en el Derecho Mexicano, Editorial Jus S.A., primera edición, México, 1980, pag. 504

para fundar el reinado de la igualdad sobre las ruinas de las distinciones y los privilegios.

La sucesión testamentaria fue mirada con gran desagrado por los compiladores del código francés, y no podía ser esto de otra manera, ya que las ideas feudales y el interés por conservar un nombre o una familia o bien la integridad de un feudo, habían puesto un sin número de trabas ficticias al libre movimiento de la propiedad, la cual caminaba lentamente a librarse de todo vínculo, llegandose incluso en esta obra de demolición del pasado, a la exageración, ya que se discutió seriamente la abolición del testamento.

En la Asamblea constituyente, famosos oradores sostuvieron con todo el aparato de la retórica, que no podía concedersele el derecho de testar a la mujer que moría, y la misma opinión sostuvieron después Mirabeau, Robespierre y Tronchet. Pero esas opiniones no podían permanecer en la mente sensata y tranquila del código de Napoleón, y en tal virtud, se admitió la sucesión testamentaria pero se abolieron aquellas formas de sucesión que vinculaban perpetuamente la propiedad y que impedía usufructuarlas a los herederos naturales.

(19)

Respecto de lo anterior, existe aun mas, y es que en el código francés existen vestigios de instituciones contractuales de herederos, de donaciones mortis-causa y de pactos sucesorios.

(19) Véase Luis E., obra citada, pag. 536

El derecho a la legítima correspondiente a los herederos consanguíneos, tal y como lo contemplo el legislador francés, parece que conservaba mucho más aún del antiguo concepto de la permanencia de los bienes de la familia y es por esta razón, que se presenta tan excesivo que en ciertos casos se hace casi del todo ilusorio la facultad de testar.

#### F).-DERECHO ITALIANO.-

Por lo que se refiere a la sucesión testamentaria, el código italiano introdujo importantes modificaciones con respecto al código francés; Se abolió toda clase de sustituciones fideicomisarias, borrando aquellos últimos vestigios que se encontraban contenidos en el código francés, y estableciendo por otro lado que la nulidad de la sustitución no perjudica la validez de la institución del heredero o del legado a que va unida, tampoco contiene vestigio alguno de pactos sucesorios, de donaciones mortis-causa ni de instituciones contractuales de herederos; Respecto del menor, se le concedió a este la facultad de disponer por testamento, sólo cuando hubiese cumplido los dieciocho años, habiéndose fijado dicha edad en la cual podían ser emancipados. (20)

La ley italiana distinguió la porción de que se puede disponer por testamento a la de la porción legítima a que tenían derecho algunos parientes, cuestionándose en cuanto a que si se debía establecer respecto a la legítima una escala gradual proporcionada al número de hijos o fijar una cuota

(20) Uribe Luis F., Obra citada, pag. 523

invariable. Este último supuesto fue el más admitido en contravención a la cuota variable, ya que se consideró que esta podía llegar al exceso o bien al defecto, y de esta manera resultaría irrealizable el fin que perseguía la idea de la proporcionalidad, y fue así como el código italiano estableció que las liberalidades testamentarias no pudiesen exceder de la mitad de los bienes del testador, cuando este dejase hijos cualquiera que fuere el número de ellos y, que la otra mitad se conservase en favor de los hijos formando su porción que sería la legítima. (21)

Otra innovación del código italiano en materia de sucesiones, fue aquella en virtud de la cual los descendientes del heredero o del legatario premuerto o incapaz, reciben la herencia o el legado en los casos en que hubiese sido admitida en favor suyo la representación, si se tratase de sucesión intestamentaria, exento cuando el testador hubiere dispuesto otra cosa, o cuando se trate de un legado de usufructo o de otro derecho de naturaleza personal. Este sistema no había sido aceptado por ninguno de los códigos modernos, exceptuando el austriaco, pero el legislador italiano observando que el sentimiento popular fundado sobre los principios de la equidad natural no podía conformarse con aquellas personas que hubiere instituido heredero a otra persona, hubiesen visto con gusto que la herencia pasare a aquellos individuos que estuviesen más íntimamente unidos con la misma por los vínculos de la sangre y del afecto, es como adopta el citado sistema introduciendolo así al mismo código italiano.

---

(22) Uribe Luis F., Obra citada, pag 525



Haciendo mención dentro del derecho italiano, podemos mencionar que Roberto de Ruggiero, respecto del testamento nos dice que ..."Aun cuando nuestro derecho no exige una institución de heredero, ni que el testador disponga de todo el patrimonio, todo acto que regule todas o parte de las relaciones jurídicas para después de nuestra muerte es un testamento, ya que se instituye en él a herederos o legatarios".

Lo anterior queda claramente enfocado dentro del propio código italiano, ya que en él contempla su artículo 827 respecto de las disposiciones testamentarias, diciendo que se pueden hacer éstas con institución de herederos o legatarios o con cualquier otra denominación que exprese la voluntad del testador, y la idea se repite en la definición legal del propio código, en su artículo 759, mismo que dice..."El testamento es un acto revocable por el que alguien, según las reglas legales, dispone para el tiempo en que ya no viva, de todos sus bienes o parte de sus bienes en favor de una o varias personas."

Como un comentario muy general respecto del presente capítulo, podemos mencionar algo que ha resultado muy notorio, y es el hecho en forma general, de que a la mujer a través del tiempo siempre se le tuvieron mucho menos consideraciones con respecto al hombre, una muestra de ello es lo que en este trabajo estamos tratando, es decir, que incluso para que tuviera derecho a disponer de sus bienes, éste era y fué hasta mucho tiempo después muy reducido.

---

(23) De Ruggiero Roberto, Instituciones de Derecho Civil, traducción de la cuarta edición italiana de Ramon Serrano S. y José Santa Cruz I., Editorial Autores extranjeros y españoles, Reus, S.A., 1931, Tomo II, Pág. 1134  
(24) Ibidem.

Considerandose también el hecho de que ni siquiera para poder recibir por herencia podían disfrutar de amplios derechos.

Otro aspecto importante que tenemos que resaltar, es que el derecho romano ha sido aquel que a dado motivo a que diverzas legislaciones lo observen, lo consideren y por que no decirlo hasta copiarlo en muchos aspectos, como es precisamente en materia de testamentos.

## C A P I T U L O   I I

### EL TESTAMENTO EN EL DERECHO POSITIVO

#### A).-DEFINICION

#### B).-NATURALEZA JURIDICA DEL TESTAMENTO

#### C).-PRINCIPIOS GENERALES DEL TESTAMENTO

- a).-Manifestación de la voluntad
- b).-Unilateralidad
- c).-Esencialmente libre
- d).-Personalísimo
- e).-Revocabilidad
- f).-Determinación del destino de parte o de la totalidad de los bienes del testador

#### D).-DISTINTAS ESPECIES DE TESTAMENTOS

- a).-Ordinarios
  - 1).-Público abierto
  - 2).-Público cerrado
  - 3).-Ológrafo
- b).-Especiales
  - 1).-Privado
  - 2).-Militar
  - 3).-Marítimo
  - 4).-Hecho en País extranjero

## C A P Í T U L O    I I

### EL TESTAMENTO EN EL DERECHO POSITIVO

#### A).-DEFINICION.-

Según el derecho romano, testamento es: Un acto solemne por el cual una persona instituye a su heredero o a sus herederos. Teniendo dentro de esta institución, como definiciones que mas aceptación tuvieron, las siguientes: Modestino lo definía como "Justa declaración de nuestra voluntad respecto de lo que queremos que suceda después de nuestra muerte" y, Ulpiano lo definía como "Una correcta fijación de nuestra mentalidad hecha solemnemente para que valga para después de nuestra muerte".<sup>(25)</sup>

Considerando también otras definiciones, podríamos encontrar diversidad de ellas, pero que en realidad no se adaptan a lo que en realidad se conoce como testamento, aún cuando de entre ellas si podría darse consideración a la que daba Demófilo, quien definía al testamento como "Un acto unilateral y solemne por el cual una persona manifiesta su voluntad para que se cumpla para después de su muerte".<sup>(26)</sup>

Como se puede apreciar de la anterior definición, se encuentran grandes semejanzas con la definición que a partir de éste Capítulo nos deberemos

(25) Floris Margadant S. Guillermo, obra citada, pág. 46?

(26) Bonnacase, Julien, Elementos de Derecho Civil, sexta edición, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Puebla, 1946, pag. 241

de enfocar, y nos referimos a aquella que nos da nuestro código civil para el Distrito Federal, mismo que define al testamento como "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".

#### B).-NATURALEZA JURIDICA DEL TESTAMENTO.-

Respecto a la naturaleza jurídica del testamento, se ha tratado de dar con el tiempo distintas explicaciones, en donde en algunas de las veces se le ha considerado como un contrato, en otras como una obligación, siendo más aceptadas aquellas que nos dicen que el testamento es un acto jurídico unilateral, y es precisamente de esta base de donde podremos partir a fin de enfocar en una forma lo más precisa posible, la naturaleza jurídica respecto de los testamentos.

En cuanto a que el testamento sea un acto jurídico, Traviesa lo considero aun más, como un negocio jurídico completo. Sobre ese mismo aspecto, Demófilo de Buen dice, que dentro del testamento existen algunas declaraciones que tienen eficacia por si mismas y que otras exigen la aceptación, esto último según este autor, constituye un elemento de una creación de derecho y que en cuanto a las que tienen eficacia por si mismas, el testamento es entonces un acto jurídico perfecto.

---

(27) Arce y Cervantes Jose, De las Sucesiones, primera edición, Porrúa, México, 1983, pág. 48

Encontramos al respecto, y ya dentro del pensamiento jurídico moderno, que se conside al negocio jurídico como que sería una conducta permitida, llamese también como declaración de voluntad que realiza un particular con el objeto de que se produzcan los efectos que se pretenden precisamente con esa conducta, pero que sólo se producen en el ámbito de lo jurídico privado. Se considera también como un negocio jurídico privado "mortis causa" con el carácter de unilateral, ya que el testamento que es precisamente un acto jurídico unilateral de la voluntad, es ejecutado libremente por el testador, con el fin previsto y sancionado por el derecho, de que la voluntad que ahí expresa va a tener precisamente los efectos jurídicos que busca el testador, entendiéndose claramente que se hace bajo los lineamientos permitidos (28) por la propia Ley.

El testamento viene a ser también por su naturaleza, un acto jurídico definitivo, si se entiende que lo que en él se dispone es aquello que el otorgante quisiera precisamente que sucediera, y que para el caso de que esto último ya no fuere así, entonces se tendrá la facultad de revocarlo. Por otra parte, si el testamento es revocable, entonces se está ante la presencia de un acto jurídico completo, ya que si se pretende revocar un acto que no existe jurídicamente, estaríamos hablando de un absurdo.

A manera de poder conjuntar todos los aspectos que de una manera u otra nos orientan a fin de poder ubicar claramente cual es la naturaleza jurídica de los testamentos, podemos entonces establecer los siguientes:

(28) Arce y Cervantes José. Obra citada, pag. 49

1).-Es un acto de ultima voluntad; esto es, para despues de la muerte, ya que la muerte del otorgante seria la que diera inicio a sus efectos pretendidos, sin producir ninguno antes de este acontecimiento.

2).-Es un acto revocable; expresa una voluntad del otorgante y la voluntad del ser humano es cambiante, por lo que antes de la muerte, que es el momento en que dan inicio los efectos del testamento, el propio otorgante puede cambiar o incluso revocar su voluntad ulterior.

3).-Es un acto libre; aun cuando el testamento es considerado como libre y conciente, suelen darse casos en que esto no llega a ser asi, es decir, cuando esa voluntad libre de que hablamos llega a ser alterada por violencia, dolo, fraude, etc., entonces los efectos del testamento no podran surtir sus efectos deseados.

4).-Es un acto de disposicion de bienes, aunque no sea precisamente de bienes propios, ya que puede contener disposicion de bienes que no sean propios en el momento de que se otorgue el testamento, pero que el testador adquiriera despues.

5).-Es un negocio no receptivo; no esta destinado a ser conocido antes de la muerte del testador, siendo tambien secreto. El ser no receptivo, es por dos circunstancias: de que por voluntad del testador esa voluntad expresada no surta efectos antes de su muerte, y de que hay la posibilidad de que esa voluntad sea revocada.

b).-Es un acto solemne; esto es, que requiera de una solemnidad para que el acto tenga una existencia como tal. Al respecto, nuestro código civil excluye la falta de solemnidad de la regla general de la nulidad del testamento cuando se otorga en contravención a las formas prescritas. (29)

### C).-PRINCIPIOS GENERALES DEL TESTAMENTO.-

La sucesión o herencia en nuestro orden jurídico, se refiere por voluntad del hombre o por disposición de la ley; la primera se llama testamentaria y la segunda legítima. Teniendo que la diferencia entre estas, se da en que en la testamentaria el autor designa libremente a sus herederos o legatarios y, en la legítima la ley siempre suple esa voluntad del titular del patrimonio, y tomando en cuenta sus deberes familiares, hace la designación de herederos, sin que en ésta existan legatarios.

La sucesión testamentaria, y concretamente el medio por el cual una persona determina su patrimonio para después de su muerte, nos da motivo a analizar a fondo los principios generales que lo rigen;

#### a).-MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD.-

El testar no es solo un acto del hombre, sino un acto esencialmente volitivo, con el amplio sentido de que la psicología le da a cada una de las etapas de su proceso formativo: la concepción, la deliberación, la

(29) Arce y Cervantes José, Obra citada, pág. 43 a 45



decisión y la ejecución, y que involucran no sólo al aspecto jurídico, sino  
también aquellos motivos personalísimos, morales, sentimentales, económicos, etc.,  
que influyen y determinan la mentalidad del testador.

León Duquít, al exponer su teoría sobre el acto jurídico, en  
crítica a la teoría clásica (Plantol, Colin y Capitan) que enfatiza a la  
voluntad como fuente productiva, es decir, productora de los actos, sostiene que  
es la ley la causa generadora de dichas consecuencias de derecho, porque  
mientras la voluntad no se manifieste exteriormente (se ejecute), no le interesa  
al derecho y la ejecución, además de ser ajena ya al acto volitivo propiamente  
dicho, sólo puede producir efectos jurídicos en tanto que la norma legal quiere  
reconocerla y ampararla, y esta no está al servicio de la voluntad para conocer  
y proteger en todo tiempo las consecuencias arbitrarias, lícitas o ilícitas que  
se proponga el sujeto.  
(30)

Julien Bonnacase, autor de la teoría ecléctica que sigue nuestro  
código civil vigente, opina que los efectos jurídicos devienen conjuntamente de  
la manifestación de la voluntad y de la sanción que la atribuye la ley.  
(31)  
Sin embargo, en materia de testamentos, los aspectos internos del acto  
volitivo (concepción, deliberación y determinación) adquieren una relevancia  
esencial de la producción de los actos jurídicos, pues contrario a lo que sucede  
en los contratos y demás actos jurídicos, en el testamento la ley permite a su

---

(30) Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial  
Porrua, México, 1956, pag. 178

(31) Bonnacase Julien, Elementos de Derecho Civil, Editorial Cotija, S.A.,  
Puebla, Puebla, 1946, pag. 243

ante variaciones a su antojo y cuantas veces lo desee, atenderán exclusivamente a los dictados de su estado anímico y de su conciencia, sin más limitaciones que la de hacerlo por medio de otro testamento.

b).-UNILATERALIDAD.-

La existencia del testamento se determina por la declaración de voluntad de una sola persona física. Ha decir de José Arce y Cervantes, el testamento no es un acto receptivo. Por lo que a diferencia de la policitación u oferta para contratar, no requiere para su eficiencia que se haga llegar o se informe a la persona que va a afectar, ni mucho menos que esta la acepte. Ya se verá en el Capítulo relativo a la ineficacia de los testamentos, que el repudio es irrelevante para la ineficacia del testamento, pues implica sólo la renuncia a un derecho adquirido que, incluso puede ser forzado a aceptarse por los acreedores ya sean del heredero o bien del legatario.

Aun más, conforme a su naturaleza de sucesión "mortis-causa", el testamento debe de ser secreto hasta que acontezca el deceso de su autor, pues es obvio que éste no desea que su última voluntad sea motivo para que sus sucesores instituidos lo juzguen o lo presionen en vida, para modificar sus deseos respecto del destino de su patrimonio.

Por otra parte, la esencia revocable de las disposiciones testamentarias, realizable casi a capricho del testador en cualquier momento de

(52) Arce y Cervantes José, obra citada, pag. 52

su vida, hasta el límite de volver al testamento un nada jurídico, pone de relieve ésta característica de la unilateralidad, pues antes del fallecimiento del testador, el testamento no crea derechos a favor de los designados como beneficiarios en el mismo, por lo que el autor de la disposición testamentaria continúa con la plena titularidad de su patrimonio, en el goce de sus derechos y el compromiso de cumplir con sus obligaciones. Muerto el testador, se extingue su personalidad jurídica y ya no puede ser susceptible de derechos y obligaciones. El testamento entonces, no vincula a su autor ni vivo ni muerto, con nada ni con nadie.

c).-ESENCIALMENTE LIBRE.-

Para que tenga lugar una plena manifestación de la voluntad, el proceso volitivo habido en el fuero interno del sujeto, debe de contar con un plano de absoluta autoridad y autonomía, tanto ambiental como legal. La naturaleza del testamento exige esa libertad, su gratitud implícita la justifica, pues no existe contraprestación alguna a favor del testador por la transmisión de su patrimonio.

Este panorama de libertad que debe de caracterizar el acto emisor del testamento, contempla dos aspectos fundamentales que contemplan o que tutelan la independencia de la fuente volitiva, de la cual trataremos de hacer una breve exposición, con la finalidad de poder justificar una opinión particular al respecto.

En primer lugar, el legislador con diversos dispositivos,

consagra el principio general de que en todo acto jurídico la voluntad se exprese con plena conciencia y exenta de coacción. La violencia que fuerza la voluntad y el error que oscurece la inteligencia, impide que el acto viciado por ellos sea eficaz, así es como lo afirma José Arce y Cervantes. <sup>(33)</sup> Y el testamento en su calidad indudable de acto jurídico, no escapa a los efectos destructores de esas causales de ineficacia. Con todo para salvaguardar de vicios la voluntad del testador, nuestro código civil vigente para el Distrito Federal ha consagrado la facultad de revocar en cualquier tiempo el testamento, y dejar sin efectos las instituciones de herederos o legatarios que se hubieren hecho bajo el influjo del temor, el error, o la desesperación, únicos vicios de la voluntad que podrían recaer a ésta, según lo considera el autor Jorge A. Domínguez Martínez. <sup>(34)</sup>

En segundo término, desde la promulgación del código civil de 1884, se aprobó la libre testamentación y el código vigente siguió el mismo sistema. Consiste en que el testador salvo la obligación de dejar alimentos a los familiares que dependan económicamente de él, es libre para transmitir su patrimonio a la o las personas que desee.

Antes, en nuestro País regía la testamentación legítima forzosa, establecida durante la vigencia de las leyes especiales y subsistente aún en el código civil de 1870, que establecía la división de los herederos en dos categorías: Los forzosos; parientes a quienes no se les podía privar de por

(33) Arce y Cervantes José, obra citada, pag. 53

(34) Domínguez Martínez Jorge A., El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982, pag. 63

lo menos una parte de la herencia: y los voluntarios, los que eran libremente escogidos por el testador. Esta institución de la legítima forzosa, fue prescrita por nuestros ordenamientos civiles por antieconómica y contraria al derecho de propiedad, atentatoria de la autoridad paterna y por ser un obstáculo para el desarrollo de la cultura y de la industria en gran escala, a causa de la división de las propiedades que la legítima hacía necesariamente en forma periódica.

Como reacción en cadena, se desataron los más variados argumentos en favor del cambio de la libre testamentación, que van desde lo estrictamente jurídico hasta lo sentimental, pasando por lo económico y que básicamente se sustentan en el principio de la libertad individual y la no restricción del derecho de propiedad. Los hijos, el conyuge y los demás parientes, tienen asegurada su participación en la herencia, en la medida en la que hayan sembrado afecto en el testador: y este puede privar de herencia al conyuge o pariente ingrato que lo haya abandonado, o que no lo merezca. Ademas se produce un necesario y útil estímulo para el trabajo de los herederos legítimos del testador, que saben que al fallecer este, pueden no verse favorecidos con los bienes de la herencia y que más vale contar siempre con la actividad productiva propia.

La libre testamentación implica no sólo el derecho de la persona de disponer libremente de su patrimonio por testamento, sino que anula de pleno derecho cualquier pacto, convenio o contrato, en el que el testador se obliga a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o a transmitir por

testamento solo parte de sus bienes y reservarse otra parte para sus herederos legítimos.

Sin embargo, a pesar de que en nuestro código civil vigente impera la libre testamentación, como resabio de la abolida institución de la legítima forzosa, restringe la libertad dispositiva del testador, imponiéndole la obligación de dejar alimentos a sus descendientes menores de dieciocho años o incapacitados, conyuge o concubino que no tenga bienes y estén incapacitados para trabajar, a los ascendientes y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado incapacitados (si no tiene parientes más próximos en grado).

El incumplimiento del testador de la obligación de dejar pensión alimenticia a las personas antes mencionadas, lo sanciona la ley, otorgando a estas la acción de "inoficioso testamento" (igual que en la legítima forzosa) pero limitada en sus efectos jurídicos a que se les cubra la pensión alimenticia a que tienen derecho, sin perjuicio de la validez del testamento y, por tanto, de la institución de herederos.

Nuestro código civil dispone categóricamente en su artículo sexto que: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley ni alterarla ni modificarla...", menos aun si se afecta el orden público. Los alimentos son de orden público, puesto que no es renunciabile el derecho a recibirlos, ni puede ser tratado materia de transacción sin embargo, la norma que impone al testador el deber de dejar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos de él, debemos considerarlas como "leye imperfectae", de

las que se ha dicho que en realidad solo en apariencia son normas jurídicas, porque están desprovistas de sanción para su transgresor.

Será inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia debida, según lo dispone el numeral 1374 del código civil vigente en el Distrito Federal. Pero esta inoficiosidad del testamento no tiene ya el carácter de sanción, ni produce la ineficacia total o parcial del acto, como en la institución de la legítima forzosa, sino que únicamente establece previa decisión judicial, el derecho a la pensión alimenticia del preterito (heredero legítimo olvidado en el testamento), subsistiendo el testamento con todo lo que no perjudique ese derecho.

Un absurdo que se presenta en la institución de la legítima forzosa, que restringe el principio de la libre testamentación ordenada por nuestro ordenamiento sustantivo civil, lo constituye el caso del hijo póstumo, el cual dice la ley, tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiese testado. Si el testador conoce la preñez de la madre de su futuro hijo (sea legítimo o extramatrimonial) puede disponer cualquier otra cosa, pero si desconoce su futura paternidad y muere ignorante de esa situación, la herencia testamentaria puede disminuirse y aún desaparecer por el nacimiento del póstumo.

En nuestra opinión, esta pretendida obligación del testador de dejar alimentos a las personas que se listen en el artículo 1368 de nuestro código civil, así como la conversión del hijo póstumo en heredero legítimo

forzoso, resultan defectuosos e injustos, porque presuponen hechos que normalmente serán desconocidos para el testador al momento de otorgar su testamento; es obvio que en la mayoría de los casos, el testador ignora quienes van a tener derecho a alimentos cuando él muera y en que cantidad van a necesitarlos y sobre la posibilidad de un hijo póstumo, la incertidumbre se acrecienta aún más.

Pensamos que es más congruente que el conyuge o la concubina y los parientes necesitados (incluido el hijo postumo) del testador, mantengan siempre un derecho a alimentos sin necesidad de declaración de inoficiosidad del testamento y con la misma cuantificación (necesidad-posibilidad) establecida en el derecho de familia, estatuyendo simplemente el débito alimenticio como un vínculo no extinguido por la muerte, aunque exigible solo a falta o imposibilidad de los parientes más próximos y a cargo siempre de la masa hereditaria. Consecuentemente, se impone la abolición de los numerales del capítulo V del título segundo, libro tercero, del código civil vigente en el Distrito Federal, para hacer factible, justo y auténtico el principio de la libre testamentación en nuestro derecho positivo.

d).-PERSONALISIMO.-

En la celebración de los actos jurídicos, pueden intervenir una o varias personas, a las que se les denomina actor o parte, según se trate y, en su mayoría pueden efectuarse por medio de representantes o bien podría ser por medio de voluntarios.



El testamento por el contrario, es un acto personalísimo en cuyo otorgamiento no cabe la pluralidad subjetiva (no son ni actores ni parte los que intervienen en la celebración del acto por simple exigencia de forma, como el Notario o los testigos, ni la figura jurídica de la representación).

Por declaración expresa de la ley (art. 1297 del código civil vigente), la disposición testamentaria requiere de la intervención personal de su autor; ni la institución de herederos o legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos comprenden; pueden dejarse al arbitrio de un tercero. Esta prohibición sin embargo, no es absoluta, pues admite las dos siguientes excepciones; primero, cuando el testador encarga a un tercero la distribución de las cantidades que deja a clases determinadas, con parientes, pobres, huérfanos, etc..., y la elección de las personas a quienes aquellas deben aplicarse y, segundo, cuando el testador encarga a una tercera persona la elección de objetos y establecimientos públicos o de beneficencia, a los que deja sus bienes y la distribución de las cantidades que a cada uno correspondan (arts. 1298 y 1299). Pero en estos casos de excepción, no se trata de dejar realmente a un tercero la verdadera institución de herederos o legatarios, que ya fue hecha por el testador, sino tan sólo escoger a los individuos de una clase determinada que ya fué elegida genéricamente por el autor del testamento.

Es lógico suponer, y así lo admite nuestro derecho positivo, que los testadores otorgan sus testamentos en favor de determinadas personas, movidos por alguna causa que a ellos les induce, es decir, que tienen algún motivo para hacer la institución y que sin ella se hubiera abstenido de hacerlo.

Por otra parte, como ya indicamos la expresión "personalísima" implica también que el testamento contenga sólo la voluntad de una persona. Existe en nuestro código civil vigente prohibición categórica de que en el mismo acto testen dos o más personas, ya sea en provecho recíproco o ya en favor de un tercero. Empero nada impide que dos personas (sobre todo si son conyuges) dispongan de sus bienes en provecho la una de la otra, o en favor de un tercero (como podía ser los hijos de ambos) en dos testamentos distintos, pues la finalidad de este principio, es garantizar la espontaneidad de la voluntad manifestada en el testamento, es decir, la no concurrencia simultánea con otras voluntades que pudieran influirlas, pero de ninguna manera anular la reciprocidad o coincidencia de la institución de herederos, que como en los casos señalados resulten convenientes.

En nuestro concepto, este principio que identifica al testador con un acto unipersonalísimo, apoya la tesis de que es un acto igualmente único que excluye por su naturaleza estrictamente patrimonial, la coexistencia de otros actos que no sean testamentarios.

#### e).-REVOCABILIDAD.-

Este principio está íntimamente relacionado con los analizados anteriormente, y es consecuencia lógica de ellos puesto que el testamento es una manifestación unilateral de la voluntad esencialmente libre, y la voluntad humana es infinitamente cambiante, hasta que sobreviene la muerte. Por ello, se afirma que "el testamento es un acto de última voluntad" es decir, "mortis

causa", con efectos jurídicos definidos hasta después de la muerte de su autor. El testador frecuentemente no indica su disposición testamentaria momentos antes de su deceso, sino con bastante anticipación a este suceso, siendo éste último caso, en el que se haya ante la incognita de la relación que guardarán sus relaciones afectivas, familiares y aún patrimoniales, cuando llegue su muerte; Por tanto, actúa basado en el panorama que tiene presente en el momento de testar. La ley debe garantizarlo, y de "jure" lo hace, la reserva de modificar o revocar totalmente su testamento, si se alteran las condiciones previstas a sus efectos, sus deberes familiares, sus bienes o cualesquiera de sus motivos que hayan determinado su voluntad al testar.

Nuestro derecho positivo reconoce y reafirma este principio, de que el testamento es un acto revocable hasta el último momento de la vida del testador, en diversas y categóricas disposiciones; por tal motivo, expresamente se ordena que... "la renuncia de la facultad de revocar el testamento es nula.

La revocación puede ser expresa o tácita; expresa, es la que hace el testador con palabras claras y terminantes, declarando que revoca el testamento que tiene otorgado con anterioridad; Y, tácita, es la que resulta de la voluntad del testador no manifestada de una manera expresa, pero que se deduce claramente de la ejecución de ciertos actos que determinan la ley; como el otorgamiento de un nuevo testamento y la enajenación de los bienes del testador antes de su muerte.

Es así como declara nuestro código civil ; que el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquel subsista en todo o en parte; porque por el hecho del nuevo otorgamiento demuestra que ha cambiado de voluntad, pues de no ser así lo habría manifestado. Los términos del proceso citado nos demuestra que el testamento anterior queda revocado por el posterior, si se ha otorgado llenando todos los requisitos que la ley exige para su eficacia; sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testamento revocando el posterior declara que es su voluntad que subsista el primero.

La revocación produce todos sus efectos aunque el segundo testamento quede sin efecto por incapacidad del heredero o legatario nuevamente nombrados o por repudio, porque el testador ha manifestado válidamente su voluntad de revocar el primero, y esa voluntad no puede alterarse por un hecho extraño al mismo testador.

#### f).-DETERMINACION DEL DESTINO DE PARTE O DE LA TOTALIDAD DE LOS BIENES DEL TESTADOR.-

El testador será libre de disponer de sus bienes, ya sea de la totalidad de los mismos o solamente de parte de ellos sin decidir acerca de la otra parte, ya sea porque esa sea su voluntad expresada a su libre albedrío o porque no previó nada respecto a un posible aumento de su patrimonio después de dictar su testamento; casos estos últimos en los que la ley llama a suceder, respecto de la parte no mencionada en el testamento, a los herederos legítimos.

que incluso pueden coincidir con los instituidos por el testador.

El testamento es el más importante de los actos jurídicos unilaterales del derecho privado, porque significa la transmisión voluntaria de la titularidad de un patrimonio por causa de la muerte del testador.

La transmisión a título universal o particular es el que constituye el principal fin del testamento, sin embargo, a decir de Rafael Rogina Villegas: "El testamento puede producir cuatro grandes consecuencias jurídicas que generan los actos jurídicos: crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones y el derecho hereditario debe hacer el análisis completo de esas cuatro grandes consecuencias de derecho aunque dedicando especial atención a las de transmisión".<sup>(35)</sup>

Atendiendo a la definición que nos da Jose Castan respecto a la sucesión, tenemos que es la continuación de la titularidad de aquellas relaciones jurídicas patrimoniales, activas o pasivas, de un sujeto fallecido que no se extinguen por su muerte. "La muerte pone fin a la persona física del individuo, pero su patrimonio no desaparece con él." Aunque el patrimonio hereditario debe ser considerado en cierto sentido como un patrimonio separado, pues el que jurídicamente sea llamado a sucederlo, si bien lo reemplaza en su soberanía patrimonial, es decir, queda investido de sus derechos, y obligado por

---

(35) Rogina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Editorial Porrúa, México, 1985, pag. 384

sus cargas, éste reemplazo opera con beneficio de inventario.

La sustitución del heredero en la titularidad del patrimonio del testador, no se realiza en forma instantánea, pues las limitaciones humanas exigen que se lleve a cabo mediante un proceso o trámite sucesorio, que tiene que recorrer muchos pasos hasta la adjudicación. La sucesión va a producir la fusión del patrimonio neto que dejó el autor del testamento con el patrimonio del heredero, pero el proceso a trámite sucesorio impide temporalmente esa confusión para varios efectos, como son; la liquidación de la herencia (cobro de créditos, pago de legados y deudas) y su aceptación o repudio. Como ya lo vimos, antes de la muerte del testador, sólo nace un derecho del heredero a la adquisición de la titularidad del patrimonio, pero esto no quiere decir que se transmita de facto la propiedad del patrimonio.

En nuestro concepto, la teoría del patrimonio que debe regir en las sucesiones y en especial la institución del testamento, es la teoría objetiva y económica (representada principalmente por Bonz y Beacher), que le atribuye al patrimonio un doble aspecto, económico y jurídico; definiéndose en el primero de estos sentidos, como el conjunto de derechos y obligaciones en su apreciación económica; en el segundo, como el conjunto de relaciones jurídicas, activas y pasivas, pertenecientes a un sujeto que sea susceptible de estimación de naturaleza pecuniaria. Esta teoría defiende también la existencia de un patrimonio como una individualidad jurídica propia, sin tomar en cuenta que se

---

(36) Castán Fabeñas José, Derecho Civil Español y Foral, Editorial Reus, S.A., Madrid, España, 1974, pág. 222

(37)

este unido o no a una persona.

Ahora bien, hay que determinar que derechos y obligaciones no se extinguen por la muerte, es decir, que es lo que integra el patrimonio hereditario y, por tanto, cual es el objeto indirecto del testamento en su entidad de acto jurídico.

Son transmisibles por herencia:

1).-Todos los derechos reales, excepto el usufructo, el uso y la habitación que por ser vitalicios terminan con la muerte de su titular.

2).-Las relaciones nacidas del derecho de crédito, activas o pasivas, que no se extinguen con la muerte (aquí queda incluido el débito alimenticio).

3).-Las cuantas o primas a cuyo pago, reintegro o devolución haya tenido derecho el autor de la herencia.

4).-Los bienes que resulten de la disolución de la sociedad conyugal.

5).-Los derivados de su carácter de heredero o legatario de otra

---

(37) Rogina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Bienes, Derechos Reales y Posesión, Editorial Porrúa, S.A., tomo III, México, 1981, pag. 77

herencia ya abierta, y otras expresamente permitidos por la ley.

No son transmisibles por herencia!

1).-Los derechos públicos (garantías individuales o sociales).

2).-Los derechos políticos.

3).-Los derechos personalísimos, ligados a su titular por el parentesco; matrimonio, tutela, curatela o por su carácter de asociado en una sociedad civil.

4).-Las relaciones laborales.

5).-Los derechos patrimoniales de duración limitada (pensión por renta alimenticia).

6).-Las sanciones penales.

7).-Las cuotas que se deban al I.M.S.S. y otros expresamente prohibidos por la ley.

Existen relaciones jurídicas que pueden o no ser transmisibles a los herederos, según se pacte, como: el derecho de aparcería, el carácter de socio, el derecho de autor, los derechos sobre de un contrato doméstico, etc.



Con todo lo anterior, insistimos; sólo pueden ser objeto de un testamento: El conjunto de relaciones jurídicas, activas o pasivas susceptibles de estimación pecuniaria.

No caben pues en el concepto de "disposición testamentaria", ninguna otra determinación que no sea de carácter estrictamente económico.

Si consideramos los principios que rigen fundamentalmente al testamento, y que son: Que es esencialmente revocable, que determina el destino de un patrimonio, y que produce efectos después de la muerte de su autor, tendremos que excluir necesariamente como actos integrantes del testamento; la declaración y cumplimiento de deberes de que habla nuestro código civil vigente.

Nuestro derecho positivo permite que el reconocimiento de hijos se haga (además de: en la partida de nacimiento, en acta especial ante el Juez del Registro Civil, por confesión judicial, en escritura pública) por testamento, pero en realidad, por todo lo anteriormente cuestionado, no se ajusta al contenido de una disposición testamentaria, sino que es un acto jurídico con regulación propia, ejecutable por medio de un testamento, pero que está fuera de la etiología jurídica de éste.

Iguales argumentos de crítica merecen, los demás actos jurídicos que el código civil vigente menciona en su artículo 1295, como "declaraciones o cumplimientos de deberes para después de la muerte." Tales confesiones y obligaciones naturales (como el reconocimiento de adeudo y aún el

reconocimiento de hijo), pueden producir sus efectos antes de la muerte del testador, pues, dada su naturaleza jurídica, nada impide que se deducan judicialmente las acciones correspondientes, e incluso, se ofrezca como prueba al propio testamento.

A modo de conclusión al respecto, afirmamos que el único objeto como elemento esencial del testamento, es la determinación del destino de parte o de la totalidad del patrimonio de una persona para después de su muerte.

Al determinar el testador el destino de parte o de la totalidad de su patrimonio para después de su muerte, está diciendo quien o quienes lo sucederán en la titularidad de éste patrimonio, lo que implica dos aspectos diferentes: primero, está instituyéndose (designando) a sus sucesores patrimoniales y; segundo, está ejecutando actos de disposición de sus bienes. Lo anterior nos lleva a considerar que el testador puede elegir las formas más variadas para llevar esa institución de sucesores (herederos o legatarios) y esa disposición de bienes, individualizando sobre éstos y aquellos, en una o varias declaraciones o cláusulas, cada una de las cuales llamada por la ley, "institución de herederos o legatarios" o "disposición testamentaria", son independientes unas de otras, pudiendo ser incluso nulas unas y tener plena eficacia las otras, de acuerdo a circunstancias de origen o que acontecen durante la vida del testador o después de muerto éste.

D).-DISTINTAS ESPECIES DE TESTAMENTOS.-

a).-ORDINARIOS.-

Son aquellos a los que el testador recurre en condiciones normales, es decir, que no se le presenta ninguna situación por la cual deba de pensarse en la posibilidad de un testamento bajo condiciones pudiera decirse urgente, o por las cuales no se pueda esperar.

Por su parte, los testamentos ordinarios se subdividen en:

1).-PUBLICO ABIERTO.-

Este se da cuando el acto testamentario no es oculto ni secreto, y es realizado ante la presencia de tres testigos y un Notario. Este tipo de testamento tendrá que redactarse de una manera escrita, así como también deberá constar en él, la "última voluntad del testador". Como ya se dijo, intervienen en él tres testigos (sujetos que identifican el acto), y que también se les conoce como instrumentales; no es necesario que todos sepan firmar, pues cuando uno no lo sepa hacer, lo hará otro de ellos, debiéndose hacer constar en el instrumento tal situación y por lo menos deberá constar la firma entera de dos de los testigos.

Así, nuestra legislación ha establecido ciertas reglas a efecto de que se pueda llevar a cabo éste testamento; nuestra ley al respecto establece

que..."El testador expresará de un modo claro y terminante al notario y a los testigos su voluntad. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leera en voz alta, para que manifieste el mismo testador si está conforme con ello. Si lo estuviera, firmarán todos el instrumento, asentándose el mes, día, año y hora en (38) que hubiere sido otorgado." Y, así de este modo, el notario dará fe de que se llenaron todos los requisitos o formalidades exigidas por la ley, para otorgar un testamento público abierto.

Igualmente, se estatuye que si el testador no supiere firmar, se debiera contar con un testigo mas a efecto de que este firme a ruego y encargo de aquel. Si no pudiera ser llamado otro testigo y el acto fuere de extrema urgencia, firmará en lugar del testador uno de los instrumentales, haciendose constar ésta circunstancia en el propio instrumento del notario. Pero si alguno de los testigos no supiere firmar, como ya se menciona podrá otro de ellos firmar por él, por lo que siempre deberá haber un minimo de dos testigos que sepan firmar.

Para el caso del sordo, cuando éste sepa leer, debiera dar lectura a su testamento; pero si no supiere leer, designara a otra persona para que lo lea en su ruego y encargo.

Si el testador fuese ciego, el testamento debiera leerse dos veces, una por el notario y otra por uno de los testigos o bien por aquella persona que designe el testador para tal efecto.

(38) Fernandez Aquirre, Arturo, Derecho de los Bienes y Sucesiones, Editorial Cajica, Mexico, 1963, pag. 518.

Cuando sea otorgado por una persona que no hable español, será necesaria la presencia de dos intérpretes y los testigos deberán hablar el idioma del testador. Este redactará su disposición testamentaria por escrito, y si no supiere o no pudiere escribir, declarará su voluntad a los intérpretes, quienes escribirán el testamento que dicte aquel y harán la traducción al castellano, ésta se asentará en el protocolo del notario, mandándose agregar al apéndice correspondiente de dicho protocolo el documento privado en que se encuentre redactado el testamento que deberá ser firmado por el testador en su caso.

El artículo 1512 de nuestro código civil, establece que el notario deberá redactar por escrito el testamento, pero la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha interpretado el precepto en el sentido de que no es necesario que lo escriba de su puño y letra, sino que puede ser dictado a uno de sus emanuenses.

Todos los testamentos públicos abiertos, deberán llenar los siguientes requisitos, mismos que se han considerado como formalidades: Hacerse en un acto ininterrumpido y, que el notario de fé de que se cumplieron con todos los requerimientos legales.

Para el caso de que alguna de las formalidades exigidas por la

---

(39) Amparo Directo 5927, Gladys Chamí Manzanilla de Dramas, Julio 28 de 1977, mayoría de tres votos, Ponente: Muro. J. Ramón Palacios Vargas, tercera Sala, Informe 1977, segunda parte, tesis 174, pag. 150

ley llegase a faltar, el notario será responsable de los daños y perjuicios, incurriendo además, en la pérdida de la patente para continuar con sus funciones.

Como ventajas del testamento público abierto, podemos mencionar entonces: a).-Puede ser otorgado por cualquier persona aún cuando no sepa leer ni escribir; b).-tiene todas las garantías que el caso requiere, como son la competencia y la responsabilidad del notario que es ante quien se otorga; c).- tiene toda la fuerza probatoria de los documentos auténticos.

## 2).-PÚBLICO CERRADO.-

Es aquel en el que el testador hace su testamento (disposición) en un documento privado, que guarda en un sobre cerrado y que es escrito por el mismo testador o bien por otra persona a ruego y encargo del primero de los mencionados, firmado al calce y rubricado, debiendo también ser rubricadas cada una de las hojas que integran el mismo.

A este testamento se le llama también místico o secreto, teniendo la garantía de que el notario recibe la última voluntad del testador en un sobre cerrado y por lo tanto desconocen el contenido del mismo. El papel en que este escrito o la cubierta deberá estar cerrado y sellado, o se hará sellar en el momento de manifestar dicha circunstancia ante el notario y testigos. Cuando uno de los testigos no supiere firmar, será necesario llamar a otro para que firme en nombre del primero y ante su presencia, para que en la cubierta se contengan

siempre tres firmas, como lo establece nuestro código civil para el Distrito Federal en su artículo 1528 y solo en los casos de suma urgencia podrá firmar en el supuesto anterior otro de los mismos testigos, ya sea por el que no sepa firmar o bien por el testador; el notario deberá hacer constar esta circunstancia, bajo la pena de suspensión de oficio por tres años.

Este tipo de testamento no lo podrán llevar a cabo las personas que no sepan leer ni escribir, ya que necesariamente tendrán que recurrir a otra persona para que escribiera el testamento y de esta manera, no se tendría la certeza de que el testador hubiese escrito el testamento referido. Y si se llegase a hacer la disposición testamentaria a través de otra persona que no fuera el testador, se perdería la esencia de la disposición testamentaria secreta.

Los sordo-mudos podrán hacer este tipo de testamento, siempre y cuando al llevarse al notario se alleguen de cinco testigos, debiendo escribir en la cubierta del sobre en el que se contenga el papel en que está escrito el testamento, que ahí está escrita su última voluntad, debiendo ser escrita y firmada de su puño y letra del testador. El Notario declarará en el acto, que el testador lo hizo así. Si el testador no pudiese firmar la cubierta, la firmará otra persona en su nombre y en su presencia. (40)

Con el fin de que se pueda ejecutar este testamento, deberá

---

(40) De Ibarrola Antonio, Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, quinta edición, México, 1981, págs. 687 a 689

abrirse de tal forma que quede fuera de cualquier duda, que el pliego interior era el que contenía la cubierta, sin que sea otro, y de que no haya habido posible alteración, siendo que lo que en verdad da fuerza al interior son las circunstancias y ceremonias de presentación.

Una vez que se ha cerrado y autorizado el testamento, se le entrega al testador, quien lo podrá conservar consigo, darlo a guardar a otra persona de su confianza, o en su defecto, depositarlo en el archivo judicial en donde se hará asentar en el libro correspondiente la razón del depósito o entrega del testamento y será firmado por el Director de la dependencia y por el testador, a quien se le dará copia autorizada. Puede ser presentada en el Archivo Judicial por la propia persona, o bien por otra, siempre que ésta última tenga un poder especial otorgado ante notario público y así también podrá ser retirado por el testador en cualquier momento y su entrega se hará con las mismas solemnidades que el depósito. La disposición testamentaria también podrá ser retirada por otra persona distinta del testador, siempre y cuando se haga constar en escritura pública, misma circunstancia que se deberá hacer constar en la nota respectiva.

Respecto de su apertura, esta debe hacerse ante el juez competente que conozca del juicio sucesorio del de cujus y en presencia del notario que levanto el acta, entregando el sobre que contiene el pliego, con la presencia de los testigos que concurren a ese acto, y si no pudieran comparecer todos los testigos por muerte, enfermedad o ausencia, bastará el reconocimiento de la mayoría y del notario. Si por alguna causa no pudiere



comparecer el notario, la mayor parte de los testigos o ninguno de ellos, el Juez lo hará constar por información, así también la legitimidad de las firmas y de que en la fecha en que ese acto se celebró se encontraban aquellos en el lugar en que se otorgó. (41)

Una vez satisfechos todos los requisitos mencionados, el Juez decretará la publicación y protocolización del testamento, ya sea ante el propio notario o en su defecto, por el que sea designado por los herederos insituídos, transcribiéndose el testamento que se contenía en el pliego privado, en el protocolo del Notario.

En este tipo de testamento, encontramos una nulidad especial; esta se da cuando se encuentra rota la cubierta o abierto o roto el pliego interior, o borradas, raspadas o emendadas las firmas que lo suscriben, esto aún cuando el contenido no sea alterado. Del mismo modo, es señalada una incapacidad especial para heredar, ya que la persona que tuviere bajo su guarda el testamento y no lo presentare a la autoridad competente, o lo sustrajera dolosamente de los bienes del testador, perderá su derecho como heredero por intestado, sin perjuicio de la pena por el delito cometido.

Para que sea válido, se requiere que se cumpla con una serie de requisitos, formalidades y solemnidades, como las ya anteriormente apuntadas. Los notarios por lo general no recomiendan llevar a cabo este tipo de testamento, porque si el testador por alguna causa no llegare a escribir su

(41) De Ibarrola Antonio, Obra citada, pág. 690 y 691

verdadero sentir y pensar, acarrearía consecuencias negativas, que serán en perjuicio de futuros herederos.

### 3).-OLOGRAFOS.-

Para el otorgamiento de esta clase de testamentos, no se requiere de un notario para su otorgamiento y validez, solamente requiere de la presencia de un funcionario, que es el Director del Archivo General de Notarías, para que dicho documento sea depositado en las oficinas de la mencionada dependencia.

Este testamento constituye una excepción a la regla general que marca el artículo 1306 del código civil vigente, en el que se dan limitativamente los casos en que las personas no podrán otorgar testamento, y así, en la tracción primera se señalan a los menores que no hayan cumplido dieciséis años de edad, sea cual fuere su sexo, encontrando así una excepción a la regla general, pues este testamento del que estamos tratando sólo puede ser otorgado por personas que hayan cumplido dieciocho años.

El código de 1884 para el Distrito Federal, no reglamentó éste tipo de testamentos, ya que el testamento en sí era considerado como solemne y por tal motivo debería intervenir para su otorgamiento un notario. Por su parte, en el código civil vigente se encuentra claramente reglamentado en sus artículos 1550 a 1564, incluyendo las distintas reformas publicadas en decreto de fecha dieciocho de enero de mil novecientos cincuenta y dos, y las publicadas en el diario oficial de la federación el tres de enero de mil novecientos setenta y

nueve.

Por testamento ológrafo, diremos que se entiende que es aquel que es escrito de puño y letra del testador para que pueda llevarse a cabo como ya se indicó, y el testador debe ser mayor de dieciocho años y elaborarlo de su puño y letra, con expresiones tales como día, mes y año en que se lleve a cabo. Las personas extranjeras lo podrán otorgar, siempre y cuando lo hagan en su propio idioma. Será confeccionado por duplicado, imprimiendo en cada ejemplar su huella digital, debiendo quedar el original en un sobre cerrado, lacrado y sellado para posteriormente ser depositado en el Archivo General de Notarías. Si hubiera necesidad de tachar, emendar o enterregionar el testamento, el código civil vigente para el Distrito Federal ordena que el testador lo salve bajo su firma, y la omisión a ésta formalidad sólo afecta la validez de las palabras tachadas, emendadas o enterregionadas, pero no al testamento mismo. El original deberá colocarse en un sobre cerrado y lacrado, ya que su contenido es secreto, debiéndose depositar en el Archivo General de Notarías, y el duplicado también en un sobre cerrado y lacrado, tendrá la nota respectiva en la cubierta y será devuelta al testador, pudiendo asentar el propio testador en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señas o marcas que él estime necesarias para evitar que estos sean violados o alterados.

El testador deberá depositar personalmente en el Archivo General de Notarías el testamento ológrafo, y si el Director de dicha dependencia no conociera al testador, este último requerirá a dos testigos de identificación, ya que así lo establece la ley sustantiva.

El testador, de su puño y letra pondrá la leyenda "Dentro de éste sobre se contiene mi testamento"; continuamente se expresará el lugar y la fecha en que se haga el depósito, y la nota será firmada por el testador y por el encargado de la oficina. Y para el caso de que intervengan testigos de identificación, también deberán firmar. Una vez que al testador se le entregue el duplicado, el encargado de la oficina respectiva deberá anotar la siguiente constancia: "Recibí el pliego cerrado que el señor... afirma contiene el original de su testamento otorgado, del cual según afirmaciones del mismo señor, existe dentro de éste sobre un duplicado.", debiéndose poner el lugar y la fecha en que extiende la mencionada constancia, misma que deberá ir firmada por las personas que intervinieron. Hecho lo anterior, el encargado del Archivo General de Notarias tomara razón de él en el libro respectivo y el testador podrá recoger si así lo estima necesario su testamento, pudiendolo recoger un extraño, siempre y cuando éste actue con poder especial, haciéndose constar en una acta, que firmará el interesado y el encargado. Cuando el testador tuviere algún impedimento para concurrir a depositarlo en el Archivo General de Notarias, el encargado de ésta dependencia tendrá la obligación de acudir al lugar donde estuviese el testador para cumplir con todas las formalidades del depósito en la forma en que ya se ha mencionado. (42)

Toda persona que elabore este tipo de testamentos, deberá por consiguiente, guardar en su poder duplicado del testamento otorgado: el que tenga noticias de que el autor de la sucesión ha depositado el testamento referido, tiene la obligación de hacerlo saber al Juez competente, mismo que se (42) de Ibarrola Antonio, Obra citada, páag. 577 a 579

encargará de examinar la cubierta a fin de cerciorarse de que no ha sido violada, debiendo reconocer los testigos de identificación que vivan en el lugar, su firma y la del testador ante el representante de la sociedad, o sea, el Agente del Ministerio Público, de los que se hayan presentado como interesados y de los mismos testigos, para que una vez hecho, el juez abra el testamento. Si llena los requisitos legales para que sea válido su otorgamiento y se compruebe su autenticidad, lo declarará formal el Juez.

Respecto a los ciegos, sordo-mudos y testamento hecho en otro idioma, tenemos; primero, que nuestra ley no permite que los ciegos otorguen este tipo de testamento y el código civil en su artículo 1530 dice... "Los que no pueden o no saben leer, son inhábiles para hacer testamento" y, en el artículo 1531 fija los requisitos para hacer testamento cerrado para el caso de los sordo-mudos, de donde se desprende la posibilidad de que ellos puedan otorgar este tipo de testamento. Y por último, y por lo que respecta al idioma en que este testamento deba otorgarse, tampoco se encuentra problema alguno ya que podrá ser en cualquier idioma en que sea otorgado dicho testamento. (45)

Para el caso de que el original del testamento ológrato, por alguna causa hubiese sido destruido o robado, el duplicado se tendrá como testamento formal, y para el caso de que el original o duplicado estuviese roto, o el sobre que le cubre resultare abierto o las firmas que lo autorizan resultaren borradas o con enmendaduras o bien raspadas, aun cuando el contenido

---

(43) De Ibarrola Antonio, Obra citada, pág. 680 y 681

no se encuentre viciado, se tendrá su contenido sin efecto alguno. Con solo romper el sobre que contiene el duplicado, la ley deduce que el testador ha revocado el testamento y lo ha dejado sin efecto alguno.

b).-ESPECIALES.-

Se consideran a éstos, como aquellos testamentos que presuponen situaciones especiales que no le permiten al testador esperar para otorgar el testamento ordinario; Así, el maestro Aguilar Carbajal establece el siguiente principio general con respecto a los testamentos especiales: "Sólo podrá otorgarse alguno de los testamentos especiales cuando sea imposible, o al menos (44) muy difícil, otorgar un testamento ordinario..."

Son éstos testamentos entonces, los que se hacen tomando en cuenta determinadas circunstancias y solo en atención a las mismas, se permite (45) recurrir a esta forma privilegiada; no siendo eficaz en los casos ordinarios.

Las características de los especiales, radican en que lo que motiva su otorgamiento es un caso especial de emergencia provisto especialmente por la ley; y en segundo, que pierden su validez y eficacia al mes después de que desaparece la emergencia que los motiva.

---

(44) Aguilar Carbajal Leopoldo, Segundo Curso de Derecho Civil, Editorial Porrúa S.A., México, 1980, pág. 349

(45) Rogina Villegas Rafael, Obra citada, pág. 400

Como un análisis más completo respecto de este tipo de testamento, diremos que; en el caso del privado, militar y marítimo, estos transcurrido un mes de que cese la emergencia que los motivo, si el autor de la sucesión no muere durante dicha emergencia o un mes de que cese, el testamento carece de validez, así como la eficacia, es decir, deja de surtir sus efectos y no puede convalidarse ni ratificarse, sino que, en este supuesto el testador deberá hacer otro testamento, debiendo ser ordinario si ya no existe ninguna emergencia que le impida celebrarlo, o si se encuentra en otro estado de emergencia, se hará otro testamento especial que volverá a quedar sujeto a este caso especial de pérdida de eficacia, o sea, que se terminan totalmente todos sus efectos al mes siguiente de que cesa la emergencia que dió origen a la celebración de este testamento.

Como testamentos especiales, nuestra ley tiene contemplados los siguientes:

1).-PRIVADO.-

Es aquel que tiene como característica principal, el que no se debe de otorgar ante la presencia de ninguna autoridad o funcionario y solo se tendrá que realizar ante la presencia de determinados testigos.

Como casos en que puede otorgarse el testamento privado, tenemos:

a).-Cuando el testador está atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no de tiempo de que concurra ante un notario a otorgar el testamento; b).-Cuando

no haya en la población Notario o Juez que actúe por receptoría; c).-Cuando, aunque haya Notario o Juez en la población, sea imposible o por lo menos muy difícil que concurra al otorgamiento del testamento; d).-Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Para el fin de que sea válido el testamento privado, será necesario la presencia de cinco testigos, pero en el caso de extrema urgencia, sólo bastará con la asistencia de tres testigos instrumentales como mínimo, y así surtirá todos sus efectos, siempre que sea declarado válido por las autoridades correspondientes, o sea, cuando el testador llegue a fallecer de la enfermedad o del peligro que lo amenazaba, o dentro del mes siguiente del que la enfermedad o el peligro hayan pasado. Los interesados solicitarán la declaración de los testigos una vez que haya fallecido el autor de la herencia y la forma de su disposición testamentaria, mismas que deberán hacerse del conocimiento del Juez de la materia.

Los testigos que concurran a un testamento privado, a efecto de que se tenga por bien hecha la disposición testamentaria, deberán decir con verdad las siguientes circunstancias: a).-Lugar, día y hora en que se otorgó el testamento; b).-Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador; c).-El tenor de la disposición; d).-Si el testador se encontraba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción; e).-Motivo por el cual fue otorgado el testamento privado; f).-Si saben si el testador falleció del peligro o enfermedad en que se encontraba. Si los testigos estuvieren conformes con todas y cada una de las circunstancias anteriores y fueren idóneas, el Juez declarará el dicho de



aquellos como el testamento formal de la persona fallecida de que se trate. Aunque hubiera discrepancia en las declaraciones de los testigos, si la esencia es la misma, el Juez deberá tomar en cuenta esto, según resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Si llegase a fallecer el testador, será necesario que los testigos den su declaración, pero si uno de estos hubiere fallecido, se llevará a cabo la declaración con los cuatro restantes, pero nunca podrán ser menos de tres, caso que deberá observarse también cuando esta ausente alguno o algunos de los testigos, siempre y cuando se demuestre que la falta de la comparecencia del testigo no implica dolo y si se llega a saber en donde se le o les puede localizar, se les examinará por medio de exhorto.

Respecto a este testamento, podemos agregar que la ley no señala la obligación de protocolizar las diligencias donde conste que es formal el testamento.

Finalmente, y por lo que respecta a la declaración de ser o no formal el testamento privado, se contempla dentro del código civil vigente, y de ello hablan los artículos 884 y 887 del código de procedimientos civiles también.

## 2).-MILITAR.-

Antes de adentrarnos al análisis de este tipo de testamento,

debemos recordar, que desde el derecho romano los militares han venido teniendo grandes privilegios y por lo que hace al testamento de ellos, no es la excepción pudiendo agregar también, que es el más especial de todos, ya que por naturaleza los militares pueden estar en constante peligro de perder la vida, por lo que esta forma de testar debe de ser sencilla.

Este testamento es otorgado en los casos en los que el militar o el asimilado al ejército entra en combate, o es herido en el campo de batalla, o bien que sea otorgado por los prisioneros de guerra. Al igual que los demás testamentos especiales, requieren de ciertos requisitos o formalidades, como es; el que se declare su última voluntad en presencia de solamente dos testigos, pudiendo entregar a estos su última voluntad en pliego cerrado, firmado de su puño y letra, o en último extremo, que verbalmente declare ante estos testigos su última voluntad.

La característica que distingue al testamento militar, es que al conocerse la muerte del testador, los testigos que han recibido el pliego, deberán entregar inmediatamente al jefe de la corporación, quien a su vez lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional y ésta a la autoridad judicial competente que conozca del juicio sucesorio respectivo. Y si está otorgado de palabra, los testigos declararán igualmente ante el Jefe de la corporación, quien a su vez lo hará saber a la Secretaría de la Defensa y ésta al Juez competente, para que éste último reciba el dicho de los mencionados testigos en la misma forma que se exige para el testamento privado, de tal modo que el Juez

deberá tomar en cuenta todas las circunstancias del acto, las cuales deberán ser dichas por los testigos.

A éste testamento deberán ser aplicables fuera de las excepciones ya indicadas, todas las demás reglas del testamento ya indicadas, todas las demás reglas del testamento privado: Que los testigos sean totalmente idoneos; que sean mayores de edad y además, que quedan sin efecto dentro del mes siguiente a la fecha en que cesó la emergencia que lo motivó, es decir, que el testamento es válido solamente si el testador muere en campaña durante el tiempo en que se haya hecho prisionero, o sea, treinta días después de que terminó la batalla o en que quedó libre, ya que pasado este término, el testamento quedará sin efecto.

Puede agregarse también, que en estos testamentos resultaría más conveniente que el militar que fuere a entrar en batalla, anticipadamente otorgará su testamento por escrito, ya que el hacerlo estando dentro de ella, y con testigos que al igual que el peligran de muerte, se corre el riesgo de que tales testigos perdieran también la vida, y de esta forma nunca se tendría conocimiento de la existencia del mencionado testamento.

### 3).-MARITIMO.-

Este testamento también se encuentra dentro de la clasificación de los especiales, ya que tiene que estarse ante determinada situación para que pueda otorgarse: encontrándose en alta mar; a bordo de navios de guerra o

mercantes, pero de la Marina Nacional, y por tanto, sin que se tenga la posibilidad de acudir con notario o imposibilitado de poder depositarlo ante el Archivo General de Notarias.

Unicamente puede ser otorgado por escrito, ante la presencia de dos testigos y el capitán del navio; dandosele lectura, fechandolo y firmandolo, siguiendo las formalidades del público abierto, ya que en ésta supuesto, se le da el caracter de notario al capitán del navio, haciendose siempre por duplicado y se conservara dentro de los papeles mas importantes de la embarcación, y de él se hará mención en la bitácora de la propia embarcación.

Cuando el que fuere a otorgar el testamento fuere el capitán del navio, lo podrá hacer siempre y cuando el que le siga en mando lo substituya en sus funciones y haga las veces de notario; haciendose como ya se mencionó, por duplicado y registrándose en el diario de bitácora.

Al arribar el buque a puerto donde haya agente diplomático, Consul o Viceconsul mexicano, el capitán deberá depositar en poder de cualquiera de estos funcionarios, uno de los ejemplares del testamento, que deberá estar fechado y sellado con copia certificada del asiento que se debió haber hecho en el diario de bitácora, y el otro ejemplar lo deberá entregar con las mismas solemnidades al llegar a territorio mexicano, y si no se entregó el primero ejemplar, se entregarán los dos. Quienes reciban éste testamento, lo remitirán a la Secretaría de Relaciones Exteriores, previa una acta de la entrega que les hizo el capitán del navio. Una vez recibido por la Secretaría de Relaciones

Exteriores, esta lo hara saber por medio de publicaciones en los periodicos, la muerte del testador, y de esta manera los interesados procedan a efectuar la apertura del testamento y poder asi, reclamar la herencia.

Para que este testamento sea eficaz, el testador tiene que morir en el mar, o dentro del mes contado desde su desembarque en algun lugar donde conforme a la ley mexicana o extranjera haya podido ratificar u otorgar de nuevo su ultima voluntad.

Si el testador hubiere desembarcado en algun lugar en donde no haya ninguna autoridad, y no se llegare a saber si murio y tampoco si otorgo disposicion testamentaria alguna y en su caso cual fue su contenido, y fecha de fallecimiento, se estara a lo que dispone el titulo octavo del libro primero del codigo civil, que habla de los ausentes.

#### 41.-TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO.

Consideramos que este testamento en particular, no es en realidad un testamento especial; primeramente porque no se otorga en un momento de emergencia o ante la presencia de ella, por lo que el testador puede entonces, acudir ante un notario o un general, ante funcionarios que corresponda segun la ley del lugar donde se encuentren a otorgar el testamento validamente y, por otra parte, porque no pierde su validez en un plazo corto como sucede con los anteriores, o sea, en un mes despues de que cesa la emergencia. Sino que, otorgandose de acuerdo con las leyes del lugar en donde se encuentre un

mexicano, será válido y su duración es indefinida o igualmente si se otorga ante un funcionario de Legación, Cónsul o Viceronsul mexicano que ostenten dichos cargos, quienes entonces hacen las veces de notario o encargados del Archivo General de Notarías.

Respecto de estos testamentos, nuestro código civil vigente solamente señala que los testamentos que se hagan en el extranjero, produzcan sus efectos en el Distrito Federal, siempre y cuando se hayan hecho de acuerdo con las leyes del País en donde fué otorgado y, como ya se apuntó, los secretarios de Legación, Consules o Viceronsules mexicanos, hacen las veces de notario o encargados del Archivo General de Notarías, en el otorgamiento de los testamentos que tengan que ser otorgados por mexicanos en el extranjero. Naturalmente, cuando las disposiciones testamentarias a que se refieren dichos testamentos, deban tener ejecución en el Distrito Federal.

Al respecto de lo anteriormente señalado, es oportuno hacer una vez más la aclaración de que, si las disposiciones testamentarias que pudieran estar contempladas dentro de los testamentos elaborados en País extranjero (siempre y cuando se hagan cumpliendo todos los requisitos y formalidades que las leyes de ese País requieran), deban ser ejecutadas en el Distrito Federal, o bien en la República mexicana, entonces tendrán la eficacia respectiva para el caso.

Como conclusión entonces, en torno a este tipo de testamentos,

---

(46) Uribe Luis F., obra citada, pag. 189

podemos señalar que se pueda hacer de dos formas: La primera, ante la autoridad extranjera, siguiendo todas las formalidades de la ley correspondiente al funcionario, hecho por un mexicano y que este bajo la jurisdicción del código civil para el Distrito Federal; Y, la segunda, cuando un mexicano en las mismas condiciones antes anotadas, acuda ante un funcionario internacional mexicano y otorgado con las mismas formalidades que marca la ley del Distrito Federal.

## C A P I T U L O    I I I

### ELEMENTOS DE ESENCIA Y DE VALIDEZ DEL TESTAMENTO

#### A).-ELEMENTOS DE ESENCIA

- 1).-Manifestación de la voluntad
- 2).-Determinación de parte o de la totalidad del patrimonio del testador
- 3).-Solemnidad

#### B).-ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL TESTAMENTO

- 1).-Licitud en el objeto
- 2).-Capacidad
- 3).-Ausencia de vicios en la voluntad
- 4).-Exteriorización de la voluntad



## C A P I T U L O   I I I

### ELEMENTOS DE ESENCIA Y DE VALIDEZ DEL TESTAMENTO

#### A).-ELEMENTOS DE ESENCIA.-

Estos elementos también conocidos como de existencia o como de definición, los podemos enumerar de la siguiente manera:

1.-Manifestación de la voluntad

2.-Determinación de parte o de la totalidad del patrimonio del testador.

3.-Solemnidad.

Ahora bien, pasaremos a efectuar un análisis en forma particular de cada uno de estos elementos:

#### 1.-MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD.-

Cabe mencionar primeramente, que la manifestación de la voluntad se puede considerar como el elemento psicológico del acto jurídico, en oposición a los elementos materiales del mismo, que son el objeto y la solemnidad, cuando esta última es requerida legalmente.

En la voluntad en el testamento, como ya quedo indicado en el capitulo anterior: el acto unilateral substituye el consentimiento de los actos bilaterales, pero esta manifestación unilateral de la voluntad, debe ser emitida con la finalidad de producir consecuencias de derecho, siendo esta la gran diferencia con la de los hechos juridicos voluntarios, ya que si el testador al emitir su voluntad desea producir otra clase de efectos que no sean juridicos, entonces no es un testamento el que se otorga.

Nuestra legislación, concretamente en el código civil en su articulo 1512, presupone este elemento de esencia en el testamento publico abierto, pero además exige que la voluntad se exprese clara y cumplidamente, lo que desde luego esta en contradicción con los principios de la teoría general del acto juridico, ya que en el testamento publico abierto no se admite la manifestación de la voluntad en forma tácita, ni siquiera por monosílabos o señales que el testador pudiere emitir o hiciera en respuesta de las preguntas que se le formulen.

La manifestación de la voluntad como un acto esencial de un acto juridico, debe estar integrado por una declaración que concuerde con la voluntad interna que la motiva, como acertadamente expone Pugliatti... "El acto interno del querer, una vez que se ha formado debe manifestarse al exterior, así tenemos una voluntad y una manifestación o declaración de voluntad, un momento interior al que debe de seguir una exteriorización."<sup>(47)</sup>

-----  
(47) Dominquez Martinez J. Alfredo, obra citada, pag. 43

Este momento exterior es el que puede y debe de ser tomado en cuenta por el ordenamiento jurídico, manifestacion de voluntad que debiera ser clara en el testamento. Aún cuando tenemos casos que se podrian considerar como excepción, así como los ciegos, sordos, sordo-mudos, que no hablen castellano, interdictos y aún el testamento privado.

Quando nos encontramos con que la voluntad del testador es obscura, se tiene la necesidad de estudiar el conjunto, que en ocasiones es complejo, de circunstancias en las cuales se concibió el testamento, y de ésta manera averiguar el sentido así como el alcance de la voluntad.

En cuanto a los testamentos, hay diversos conceptos interpretativos en casos referentes a la voluntad testamentaria, pero por desgracia, falta unidad en tales disposiciones, lo que resulta inaceptable, sobre todo tomando en cuenta que, una vez fallecido el testador, no será posible penetrar su espíritu.

Para éste supuesto, Manresa inspirandose en el derecho romano y español antiguo, fija las siguientes reglas:

a).-Debe entenderse más a la voluntad que a las palabras literales, pues muchos se explican con inperfección.

b).-Si la cláusula es ambigua, debiera de interpretarse en favor de la validez de la disposición o del legado; deben entenderse los testamentos

mas bien para que valgan que para que queden destruidos.

c).-Debe tenerse en cuenta la costumbre y el modo conocido que el testador tenia de entender los casos y de expresarse.

d).-Si alguna disposición es oscura, deben interpretarse juntas todas las que aparezcan en beneficio de determinada persona.

e).-Si el testador quisiere que surtan efectos dos disposiciones contradictorias, quedaran ambas sin él. Si no, entonces la cláusula última abroga a la primera.

f).-Si no alcanza a conocer el sentido, debe decidirse en favor del que tenga que ejecutar la disposición testamentaria.

g).-Principio de la menor transmisión de derechos; en caso de duda de la cantidad o cosa legada, la interpretación debe hacerse en favor del que deba satisfacerlo.

h).-Si la duda es respecto a las diferentes cláusulas de la disposición, y no sólo sobre el legado, debe interpretarse más bien dando extensión a la voluntad del testador y no restringiéndola.

i).-Cuando el legatario ha prestado buenos servicios al testador, o es su pariente, la cláusula debe interpretarse a su favor, aun cuando el

deudor del legado tuviere iguales conexiones.

j).-Si se deja un legado a una persona y hay varias del mismo nombre y apellido, deben tenerse en cuenta el parentesco, la amistad y las relaciones sociales. Y para el caso, de que entre varios individuos del mismo nombre y circunstancias no pudiese saber a quien quiso designar el testador, ninguno será heredero.

k).-El error en el nombre, apellido o cualidades del heredero, no vicia la institución, si de otro modo se supiere ciertamente cual es la persona nombrada.

l).-Cuando se deja a una persona alimentos, se entienden los que según su clase necesita para subsistir.  
(48)

Nuestro código civil vigente para el Distrito Federal, por su parte, contempla los principios básicos de interpretación en cuanto a los testamentos, y al respecto mencionaremos los siguientes:

Art. 1402.-"Cuando se leque una cosa con todo lo que comprenda, no se entenderán legados los documentos justificantes de propiedad, ni los créditos activos, a no ser que se hayan mencionado específicamente."

Art. 1403.-"El legado del menaje de una cosa, solo comprende los

(48) Ibarrola Antonio de, Obra citada, pág. 733 a 736

bienes muebles a que se refiere el artículo 761".

Art. 1300.-La disposición hecha en términos vagos en favor de los parientes del testador, se entenderá que es en favor de los parientes más próximos, según el orden de la sucesión legítima.

Por su parte el artículo 1383, dice..."Aunque el testador nombre a algunos herederos individualmente y a otros colectivamente, los colectivamente nombrados se considerarán como si fuesen individualmente, a no ser que se conozcan de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador.

Art. 1385.-Si el testador llama a la sucesión a cierta persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultáneamente.

Art. 762.-Cuando por la redacción de un testamento o de un convenio, se descubre que el testador o las partes contratantes, han dado a las palabras muebles o bienes muebles una significación diversa a la fijada en los artículos anteriores, se estará a lo dispuesto en el testamento o convenio.

Resumiendo de todo lo anterior, diremos que toda comprensión profunda de la auténtica voluntad del testador pone de manifiesto cual fué su intención real y el destino que quiso dar a sus bienes. La interpretación racional, basada en argumentos lógicos, rechazando lo absurdo; la interpretación eficaz, fundamentada en argumentos con causa final, nos hace penetrar al fin perseguido por el testador, y que avalada por argumentos sistemáticos,

conjuntando todas las cláusulas del testamento sin aislarlas arbitrariamente, impone imperativamente al juez los criterios a seguir para determinar su verdadera voluntad.

## 2).- DETERMINACION DE PARTE O DE LA TOTALIDAD DEL PATRIMONIO DEL TESTADOR, -

Dentro del concepto que se ha dado del testamento, el segundo elemento esencial es el elemento de la determinación del patrimonio del testador, ya sea en parte o de la totalidad, y de acuerdo a lo que del mismo se ha concluido, o sea, el objeto el cual dentro del testamento es la determinación del patrimonio hacia sus herederos o legatarios. Ya en el capítulo que antecede, hemos dejado plenamente demostrado que el cumplimiento de deberes o ejecución de determinados actos jurídicos no es, ni puede ser objeto de un testamento y este no puede existir sin la institución de herederos o legatarios, puesto que será el único medio de que el testador pueda determinar el destino de su patrimonio.

Cuando en el testamento, el objeto consista en la determinación del patrimonio y éste deba de ser transmitido, es necesario que los bienes que lo forman existan en la naturaleza, además, debe de haber una posibilidad jurídica, es decir, estar en el comercio y ser determinables en especie; cuando los bienes no están en el comercio o no son susceptibles de determinación, existe una imposibilidad jurídica para que sean materia del acto jurídico y este será inexistente.

Los bienes que se encuentren fuera del comercio en el testamento, son aquellos que no pertenecen al patrimonio del testador, aún cuando no implica una imposibilidad en todos los casos, ya que el testador puede imponer al heredero o al albacea la obligación de adquirirlos para dejarlos en legado, es decir, que este será un caso en el que el testador puede transmitir bienes que no forman parte de su patrimonio, pero que lo formaran en un momento determinado.

El testamento como ya se ha dicho, es por su naturaleza un acto de disposición de bienes y, nuestro código civil admite que el testamento contenga disposiciones patrimoniales y otros que no lo sean (art. 1295) y aunque en el no haya institución de herederos (art. 1378) y por consiguiente que no contenga legados (art. 1391). No implica que sea de bienes propios (legados de cosa ajena); puede contener disposición de bienes que, al momento de testar, no sean propios del testador y que admitira después. Es válido dejar en herencia o legados bienes que el testador adquiriera con posterioridad al otorgamiento de su testamento.

Se dice también, que es un acto de disposición, en el sentido de que es un acto "ordenador de bienes".

Como puede ser claramente visto, en este elemento que estamos tratando, la relación que existe en la disposición de los bienes del testador (en todo o en parte) con el legatario, es muy estrecha, es decir, que generalmente cuando el legatario realiza las disposiciones de sus bienes, casi



siempre lo hace en forma de legado, motivo por el que creemos conveniente dirigir nuestra atención a los aspectos mas importantes respecto a los legados.

Primeramente podemos empezar definiendo lo que es un legado, y al respecto diremos; que "Es una disposición testamentaria por el cual el testador manda una cosa o porción de bienes a titulo singular, a una persona o personas determinadas".

Consiste también en la transmisión gratuita y a titulo particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, en favor de una persona y a cargo de la herencia, de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesion se transmitira en el momento de la muerte del testador.

Los legados implican la transmisión de un bien determinado o determinable, que puede consistir en un derecho, en una cosa o en un servicio a cargo de un heredero, de otro legatario o de la masa de la herencia.

Tenemos que todas las cosas que son susceptibles de propiedad particular podran ser objeto de un legado.

Como resultado de diversos análisis respecto de los legados y de los herederos, se ha visto que en materia de herencia la propiedad y la posesion de los bienes hereditario, se transmiten al heredero en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia, teniendo desde ese momento el derecho a los

frutos aun cuando no se tenga la posesion material, ya que desde el punto de vista juridico se reputa como poseedor.

Es menester de atencion que cuando la cosa legada o heredada sea indeterminada, pero susceptible de determinacion, el legatario adquiere la posesion y el dominio cuando la cosa se hace cierta y determinada, con conocimiento del legatario. Al recaer el legado sobre cosas determinadas y especificas, estas se distinguen de las cosas genericas y al respecto nos habla de ello el numeral 1414, fraccion tercera del codigo civil.

Para el caso de que el legado resulte ser generico respecto de bienes, este sera valido solo que existan en la herencia varios del mismo genero. Si la cosa indeterminada fuere inmueble, solo valdra el legado existiendo en la herencia varios del mismo genero.

### 3).-SOLEMNIDAD.-

Los actos solemnes, son aquellos en los que deben de observarse una formalidad especial bajo la sancion de inexistencia si esta no se cumple; En nuestra legislacion son muy pocos, para ser precisos, solo dos son los actos solemnes, dentro de los que se encuentra contemplado el testamento. Los testamentos son actos solemnes en cuanto a su categoria o forma substancial que caracteriza, para cada acto la ley; al determinar las especies de testamentos, como son el testamento publico abierto, el publico cerrado, el olografo, etc... La tecnica juridica eleva a la categoria de solemnidad, determinadas

formalidades del testamento, que hacen que se dividan en especiales y en generales.

Podemos mencionar que el fin de las formas solemnes, es la protección de la manifestación de la voluntad. Explica Marcel Planiol... "Las relaciones complicadas que nacen de una civilización, multiplican las probabilidades de fraudes y de errores a los cuales están expuestas las partes en los contratos desprovistos de formas. De allí precauciones más y más numerosas, la creación de oficiales especiales destinados a redactar, a autenticar o a conservar los actos, notarios, escribanos, oficiales del estado civil, conservadores de las hipotecas, receptores del registro, etc. El exceso de cultura produce así efectos análogos a los de la simplicidad y de la ignorancia de los pueblos antiguos, y la solemnidad de los actos jurídicos reaparece por todas partes con formas nuevas, bajo los nombres de autenticidad, de registro, de transcripción, etc." (49)

Sin embargo, el principio general aceptado por nuestra legislación, tanto civil como comercial, es que basta el consentimiento para que nazca el negocio jurídico.

El artículo 1832 de nuestro código civil de 1928 dice... "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas", aunque añade a continuación "Fuera de los casos expresamente designados por la ley". Y, el artículo 78 del código de comercio establece por

(49) Villoro Toranzo Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México 1966, pág. 392.

su parte..."En los convenios mercantiles cada uno se obliga en la manera y terminos que aparezca que quiso obligarse, sin que la valides del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados."

tambien se añade a continuacion en el articulo 79 del citado código de comercio..."Se exceptuaron de lo dispuesto en el articulo que precede: I.-Los contratos que con arreglo a este código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia; II.-En uno u otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no produzcan obligaciones ni acción en juicio".

Si observamos también, lo que establece la ley en materia de solemnidades, se llegaría así a la conclusión de que existen dos especies de actos solemnes; unos, en que la solemnidad es el elemento esencial para la inexistencia del negocio jurídico; otros, en que la solemnidad es una mera condición para que el negocio surta efectos. A la primera especie de las mencionadas, pertenecen el testamento y el matrimonio. Si faltó la solemnidad al realizar esos actos, el unico modo de que nazca el negocio jurídico, es repetir el acto mismo, sin excluir las formalidades omitidas, siendo que en la mayoría de los negocios jurídicos la forma es sólo una condición con la que hay que cumplir y así el negocio surta sus efectos jurídicos. Por lo que se refiere a los actos de la mencionada segunda especie, la ley resulta ser muy flexible para que el defecto de falta de forma pueda ser subsanado; la sanción puede hacerse o por la iniciativa misma del autor o autores del acto, ya sea repitiendo el acto sin excluir la forma omitida, ya por medio del cumplimiento voluntario, por

5

medio del pago, novación o por cualquier otro modo (art. 2234), por el ejercicio de la acción para que se dé al contrato la forma legal.

Así establece el artículo 1833... "Cuando la ley exija determinada forma para su contrato, mientras éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario, pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellos puede exigir que se dé al contrato la forma legal."

Podemos entonces ubicar estos datos legales, por lo que a testamentos se trata, de la siguiente manera: En primer lugar, observemos que las formas solemnes sólo se refieren a los negocios jurídicos y no a los actos jurídicos propiamente dichos. En segundo lugar, vemos que la ley comina al Juez que en algunos negocios determinados (el testamento y el matrimonio), no produzcan los efectos jurídicos mientras no se den las formalidades jurídicas requeridas, y que en otros, para proteger los efectos del negocio, sólo le obliga a cerciorarse que el negocio verdaderamente se ha producido. En éste segundo caso, las formalidades vienen a ser la prueba de que el negocio se ha celebrado. Y, en efecto, mientras no se da alguna de las formas de confirmación ya mencionadas, el negocio será inválido (art. 1833) y la invalidez podrá ser invocada por todos los interesados (art. 2229).

#### B).-ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL TESTAMENTO.-

Con el objeto de poder adentrarnos más a lo que es el tema

principal de este trabajo. creemos importante tratar nuevamente los elementos de validez del testamento, sólo que de una manera particular sobre de cada uno de ellos:

a).-LICITUD EN EL OBJETO.-

Esencialmente nos referimos a que tenga un fin, motivo, objeto y condición lícitos. Entendiendo por licitud en el acto jurídico (testamentos en este caso); que el objeto, motivo, fin o condición del acto no vayan contra las leyes, para que así mismo, estén protegidas por ella. Así tenemos que nuestro código civil en su artículo 1831 claramente dispone que el fin motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco deben ser contrarias a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.

Tratando de dar una mayor explicación diremos, que de lo anterior se pueden obtener varias situaciones que deben considerarse; por ejemplo, no sería posible que el testador dejara un legado, consistente en algo que no existe en la naturaleza, o bien que no pudiera ser determinada o determinable en especie, ya que de ésta manera estaríamos ante un imposible por una parte, y en consecuencia de esto, en contra de la licitud que nos exige todo acto jurídico.

Otra situación podría presentarse en el caso de que el testador en el momento de dejar su disposición testamentaria, condicionara a sus herederos o legatarios a que, para poder tener derecho a la herencia o legado, tuvieran que efectuar determinado acto, que bien podría ser inclusive un acto

que fuera considerado en contra de la ley (un delito), o bien podría ser un imposible de realizar. Encontrando en los ejemplos antes referidos, que se estaría actuando en contra de la licitud a que se refiere este elemento de validez.

Así como los anteriores ejemplos, podrían mencionarse gran variedad de ellos, pero consideramos que con los ya mencionados, se ha dejado ejemplificado y explicado, a lo que concretamente se refiere el elemento que se está analizando, es decir, la licitud en el objeto.

#### b).-CAPACIDAD.-

La capacidad independientemente de ser un atributo de la personalidad, es uno de los elementos del acto jurídico, y así tenemos que la capacidad en general, ha sido considerada como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, además de ejercitarlos personalmente.

Dentro de la doctrina, la capacidad se divide en dos clases; la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Y al respecto, Trabuchi dice que..."Capacidad de obrar, es la aptitud reconocida al sujeto para ejercitar válidamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la propia situación jurídica.  
(50)

---

(50) Borja Soriano Manuel, Obra citada, pag 243

La capacidad supone la capacidad jurídica en el sujeto, de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar sus acciones conducentes (51) ante los tribunales. Y de esta manera tenemos las dos especies de capacidad, la de obrar natural y la de obrar procesal.

En el testamento nuevamente encontramos una excepción a las reglas generales, ya que la capacidad para poderlo otorgar es que el testador debe de tener dieciséis años, lo que es contrario al principio general de que la edad para tener capacidad es la de dieciocho años, independientemente de que en el testamento el otorgante debe de estar en pleno uso de sus facultades mentales. Por lo que se refiere a la capacidad mental, o mejor dicho a la incapacidad, no es un impedimento, puesto que la ley permite otorgar un testamento en un momento de lucidez, situación que se encuentra plenamente sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así también, podemos encontrar que, el código civil en su artículo 1305, nos dice tajantemente que... "Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente ese derecho". Lo anterior nos da pauta entonces a la necesidad de observar en forma precisa, a aquellos a que no tienen capacidad de testar, o bien que dicha capacidad la tienen restringida o dicho de otra manera, condicionada.

Podemos mencionar entonces como incapaces para testar, el caso del loco y el imbecil, así también están incapacitados los que accidental o

(51) Domínguez Martínez J. Alfredo. Obra citada, pag. 68



habitualmente no disfrutan de su cabal juicio, debiendo aclarar como ya se ha mencionado, que siempre que el testamento por personas de las últimas señaladas, será válido ese testamento si fué otorgado en un momento de lucidez, para lo cual deberán observarse las disposiciones especiales que para el caso contempla la ley.

Igualmente estarían incapacitados para testar, los menores que no hayan cumplido aún los dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres, siendo aquí en donde se encuentra una excepción a la regla, misma que se ha venido mencionando en este capítulo, y en el que se analizó el testamento ológrafo, consistiendo dicha excepción en que, como ya se señaló, la edad mínima que se marca tanto para hombres y mujeres (en general) para poder otorgar testamento, es la de dieciséis años, pero como también ya se dijo, en lo referente a los testamentos ológrafos, para éste se requiere una edad mínima de dieciocho años para que pueda ser otorgado (art. 1551).

Referente a la capacidad para testar, de acuerdo con el derecho moderno y, especialmente en nuestra ley, esta fija un solo momento para juzgar de la capacidad del testador, y es única y especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento, explicado de otra manera, sería que si en el momento de otorgar el testamento tendría o no cumplida la edad requerida, según sea el tipo de testamento, o si alguna persona que se encuentra fuera de su cabal juicio, fuere cual fuere el motivo o su situación particular, y en el momento en que se otorgue el testamento el testador se encontraba en un momento de lucidez, ese momento precisamente es el que debe de ser considerado para

determinar si tenía o no capacidad para testar.

c).-AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD.-

Todo ser humano es libre para realizar actos jurídicos y, por esa razón, su voluntad en ningún momento debe de estar coaccionada por ninguna voluntad externa.

Es así por lo que la voluntad de una persona puede estar viciada y no ser libre, y como formas de coacción a ella, tenemos los siguientes vicios de la voluntad:

1.-Error.

2.-Dolo

3.-Violencia, y

4.-Lesión.

En el testamento, por ser un acto jurídico gratuito, debemos descartar la lesión, porque esta no podría realizarse.

Siquiendo la opinión que respecto de los tipos de error que hay, según el maestro Roquina Villegas, tenemos los siguientes:

a).-Error destructivo de la voluntad u obstáculo que se da cuando las partes no se ponen de acuerdo respecto a la naturaleza del contrato, o en la identidad del objeto.

b).-Error que vicia a la voluntad y que da origen a la nulidad relativa; nuestra legislación establece que el error común en ambos contratantes no es causa de nulidad, si no es determinante en la voluntad.

c).-El error indiferente, que no es reconocido por nuestro código y que es aquel en que el error no vicia el acto.

En el testamento, solo se reclama el primer caso, según lo dispone el artículo 1301 del código civil para el Distrito Federal, que sólo nulifica las disposiciones testamentarias que se funden en una causa expresa que resulte errónea, si ha sido la única que determinó la voluntad del testador.  
(52)

En nuestro derecho sustantivo, se reconocen tres tipos de error: el de derecho, de hecho, y el de cálculo. El error de derecho, se presenta cuando la causa determinante de la voluntad del autor del acto se funda en una falsa creencia respecto de la existencia e interpretación de una norma jurídica; El error de hecho, se presenta cuando éste recae sobre la naturaleza o sobre el objeto del negocio, sobre la identidad del objeto o sobre la cualidad del objeto de la prestación y, por último, el error de cálculo, que solo da lugar a

---

(52) Aquilar Carbajal Leopoldo, Segundo Curso de Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982, pág. 291

rectificaciones, y se presenta cuando existe una cantidad determinada declarada desde el momento en que nace la obligación y que mediante la rectificación se puede establecer la cantidad correcta efectivamente querida por el declarante. (53)

El dolo y la mala fe, son dos expresiones que se equiparan y por ese motivo solo se mencionara el primero como un vicio de la voluntad; y así tenemos, que dolo es el conjunto de maquinaciones o artificios que utilizan, a efecto de hacer caer en error al otro contratante, en el caso del testamento, será el testador, pero que en cierto modo se podría subsumir en el vicio antes citado el error, hablando genéricamente.

Por violencia se entiende, cuando por medio del dolor, de la fuerza física o la privación de la libertad se coacciona la voluntad, a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico o cuando se hacen amenazas, que importen el peligro de perder la vida, la honra, la salud, o el patrimonio del actor del acto jurídico, de sus ascendientes, descendientes, conyuge o parientes colaterales hasta el segundo grado; en el primero de los casos, tendremos la presencia de la violencia física, y en el segundo la violencia moral.

Respecto de los vicios de la voluntad, es conveniente hacer mención de que el error, el dolo, la mala fe, han sido prácticamente contemplados tanto en la doctrina, como en nuestro código civil, sin embargo,

---

(53) Rogina Villegas, Rafael. Obra citada, tomo III, pág. 99

existen autores como es el caso del maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, quien manifiesta que los únicos vicios de la voluntad, son el error, el temor y la desesperación, ya que el error es consecuencia del dolo y la mala fe. (54)

Por medio del dolo se vicia la voluntad, misma que cae en error y por conducto de la mala fe se disimula el error, así pues, sólo el error es vicio de la voluntad, siendo el dolo y la mala fe los que lo propician.

En el capítulo que antecede, hemos expresado nuestra opinión al respecto, en el sentido de que estamos de acuerdo en que la postura más acorde con la realidad histórica, y claro está siguiendo las ideas del maestro Domínguez Martínez, concluiremos con la transcripción de su opinión que al respecto hace: "El temor es el vicio de la voluntad cuya provocación está a cargo de la violencia, sea física o moral según consiste en vías de hecho o amenazas; debemos considerar que la primera no sólo puede influir temor en la voluntad, sino también es factible que mediante ella se cause dolor físico, el cual a su vez, no se traduce en temor, ya que éste último siempre es de algún mal futuro y el mal producido por el dolo se proyecta mentalmente transformándose en desesperación". (55)

#### d).-EXTERIORIZACION DE LA VOLUNTAD.-

La forma es el último elemento de validez del acto jurídico

---

(54) Domínguez Martínez J. Alfredo, Obra citada, pág. 83

(55) Ibidem

(testamento en este caso) que requiere de satisfacer determinados requisitos que la ley le señala para que puedan producir efectos al ser exteriorizada la voluntad; los actos jurídicos atendiendo a su forma, se clasifican en consensuales, formales y solemnes. Los actos consensuales son aquellos que no necesitan de ninguna formalidad para ser válidos; Los formales son los que necesitan para su nacimiento, además de los elementos esenciales, el que se cumplan determinados requisitos, como es el que se otorgue por escrito en documento público o privado y para el caso de omitir estas formalidades, el acto estaría afectado de nulidad relativa, es decir, que una vez cumplida la formalidad omitida, el acto se consolida. Y, por último tenemos el acto solemne, en los que se encuentra el testamento, y son aquellos actos en los que debe observarse una formalidad especial y haberlos constar por escrito y ante un funcionario determinado, bajo la sanción de ser inexistentes en caso de no llenarse dichos requisitos.

Referente a los testamentos, existen dos clases de formalidades; las generales y las especiales. A este respecto, diremos que dentro de las formalidades generales, y estando de acuerdo con el criterio establecido por el maestro Rogina Villegas, son considerados las siguientes: a).-Identidad y capacidad del testador; b).-Presencia de testigos; c).-Continuidad del acto.

a).-Identidad y capacidad del testador; para que una persona pueda otorgar su testamento, se requerirá que el mismo sea conocido por los testigos del acto, o bien por el notario ante el cual se otorgará; de lo anterior deberá serciarse dicho fedatario, ya que en muchas ocasiones los

testigos no conocen al testador.

Referente a la capacidad, en párrafos anteriores ya hemos dejado explicado que es uno de los casos de excepción a las reglas generales, puesto que la ley permite que desde que se cumplan los dieciséis años de edad se podrá testar, y la otra característica es que se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales, en el preciso momento de otorgar el testamento, como ya se ha explicado con anterioridad.

b).-Presencia de testigos.-Para que se pueda otorgar un testamento, el testador se debe hacer acompañar de un determinado número de testigos, según sea el tipo de testamento que se vaya a otorgar, y esto es con el fin de que los testigos sean los encargados de manifestar la idoneidad del testador, su capacidad, su edad y de que en el testamento se manifieste lo que según el propio testador, sea su última voluntad. Además los testigos deben cerciorarse de que el acto se lleve a cabo con todas las formalidades requeridas y que no hubo violencia, para lo cual dichos testigos deberán estar también en pleno uso de sus facultades mentales, no ser sordomudos, no ser familiares o del testador o de los herederos, que no vayan a ser herederos ni legatarios y que tengan por lo menos dieciséis años cumplidos.

c).-Continuidad del acto.- Como hemos venido apuntando, el otorgamiento del testamento debe de revestir una serie de formalidades entre las que se encuentran: que el acto jurídico (testamento) debe ser continuo, es decir, que cuando se inicie el otorgamiento, este deberá concluirse sin

interfunciones de ninguna especie. Cuando un testamento se inicia, no puede este dejarse para después o para el día siguiente su continuación, o sea que tendrá que ser en un solo acto continuo.

Locante a las formalidades especiales, estas ya han sido tratadas y ubicadas, según fue el caso en el capítulo que se refiere a los diversos tipos de testamento que contempla nuestra legislación.

A grandes rasgos, diremos que la exteriorización de la voluntad respecto del testamento, se refiere precisamente a que esa voluntad que el testador guarda dentro de sí, deberá ser exteriorizada, de acuerdo con los puntos antes vistos, es decir, que en el momento del otorgamiento el testador deberá exteriorizar claramente su voluntad, reuniendo o cumpliendo con el conjunto de formalidades o requisitos que anteriormente hemos analizado. Siendo desde luego, muy importante que dicha exteriorización de la voluntad no deba estar viciada, alterada o bien manipulada por algún error, dolo, o cualquier otra forma que pudiera coaccionarla.

Con lo anterior se quiere decir, que no solo serán las formalidades o requisitos exigidos para estos casos, sino que esa voluntad deberá ser exteriorizada tal y como el propio testador desea que deba de ser su última voluntad, ya que si esto no fuere así, es decir, que al exteriorizar su voluntad sea coaccionado de alguna manera, bien que estuviera ante un error o dolo por parte de terceras personas o fuera cual fuere el vicio de la voluntad que alterará esta, estaríamos ante la posibilidad de que tal testamento, que fue



otorgado bajo esas circunstancias, pudiera ser nulo, siempre y cuando, se reúnan también determinados elementos necesarios para ello, como se verá oportunamente en el capítulo correspondiente a la nulidad, dentro de este mismo trabajo.

## C A P I T U L O   I V

### INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

A).-INEXISTENCIA

B).-NULIDAD

C).-REVOCAION

D).-CADUCIDAD

E).-INDIFICIOSIDAD

F).-CAUSAS INNOMINADAS DE INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES  
TESTAMENTARIAS

## C A P I T U L O I V

### INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Por lo que hace a este tema, el maestro Leopoldo Aguilar Carbajal, dice que... "En la teoría general del acto jurídico se presentan como activos de invalidez: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa; en el testamento además de estas causas existen dos más; la revocación (16) y la caducidad".

Ahora bien, dicho lo anterior y estando de acuerdo con ello, pasémos a analizar concretamente los conceptos de revocación, inexistencia, nulidad y caducidad, los cuales hay que distinguir, y al respecto el maestro Antonio de Ibarrola opina que... "La nulidad en el testamento lo hace carecer de valor desde el día en que fue hecho y fuere cual fuere la fecha de la muerte del testador, no producirá efecto alguno; esta causa de ineficiencia se da en el momento mismo de otorgar el testamento. En cambio en la revocación así como en la caducidad, supone un testamento válido en su origen y susceptible de producir efectos". Ahora, si esta causa proviene del testador, o sea, en vida de este y por su voluntad, nos encontramos con la revocación; y si es entraña al testador con la previa muerte del mismo, determina la ley que es caducidad.

(16) Aguilar Carbajal Leopoldo, obra citada, pag. 535

(17) De Ibarrola Antonio. Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, S.A. México, 1977, pag. 695

## INEXISTENCIA.-

En el testamento, como en el acto jurídico en general, se da la inexistencia por la falta absoluta de voluntad en el testador o bien por falta de objeto, con sus tres características y que son: Es inconfirmable, la acción para el reconocimiento de la inexistencia pertenece a todo el interesado y es imprescriptible, es decir, que no es susceptible de valer por confirmación ni prescripción y su inexistencia puede invocarse por todo interesado, sin embargo, tenemos que agregar en el testamento un elemento más de esencia, y que es la solemnidad. Como se ve, los tres elementos antes citados son indispensables para la creación y vitalidad del testamento.

Pensamos que la inexistencia no es precisamente una forma de nulidad, ya que para que algún acto jurídico sea ineficaz, necesita forzosamente existir, para que de alguna manera o por ciertas circunstancias, no pueda surtir sus efectos, así por consiguiente, como la inexistencia es la nada jurídica, jamás podrá ser ineficaz algo que no exista.

En cuanto a los requisitos que determinan la sanción de inexistencia, se puede decir que esta solo puede existir en la sucesión testamentaria, es lo que toca al acto jurídico del testamento, por falta de alguno de sus elementos esenciales: manifestación de la voluntad y objeto posible.

El acto inexistente lo es desde el punto de vista jurídico,

considerando que no existe como acto jurídico, pero si como una realidad del mundo exterior, es decir, que existe como acto real, aunque no como acto susceptible de producir efectos jurídicos, o sea, como acto jurídico.

#### NULLIDAD.-

Toda vez que este es el tema principal del presente trabajo, no será analizado de momento, por lo que lo trataremos de una manera compleja en el capítulo siguiente.

#### REVOCACION.-

Por revocacion puede considerarse; como el acto jurídico en virtud del cual una persona se retracta del acto que ha otorgado en favor de otra, dejándolo sin efecto. Siendo esto posible en los actos de carácter unilateral como es el caso del mandato o del testamento.

La revocacion presupone un testamento válido cuya inexistencia depende unicamente del testador, y sus fundamentos descansan en la libertad del testador para testar, y para que se lleve a cabo, debe hacerse en forma expresa o bien tacitamente: expresamente, cuando el testador al otorgar un nuevo testamento diga que revoca el anterior o cuando haya manifestado esa voluntad en forma auténtica; tacitamente, en todo caso en que se otorgue otro testamento, ya que el legislador deduce por ese simple hecho, la voluntad por parte del

testador para revocar el anterior, aún cuando no lo exprese en forma precisa.

La revocación tácita surte efectos aún para el caso de que de acuerdo con la ley el segundo testamento caduque, porque destruye definitivamente al primero.

En caso de la revocación, el legislador le concede muchas facultades muy especiales al testador, puesto que le basta una simple declaración, al revocar el segundo testamento, para que el primero vuelva a tener completa validez. Así también el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, siempre que el testador no exprese en este su voluntad de que aquel subsista en todo o en parte.

Cuando se presente la revocación de un testamento, no implicará que aquel en que se revoque el anterior deba ser de la misma especie del que ha sido revocado, pudiendo ser de cualquiera de las especies contempladas por la ley y que en capítulo anterior ya se han estudiado, siempre que sea otorgado de acuerdo a las normas que se requieran para el tipo de testamento de que se trate según sea el caso.

La revocación se diferencia de la nulidad, en que aquella presupone siempre la validez del testamento, perdiendo su eficacia por la voluntad expresa o presunta del testador, en tanto que la nulidad supone siempre la invalidez y nunca pudo haber producido efectos.

Las revocaciones pueden ser de las siguientes formas:

1.-Total o parcial.

2.-Expresa; cuando es enunciada por el propio testador; tácita, cuando se otorga un testamento posterior, aun cuando en éste no se exprese la revocación del anterior, ya que se entenderá que esa fué la intención del testador.

3.-Real, cuando el propio testador destruye el propio testamento.

También resulta necesario fijar dentro de este tema, que es la revocación, algunos puntos importantes que habría que tomar en consideración, y estos son:

1.-La revocación siempre produce efectos aun cuando el segundo testamento caduque por incapacidad o renuncia de heredero o legatarios (art. 1495).

2.-El reconocimiento de un hijo legítimo podrá hacerse de alguno de los modos siguientes;...IV.-Por testamento, (art. 369).

3.-El reconocimiento de un hijo ilegítimo, no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo, siempre que este haya sido otorgado ante un notario.

4.-El perdón concedido en un testamento al ofensor, no se entiende revocado, aun cuando el testamento si sea revocado.

5.-Art. 1493.- La renuncia de la facultad de revocar el testamento es nula.

Haciendo un análisis respecto de la revocación real que ya se ha analizado, encontramos algunas circunstancias que creemos son importantes, pues bien podrían encuadrarse dentro de la revocación, y podríamos mencionar los siguientes:

1.-Al tratarse de un testamento publico cerrado, el testador podrá retirar cuando asi lo quiera su testamento, lo que dejaría duda de si lo está revocando o no.

2.-Por lo que se refiere al testamento olografo, igualmente el testador podrá retirar en cualquier tiempo del Archivo Judicial su testamento que así se deposito, situación que también deja en duda si lo hace o no con la intención de revocarlo.

3.-Refiriendonos a lo que establecen los artículos 1548 y 1563, los que hablan; el primero de ellos de los pliegos que se encuentran rotos o abiertos el que forma la cubierta, borrados, raspados o enmendados; y el segundo, de que el original o el duplicado del testamento olografo estuvieran rotos, que el sobre que lo contiene estuviera roto o que las firmas estuvieran borradas,



raspadas o con enmendaduras. Es preciso ubicar si tales situaciones fueron hechas voluntariamente por el propio testador, con el fin de que ese testamento quedara sin efecto, y de esta manera se pensaría que lo está revocando. Pero si esto no fuere así, es decir, que un tercero hubiese sido el que lo ocasiono, inclusive con intereses particulares de que ese testamento no surtiera efecto alguno, resultaria complicado entonces, determinar si fue o no la intención del propio testador para que dicho testamento quedara sin efectos.

#### CADUCIDAD.-

En el caso de la caducidad, se presupone la existencia de un testamento válido desde su origen, y en consecuencia, susceptible de poder producir todos sus efectos, el cual se puede decir que deja de tenerlos por una causa extraña posterior a la voluntad del testador, pudiendo ser que esa caducidad se dé en algunos casos por la propia naturaleza de las disposiciones testamentarias y otras veces por causas ajenas a ellas o bien por un acto voluntario de los herederos o legatarios, o bien sin que interviniera la voluntad de ellos.

Se puede establecer que la caducidad no es un vicio del testamento, ya que como antes se dijo, supone su validez por el hecho de haberse otorgado cumpliendo todos los requisitos que necesita, tanto de validez como de existencia. Pero aún cuando el acto jurídico sea perfecto, existe una imposibilidad ajena al testador para que surta sus efectos y que generalmente es posterior a la muerte de este.

Según nuestro código civil vigente en su artículo 1497, no se marca claramente cuales son las disposiciones testamentarias que caducan y quedan sin efecto en lo referente a los herederos y los legatarios, y estos son:

1.-Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que se cumpla la herencia o legado; en el primer caso se trata de un hecho ajeno al testador y siendo el único caso que es anterior a su muerte. En el segundo de los casos, impide el nacimiento del derecho, y es necesario que se cumpla viviendo el heredero o legatario, ya que si mueren antes de que se realice, caduca la disposición testamentaria en lo referente al heredero, y en tales circunstancias, no pueden transmitirse esos bienes a sus herederos.

2.-Si el heredero o legatario se hacen incapaces de recibir la herencia o el legado. a este respecto, el propio código civil en su capítulo segundo, nos hace referencia de los casos en que hay incapacidad para heredar.

3.-Si renuncia a su derecho.-Esto es, que la transmisión de los bienes se realiza de pleno derecho por la muerte del testador, requiriendo de una aceptación tácita o expresa por parte del heredero o legatario, ya que nadie puede ser heredero o legatario en contra de su voluntad. En el momento en que se hace la aceptación, se producen sus efectos y la transmisión de la herencia opera desde la muerte del testador, pero si se renuncia a la disposición testamentaria, entonces se presentaría la caducidad de ese testamento.

Muy importante resulta hacer mención de la caducidad, lo referente a la sustitución de herederos, ya que mediante esta, el testador puede prever situaciones como las tres antes mencionadas, y de esta manera evitar que se abra la sucesión legítima y en consecuencia la caducidad del testamento que se había otorgado. Es entonces que la sustitución se da cuando el testador nombra un heredero sustituto, para el caso de que el heredero nombrado preferentemente muera antes que él, que resulte incapaz conforme a la ley o bien que renuncie a la herencia.

#### INFICIOSIDAD DEL TESTAMENTO.-

Puede darse el caso de que un testamento llene todos los requisitos esenciales y de validez, así como que el testador tenga capacidad para transmitir sus bienes, y que el heredero o legatario sean capaces para recibir por herencia, pero aun cuando estemos en presencia de todas esas situaciones, un testamento puede ser declarado como inficioso, cuando dentro de ese testamento se ha privado de proporcionar alimentos a aquellas personas que por ley tienen derecho a ellos.

Dicho de otra manera lo anterior, la determinación de inficiosidad en un testamento, se da cuando en él no se da la pensión alimenticia que el testador debe fijar a las personas que señala el artículo 1368 del código civil vigente para el Distrito Federal, y estos son:

- 1.-A los descendientes menores de dieciocho años respecto de los

cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de su muerte.

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

3.-Al cónyuge superstite, cuando este imposibilitado de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador; este derecho subsistirá cuando no haya contraído matrimonio y viva honestamente.

4.-A los ascendientes.

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

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

El preterido tiene solamente en esos casos, derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho. No obstante esto, el hijo póstumo tendrá derecho a recibir íntegra la porción que le corresponda como heredero legítimo si no hubiera testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa. (58)

Lo anterior significa, que el testamento inoficioso no pierde su valor, sino únicamente en forma parcial, con la finalidad de que se asegure la pensión alimenticia a las personas que tengan ese derecho conforme a la ley, pero fuera de esa situación, las demás disposiciones subsisten.

Puede decirse entonces, que la inoficiosidad de un testamento no tiene como efecto el revocar las disposiciones testamentarias, sino que se asegure al acreedor alimenticio la pensión a la que tenga derecho, y una vez que este asegurada dicha pensión, el testamento subsistirá en todas sus partes. Y la pensión en esos casos, queda a cargo de la masa hereditaria, es decir, debe ser proporcionada por todos los herederos a prorrata.

Ya en párrafos anteriores se ha dejado asentado la importancia de la libertad que nuestro derecho positivo otorga al testador, es decir, se sigue el sistema de completa libertad para testar, pero esa libertad tiene una excepción; la obligación de dar alimentos a los derecho-habientes de ésta prestación.

---

(58) De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, Introducción, Personas, Familia, Séptima edición, Porrúa, México, 1975, pág. 318

Respecto de ésta obligación, tenemos que desde el derecho romano, hasta las legislaciones vigentes, en especial las de principio de siglo, el derecho de testar estaba muy limitado, por la obligación que existía de dejar determinados bienes a los herederos necesarios o a los parientes más cercanos.

Nuestro código civil vigente para el Distrito Federal, en la legitima sigue el sistema de las legislaciones que señalan una cuota a los herederos, pero tratándose de testamentos, le otorga al testador una completa libertad para disponer de sus bienes, y tan sólo consagra como única excepción de esa libertad, la carga de otorgar alimentos a los derecho-habientes de esa prestación, como ya se ha analizado.

Concluyendo un poco con respecto a los testamentos inoficiosos en nuestra legislación, diremos que debe cumplirse con la pensión alimenticia respecto de las personas que se mencionan en el ya citado artículo 1368, es decir, que de no cumplirse con esa obligación, entonces el testamento tiene el carácter de inoficioso y los efectos tan sólo consisten en que, el preterido derecho-habiente tenga acción para reclamar su derecho a que se le dé la pensión que corresponda, la que se tomará de la masa o acervo hereditario, subsistiendo todas las disposiciones testamentarias, salvo el caso de que el testador hubiere gravado a alguno de los herederos o legatarios con el pago de las pensiones.

También es preciso mencionar que el derecho a los alimentos cesa cuando los derecho-habientes tengan bienes propios, salvo el caso de que teniendo los, su producto no iguale la pensión que debiere corresponderle, en ese

caso la obligación se reduce a lo que falte para completarla. Este derecho no es renunciabile ni puede ser objeto de transacción, y el propio código fija su monto de acuerdo a los artículos 308, 314, 317, con la finalidad de que por ningún motivo podrá exceder de los productos de la porción que en caso de la sucesión legitima, en caso de que fuere intestada les pudiera corresponder, ni tampoco bajar de la mitad de tales productos.

Dos casos de excepción al respecto son: El primero, el hijo póstumo, el cual tendrá derecho de percibir íntegramente la porción que le corresponda como heredero legitimo, salvo el caso de que el testador hubiese dispuesto otra cosa; Y el segundo, el preterido, será el caso en el que el testador burle ésta obligación, designando como herederos a los derechohabientes de ésta obligación con una porción menor que la que pudiere corresponderles de acuerdo a lo establecido por el código civil. El primer caso es ilógico, puesto que se trata de una situación de privilegio para alguien que no es conocido y tiene el mismo carácter filiatorio que cualquier otro acreedor alimentario del mismo grado de parentesco del testador, en detrimento de los herederos legitimos, y en el segundo caso, se trata de una forma legal de evadir una obligación impuesta.

A este respecto, y en nuestra opinión, el testamento no puede declararse ineficaz en parte, como lo establece nuestra legislación, pues lo que sufre un menoscabo es el acervo hereditario, y por consecuencia el testamento será válido en todas y cada una de sus partes, además consideramos que es aberrante y contradictorio el tratamiento de alimentos en el derecho sucesorio,

y limita en gran medida el derecho de familia.

#### CAUSAS INOMINADAS DE INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.-

Es necesario hacer notar, que una vez estudiadas las causas de ineficacia del testamento, observamos que nuestra legislación confunde la nulidad relativa, con la nulidad absoluta y la inexistencia, llegando al absurdo de contener disposiciones en las que y con referencia al testamento establece una nueva causa de ineficacia al decir..."Se tendrá por no puesta o se tendrá por no escrita". En éstos casos se ignora a que tipo de ineficacia se refiere el legislador, y que efectos jurídicos acarreará. Se debe de entender que se trata de inexistencia, aun cuando la manifestación de la voluntad y el objeto, así como la solemnidad existan, es decir, el legislador inventa una causa de inexistencia de una parte del testamento, como cuando menciona en el artículo 1304 del código civil vigente para el Distrito Federal que la expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita o en el caso del artículo 1311 en el que determina ciertos para que pueda testar el demente en un momento de lucidez, imponiéndole como sanción la nulidad si no se cumplen los requisitos, o en el artículo 1355, en el que indica que la condición de no hacer, de no dar, se tendrá por no puesta; situaciones que debieran ser estudiadas más a fondo, ya que creemos que la sanción que les impone el legislador vá mas alla de la inexistencia, es todavía más grave e importante, ya que siquiera la inexistencia produce efectos jurídicos, pero la no escrituración, pudiera pensarse que ni siquiera esos efectos produce.



Como conclusión diremos, que sería conveniente y necesario legislar sobre un capítulo especial, que tratase exclusivamente de los casos de ineficacia testamentaria, tomando en consideración que todo lo ya escrito es de naturaleza distinta, ya que regulan otras figuras jurídicas diferentes al testamento, y que por lo mismo, y por lo ya señalado durante el desarrollo del presente trabajo, no se puede aplicar al testamento, porque nos llevaría a errores muy graves, tanto en la teoría como en la práctica, y que además traería aparejado una disminución en los derechos de personas que ni siquiera tienen intervención en el asunto.

C A P I T U L O V  
LA NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS

- A).-ANTECEDENTES HISTORICOS
- B).-FALTA DE CAPACIDAD DEL TESTADOR
- C).-INOBSERVANCIA DE LAS SOLEMNIDADES LEGALES
- D).-EXISTENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD
- E).-OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR REPRESENTANTE
- F).-OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR DOS O MAS PERSONAS
- G).-FALTA DE UNIDAD EN EL CONTEXTO

## C A P I T U L O V

### LA NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS

Dentro de éste capítulo, se hace necesario primeramente recordar que el testamento es "Un acto jurídico", y por tal circunstancia, analizaremos lo referente a la nulidad relativa y a la nulidad absoluta, en sus dos tipos:

En la nulidad absoluta, el acto reúne las condiciones esenciales del acto jurídico, encontrándose privado por efectos de la ley, puesto que ha sido puesto contra principios del orden público, de la moral o de las buenas costumbres. Este acto no produce ninguna consecuencia jurídica y sus efectos no pueden ni confirmarse ni prescribirse y toda persona puede denunciar su nulidad.

Por lo que hace a la nulidad relativa, también en éste acto se reúnen las condiciones esenciales del acto jurídico, pero en éste caso si produce consecuencias jurídicas, aun cuando sólo son provisionales, es decir, que necesitaran de una declaración judicial para que tenga inclusive, efectos retroactivos, al ser declarada la nulidad relativa. Conociéndoseles también a éstos como actos anulables.

Pudiéndose obtener una diferencia entre ambas, sería que; En los casos de nulidad relativa, son susceptibles de confirmación y de prescripción y sólo podrá ser denunciada por aquellas personas en favor de las cuales lo establece la ley.

Por lo contrario, en los casos de nulidad absoluta, sus efectos no pueden ser susceptibles de confirmación, ni de prescripción y toda persona podrá denunciar su nulidad.

Respecto de lo anterior, Bonnacase sostiene que no debe de ser abandonada la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa y dice: "...La nulidad absoluta reposa sobre la violación de una regla de orden público, priva al acto de todo efecto, puede invocarse por cualquier interesado, no es susceptible de desaparecer ni por confirmación ni por prescripción" (art. 2226).<sup>(60)</sup> La noción de nulidad absoluta propuesta por Bonnacase, es por lo tanto, la misma de la teoría clásica, salvo que para él es resultante de la declaración judicial. Amplia sin embargo, la noción de nulidad relativa; Es relativa toda nulidad que no corresponde orgullosamente a la noción de nulidad absoluta, así enunciada, (art. 2227).

Este punto de partida conduce a hacer colocar la categoría de nulidades relativas, nulidades clasificadas tradicionalmente entre nulidades absolutas. En efecto, la ilicitud en el objeto, en el fin o en el acto, ya no producirá forzosamente nulidad absoluta y puede producir nulidad relativa, si así lo dispone la ley.

Ya adentrándonos más a lo relativo a la nulidad de los testamentos como un acto jurídico, podemos entonces ir concretando al respecto,

---

(60) Villoro Toranzo Miguel, Obra citada, pág. 375

y podemos empezar diciendo que; la nulidad que se dá en el testamento es la nulidad absoluta, ya que no encontramos ninguna disposición especial que determine la nulidad relativa del acto, por lo que debe clasificarse como ya dijimos, como una nulidad absoluta, y este presente en los casos de ilicitud, ya sea en el motivo, fin o condición, produce efectos provisionales por regla general, salvo el caso de nulidades de pleno derecho.<sup>(61)</sup>

Así el testamento, estará afectado de nulidad absoluta, en razón de que el fin del mismo pudiera ser ilícito, por contrarias disposiciones prohibitorias (por ejemplo cuando en el testamento se destinen los bienes con el fin de realizar actos inmorales o delictuosos), pero a diferencia del acto jurídico en general, sólo puede viciar la cláusula relativa, dejando con plena validez el resto del testamento.

Tocante a la acción para pedir la nulidad del testamento, compete a todo interesado, es decir, puede ejercitarla el presunto heredero excluido, el Ministerio Público, el representante de la Secretaría de Salud, los herederos o legatarios instituidos a quien perjudique el testamento, porque se les reconozca una parte menor de la que les correspondería como herederos legítimos.

Los perjudicados en el testamento, podrán en cualquiera que sea el tiempo transcurrido, invocar independientemente de que la ley fija un término para la reclamación de la herencia, siendo éste de diez años.

---

(61) Aguilar Carbajal Leopoldo, obra citada, pag. 336

El artículo 638 de nuestro código civil, nos habla del tema de la prescripción, al decirnos que las acciones de nulidad prescriben por las acciones reales o personales que nazcan del acto jurídico de que se trate. Encontrando aquí una gran complicación, ya que por lo que hace a los testamentos, estos implican una transmisión a título universal o a título particular de derechos, bienes y obligaciones, o sea, de un patrimonio. Y en estos casos, no podemos tener bases para ubicarse en determinados derechos reales o personales, para poder fijar el plazo de prescripción, tratándose de testamentos, deberá comenzar a correr hasta la muerte del testador, cualquiera que sea el tiempo transcurrido. ya que consideramos que el precepto legal antes analizado está directamente relacionado con los contratos, pero no así, para el testamento.

En párrafos anteriores, se dijo que la nulidad del testamento se debía considerar como absoluta, ya que entre sus cualidades esta el que no se prescribe ni se confirma, y al respecto daremos una explicación: Se dice que no prescribe, ya que como se ha venido diciendo, puede pedirse la nulidad en cualquier momento, fuere cual fuere el tiempo que haya transcurrido, pudiendose pensar que aún cuando la ley no señala plazo para ello, si existe el de diez años para la acción de petición de herencia y que en tal virtud, la nulidad debiera de solicitarse antes de que finalice ese tiempo, ya que si no lo hace dentro de ese término, ya no tendría objeto el solicitar la nulidad, pues el plazo para la acción de petición de herencia habria transcurrido y aqui el beneficiario sería la Secretaría de Salud. Ahora bien, por lo que hace a que no es susceptible de confirmación, esto se refiere a que si el testamento que

resulta ilícito se hiciera bajo circunstancias distintas a los que lo hacen ser susceptible de nulidad, entonces estaríamos ante la presencia de una revocación, que bien se puede dar por el otorgamiento de uno nuevo, bajo condiciones lícitas y entonces ya no se está confirmando si no que se está otorgando uno nuevo y distinto del anterior.

Aún cuando existe una gran relación entre el acto jurídico y el testamento como tal, la incapacidad, los vicios de la voluntad y la falta de forma que producen la nulidad relativa en los actos jurídicos, en el testamento la producen absoluta por las siguientes razones:

a).-No es confirmable; si la pretendida confirmación se dá antes de la muerte del testador, lo que hay es un nueva disposición testamentaria y si se requiere después de la muerte del testador, esto resulta imposible de realizar.

b).-Es imprescriptible; nuestro código civil no señala un plazo y es posible ejercitar la acción de nulidad en cualquier momento.

c).-Es posible ejercitar la acción de nulidad por todo aquel que tenga interés.

Para demostrar que en nuestro derecho la nulidad que afecta al testamento por incapacidad, vicios de la voluntad y falta de forma, es una nulidad absoluta, es necesario comprobar las características de esta, que son

las de que la acción es imprescriptible, inconfirmable y que se puede ejercitar por todo interesado.

Los testamentos serán nulos, según nuestro derecho actual:

a).-El que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes, o contra la persona o bienes de su conyuge o de sus parientes (art. 1485). En éste caso, el testador podrá, luego que cese la violencia o disfrute de libertad completa, revalidar su testamento con las mismas formalidades que si lo otorgara de nuevo; de lo contrario, será nula la revalidación (art. 1486).

b).-El captado por dolo o fraude (art. 1487).

c).-Aquel en el que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hagan (art. 1489).

d).-El otorgado en contravención a las formas prescritas por la ley (art. 2228).

Respecto de lo anterior, debemos hacer más que análisis, una crítica en cuanto al artículo 1486 del código civil vigente para el Distrito Federal.



Nuestro código civil en su artículo 1486, al decirnos que después de que cese la violencia o de que el testador disfrute de libertad completa, podrá revalidar su testamento con las mismas formalidades "que si lo otorgara de nuevo", está dentro de un grave error, que ya con anterioridad lo habíamos señalado, pues si como dice, se otorgue un nuevo testamento con efectos de revalidación, ésto es totalmente ilógico, ya que de hacerse ese nuevo testamento, no sería que se está revalidando, sino más bien se estaría revocando el anterior, por el simple hecho de otorgar uno posterior, y de esta manera lo estaría también sustituyendo.

#### A).-ANTECEDENTES HISTORICOS.-

Como ya se había expuesto en el capítulo I del presente trabajo, encontramos que dentro del derecho romano, la institución o designación de un heredero en un testamento constituía la parte esencial del mismo, pero si ésa institución era nula, esa nulidad recaía también sobre el propio testamento.

Ya en el bajo imperio, desaparece ese formalismo y es suficiente que la institución fuese clara, cualquiera que hubiesen sido los términos empleados por el testador y lo esencial era que la voluntad del testador no se encontrara viciada por error, dolo o violencia.

Las causas de invalidez de los testamentos podían ser iniciales o ab-initio, o sea, desde su otorgamiento o por causas posteriores a su confección.

Las nulidades ab-initio (nulos desde el momento en que se hacían) ocurrían en los siguientes casos:

1.- Por falta de capacidad del testador en el momento de confeccionar el testamento.

2.- Por falta de capacidad del heredero en el mismo momento.

3.- Por omisión en el testamento de un heredero de sí mismo que existía en el momento de testar.

(62)

4.- Por defecto de forma en el propio testamento.

Por su parte, las causas que originaban la invalidez superviniente (después de la muerte del testamento), son:

A).-Testamento ruptum; este tipo de testamento era ruptum (anulado), por dos causas: 1.-Por la supervenencia de un heredero de sí mismo, es decir, que después de otorgado un testamento, sobreviniere a él un heredero suyo, el testamento era nulo, esto fue evitado posteriormente con la autorización de los hijos póstumos. Y, 2.-Por la confección de un nuevo testamento, el testador era libre de modificar su voluntad hasta su muerte y al modificar también su testamento otorgando uno nuevo, anulaba así el precedente y

---

(62) Ventura Silva Sabino, Obra citada, pag. 227

el último era entonces el único válido.

B).-Testamentum irritum.- Se daba cuando una persona siendo capaz, testaba y en seguida sufría una capitis diminutio, entonces el testamento era nulo.

C).-Testamento destitutum.-Este caso era muy similar a lo que ahora conocemos como caducidad, puesto que aquí el testamento queda nulo si el heredero muere antes que el testador o bien repudia la sucesión que le es diferida.  
(63)

También se conocía el testamento inoficioso, ya que siendo válido el testamento, podía ser nulificado por una causa especial posterior al otorgamiento del mismo.

Por último, podemos decir también que se contaba con una acción, a la que se le conocía como "Querrela inoficiosi", y era el medio al que podían recurrir los parientes más próximos del testador injustamente despojados de su derecho hereditario, para así nulificar o modificar el testamento, provocándose con la apertura de la sucesión ab-intestato, o con la finalidad también de que se les reconociera su derecho para suceder conjuntamente con los instituidos.

---

(63) Ventura Silva Sabino, obra citada, pag. 227

B).-FALTA DE CAPACIDAD DEL TESTADOR.-

Empecemos por ubicar según nuestro derecho actual, quienes están incapacitados para testar:

El código civil en su artículo 1305 menciona; a aquellos a quienes la ley no les prohíba expresamente ese derecho. Y si se trata de testamento público cerrado, no lo podrán hacer los que no sepan o no puedan leer.

Art. 1306.-Están incapacitados para testar:

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

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

Como podemos ver, de acuerdo a lo que a través de este trabajo hemos venido señalando y observando, el contenido de este artículo, encontramos que tiene contradicciones dentro del mismo código civil, ya que por lo que hace al apartado I, que marca la edad mínima para otorgar testamento, mientras que el numeral 1551, habla del caso del testamento ológrafo, en el que se requiere para su otorgamiento la mayoría de edad (la que legalmente es considerada a los dieciocho años). Ahora bien, por lo que se refiere al apartado II, tenemos

también el Art.1307, el que nos dice que el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez será válido.

Esto será siempre y cuando se de cumplimiento a los requisitos que en forma especial fija para tal caso el Código Civil en sus artículos del 1308 al 1312. En donde el tutor de este o sus familiares harán solicitud al juez correspondiente, quien deberá nombrar a dos médicos preferentemente especialistas en la materia y determinar de su estado mental, debiendo hacerse constar en acta el resultado al que se llego, y si este fuere favorable, se podrá proceder al otorgamiento del testamento ante Notario Público, con las formalidades de un testamento público abierto. Una vez efectuado lo anterior, el acta deberá ser firmada tanto por el Notario, como por los testigos, el juez, los médicos que intervinieron en el reconocimiento, poniendo al pie del testamento la razón expresa "durante todo el acto conservo el paciente perfecta lucidez de juicio", ya que sin este requisito y la constancia, el testamento será entonces nulo.

Al respecto, también la Suprema Corte de Justicia habla de que si una persona se encuentra físicamente muy enfermo, pero mentalmente sano, el testamento que éste otorgue será válido, ya que esto último es lo que la ley exige.

En cuanto a lo anterior, y en una forma muy personal, pensamos que aún cuando la ley trato de observar todas las circunstancias necesarias para que el testamento hecho por un enfermo mental pudiera ser válido, siempre que

sea otorgado en un momento de lucidez; resultaría verdaderamente complicado y hasta cierto punto difícil de comprobar, ya que el trámite no resulta muy rápido que digamos, y ese momento de lucidez de que se habla podría durar poco, o bien si en el momento en el que se inició el procedimiento a que se refieren los artículos ya antes mencionados, y en el momento en el que se hizo el examen respectivo pudo tener efectivamente esa lucidez, pero ya en el momento de estar ante notario ya no la tiene, entonces estaríamos ante la problemática de si tuvo o no la lucidez en el momento de otorgar el testamento, ya que si recordamos, también la ley nos habla de que el momento que importa para que tenga validez el testamento, será exclusivamente aquel en el que se otorga (art. 1312 del c.c.).

Es por eso entonces, que pensamos que no sería conveniente que la ley otorgue ese derecho a los enfermos mentales.

Regresando un poco a la incapacidad por falta de edad requerida, mencionaremos también que nuestro derecho cae en otro error grave, si consideramos lo que nos marca en sus artículos 646 y 647 del código civil, en los que nos dicen: Art. 646.-"La mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos". Art. 647.- "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes".

Ahora bien, si recordamos lo que al inicio del presente trabajo comentábamos en cuanto a que el testamento es un acto personalísimo revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos....

encontramos el error de que hable, pues el propio código civil nos marca la edad de dieciséis años para poder otorgar un testamento, en donde se va a disponer de sus bienes a que se refiere antes el artículo 647, donde ya se había requerido para ese efecto la edad de dieciocho años.

Como vemos se presentan una serie de contradicciones, así como también esta la que ya antes se ha analizado, y es la edad requerida para el testamento ológrafo, donde nuevamente requiere de los dieciocho años.

Podemos hacer una relación con otro acto jurídico de los que contempla la ley, y que es el matrimonio, en donde requiere de dieciséis años para el hombre y de catorce para la mujer, pero requiriéndose aquí la autorización de los padres. Lo anterior nos hace suponer que el legislador consideró en éste caso al igual que en el artículo 646, que las personas con menos de dieciocho años de edad no tienen la suficiente madurez respecto de lo que quieren hacer o de lo que es mejor para ellos, pero también nos hace suponer que no lo consideraron así al momento de redactar el artículo 1306, en donde fija la edad para tener "capacidad" de testar. Nos encontramos entonces con que no obstante que el testamento implica un acto de transmisión, o sea de dominio, no sólo de bienes determinados sino de un patrimonio, se permite al mayor de dieciséis años (y podríamos decir al menor de edad) a realizar el otorgamiento de un testamento.

Retomando el tema principal de éste trabajo, encontramos una complicación respecto del tipo de nulidad que origina, ya que aun cuando

habíamos concluido en que la nulidad en los testamentos es absoluta, en los casos de la nulidad por incapacidad parece ser relativa y al efecto, tratare de explicar:

Se había hablado de que no era imprescriptible, más sin embargo el artículo 638 del código civil dispone que la acción de nulidad prescribe en los mismos plazos en que debe de intentarse la acción real o la personal que origine el acto jurídico. Sólo que si analizamos lo anterior, veremos que en el testamento se transmiten tanto derechos reales como personales, lo cual no obligaría a ubicar en cada caso el término el término que se tuviera que aplicar según fuere el caso.

Ahora, por lo que creemos que la nulidad pudiera ser relativa, es porque el artículo tercero del código de procedimientos civiles nos dice.. "Por las acciones reales se reclamarán; la herencia,..." aún cuando ya dijimos que el testamento implica derechos reales y personales.

Ya ubicando esto, en lo referente a los testamentos hechos por incapaces, el artículo 638 nos dice que la acción de nulidad prescribe en el mismo término en que prescribe la acción real de la herencia y en éste caso, será de diez años, lo que origina entonces que la acción sea prescriptible y por lo tanto, sea clasificada como nulidad relativa.

No estando de acuerdo con esto último, toda vez que nos inclinamos más a que en nuestro código civil, en los casos de nulidad por



incapacidad se aplique término de prescripción sólo en materia de contratos y obligaciones, pero no en testamentos, y como no hay término para que la acción de nulidad prescriba, y de que el término para la prescripción comenzaría a correr a partir de la muerte del testador y no antes, resulta entonces la acción imprescriptible.

Al efecto, podemos mencionar la jurisprudencia en que se apoya la Suprema Corte de Justicia, que dice... "Los principios que se declaran en los artículos 612, 614, 615, 1082, 2084, 2087 y 2090 del código civil del Estado de México, en el sentido de que la incapacidad produce la nulidad relativa del acto, que éste puede llegar a valer por convalidación retroactiva, bien por la ratificación o confirmación por parte del mismo incapacitado, o bien por extrucción de la acción mediante la prescripción negativa, y que de ella sólo puede prevalecerse el propio incapacitado por sí o por su representante legítimo, por estar instituida para tutelar sus intereses jurídicos, no son operantes en materia de testamentos. En primer lugar, porque en los preceptos donde se determina el plazo para la prescripción, se refiere de manera exclusiva a los contratos y obligaciones. En segundo lugar, porque atendiendo a la ley al momento en que se hace el testamento para juzgar de la incapacidad e igualmente a que en todo supuesto el término de la prescripción no podía empezar a correr sino hasta la muerte del testador, cualquiera que sea el lapso entre el otorgamiento y el fallecimiento, no se purgaría el vicio de incapacidad. Por último, porque en ésta propia materia de testamentos, no es factible que tenga lugar la ratificación con sus efectos característicos de convalidación retroactiva ni aun en la hipótesis en la que se alude a revalidación, ya que en

este evento se tratará en realidad de un nuevo testamento, puesto que en dicho artículo se previene bajo la nulidad, que deberá de revalidarse con la misma solemnidad que si se otorgará de nuevo. En éste orden de ideas, si el testador lo otorga en esas condiciones no es susceptible de llegar a valorar por ratificación o confirmación, lo correcto es concluir que se trata de una nulidad absoluta, de la cual puede prevalecerse cualquier interesado, por virtud de una expectativa de acuerdo con las normas de la sucesión legítima, resulte favorecido con la anulación de la disposición testamentaria viciada.

Como un último análisis comprendido dentro de éste inciso que estamos tratando, nos vamos a referir al apartado II del artículo 1306 del código civil, mismo que versa así...II.-Los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio. El contenido de del anterior apartado parece referirse a aquellas personas que se encuentren en una situación transitoria, que no les permita estar en su cabal juicio en el momento de testar, y al efecto podríamos pensar por ejemplo en aquellos que se encuentren en estado de embriaguez, amnesia, drogadicción o inclusive hipnotismo.

Sobre de lo anterior, creemos que se deja un gran cargo para el notario, así como para los testigos, según sea el caso, ya que ellos son los que prácticamente estarían constatando el supuesto estado anormal en que se encuentre el testador, y si lo analizamos más a fondo, encontramos que esta situación va a ser realmente difícil de decretar, ya que ni el Notario ni los testigos en su caso, son especialistas en la materia como para hacer una determinación al respecto, y que en dado momento, ellos solamente podrán

externar lo que a su parecer pudiera ser, más sin embargo, como ya dijimos antes, no son peritos especializarlos como para que se les adjudique una responsabilidad tan grande, sobre todo al notario, ya que es el el que autorizará o no el otorgamiento del referido testamento.

C).-INDESERVANCIA DE LAS SOLEMNIDADES LEGALES.-

Empezaremos a tratar el presente inciso, transcribiendo el artículo 1491 del código civil, mismo que dice..."El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley".

Ahora bien, ya con anterioridad se dijo que el testamento es un acto solemne, y esto es precisamente porque en el se deberán observar determinadas formalidades, cuya violación originaría la nulidad del testamento.

Cabe hacer la aclaración, de que no todos los testamentos son considerados como solémes, es decir, según sea el tipo de testamento de que se trate, ya que según las formalidades que cada uno de ellos deben de reunir, son unicamente considerados como formales, y dentro de los solennes estan ubicados todos los testamentos ordinarios (público abierto, público cerrado y ológrafo) y dentro de los formales, se encuentran los especiales (privado, militar, marítimo, hecho en País extranjero.

(64)

---

(64)Rogina Villegas Rafael, Obra citada, pág. 339

Lo anterior es debido a que en los primeros, la ley exige un verdadero molde formal que se da por un conjunto de formas; por lo que hace a los segundos, la ley les concede alguna alternativa, para el caso de que no se pueda cumplir con la forma primaria, como es el caso del militar, en que el testador no pueda o no sepa escribir, lo podrá hacer en casos de suma urgencia en forma verbal.

Tocante a cada uno de los diversos tipos de testamento, ya se dejó precisado en el capítulo II inciso D, las formalidades con que se debe de cumplir en cada uno de ellos, por lo que no se hace necesario reproducir en éste capítulo lo que ya antes se dijo. Debiendo ubicarnos en forma más particular respecto a los testamentos ordinarios.

Resulta necesario también, hacer la explicación de que la propia ley, en el caso del testamento, al que consideró como un acto solemne, establece la inexistencia del mismo en su determinación contenida en el artículo 2228 del código civil, cuando estipula que la falta de forma establecida por la ley origina la nulidad relativa del acto jurídico, si no se trata de actos solenes; esta regla tiene una excepción, y es la contenida en el artículo 11 de la ley de Instituciones de Asistencia Privadas, que establece que..."Nunca se declarará nula una disposición testamentaria hecha a favor de la Asistencia Privada por defectos de forma, de modo que en todo caso sea obedecida la voluntad del testador".

Lo anteriormente señalado, en cuanto a los efectos de la falta

de forma en el testamento, encuentra su fundamentación en la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia en ese sentido, mismo que dice...TESTAMENTO, NULIDAD (Legislación del Estado de Puebla): "La formalidad del testamento, es un requisito de validez que tiende a imprimir la mayor certeza a la manifestación de la voluntad del testador que se ha hecho constar en un documento, lo cual es lógicamente explicable si se tiene en cuenta que la disposición testamentaria empieza a surtir todos sus efectos jurídicos a partir de la muerte del otorgante, o sea, cuando este ya no esté en posibilidad de oponerse a lo asentado por el notario, de subsanar sus omisiones, o de ratificar el acto. Es por esto que para salvaguardar de la seguridad jurídica en la elaboración del testamento, el código civil de Puebla en su artículo 3312, sanciona con la nulidad del testamento el que se haya hecho en contravención a lo establecido por el mismo ordenamiento en el título III, del libro IV. (65)

Tenemos que aceptar, que en este aspecto la ley es muy acertada al delinear todas y cada una de las formas o formalidades con que se deben cumplir en los testamentos, pues no podemos pensar en que al ser este un acto tan importante, pudiera ser realizado bajo situaciones que podrían ser hasta faltas de seguridad o bien al arbitrio, ya sea del propio otorgante, del notario o de quienes en él deban intervenir.

---

(65) Amparo directo 54/67.-Ignacio Sánchez Mena.-7 de Septiembre de 1967.- Unanimidad de cuatro votos.- Ponente Rafael Rogina Villegas.

D).-EXISTENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD.-

Podemos partir en este análisis, de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que nos dice...No debe decretarse la nulidad sino cuando conste que la voluntad del testador ha sido alterada o, al menos haya duda fundada acerca de ello, o cuando falten requisitos importantes de forma, o los que sean indispensables para que exista la seguridad completa (66) de que el testamento contiene la voluntad del testador.

Lo anterior, significa que dentro del testamento la voluntad del otorgante deberá ser libre y cierta, o sea, que deberá estar exenta de cualquier vicio, de donde podemos desprender también que si el testador manifiesta su voluntad sin libertad, será víctima de una violencia y si no la manifiesta en forma cierta, será víctima del error o del dolo.

Ya que se ha mencionado la violencia, el error y el dolo, diremos que nuestra legislación en sus artículos 1485 y 1487 del código civil, parece habernos exclusivamente de las amenazas, el dolo y el fraude, situación que a continuación analizaremos.

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

---

(66) Séptima época, Volumen IX, cuarta parte, pag. 44

Al estudiar este artículo, vemos que se expresa en una forma concreta como amenazas, lo que creemos que se puede interpretar más bien como violencia, pero siendo una violencia sólo de tipo moral, y es aquí donde vemos, que al parecer la violencia física no se considera, a lo cual, consideramos que sería conveniente que también fuera tomada en consideración, como lo hace el numeral 1819 del código civil, el cual aun cuando se refiere exclusivamente a los contratos, si contempla los dos tipos de violencia.

Una de las situaciones que al parecer el legislador omitió, es el no haber delimitado hasta que grado de parentesco se debe considerar dentro del contenido del artículo que estamos analizando, aun cuando esto podría resultar un tanto innecesario, ya que si las mencionadas amenazas fueren dirigidas a un pariente del testador en tercer grado, tal vez esto no le preocuparía mucho, como si se tratara de un hijo o de un hermano, por lo cual quizá no modificaría su determinación ya contemplada en su testamento.

Del anterior análisis, creemos entonces que sólo sería necesario determinar hasta que grado de parentesco se debe considerar, para que proceda la nulidad de ese testamento que se otórque ante esas circunstancias.

En cuanto al artículo 1847, que dice... "Es nulo el testamento capatado por dolo o fraude". Y el mismo código, en su artículo 1815 nos marca como dolo, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en el a alguno de los contratantes, esto es, que si el testador ya tenía determinada su voluntad, puede ser inducido a través de artificios o

sugestiones, ya sean de un tercero ajeno a la sucesión, o bien por alguno de los parientes, el cual sería el caso más común, con el fin de que esa voluntad ya determinada, sea modificada o alterada, o sea, que logren envolver la voluntad del testador, de tal forma que obtenga otros efectos diferentes a los que podría haber producido.

Una vez mencionados los vicios de la voluntad que la ley contempla, tenemos que no considera al error como uno más de ellos, situación con la que estamos en desacuerdo, pues solamente se refiere como ya se dijo a las sugerencias o artificios que inducen al error, más no observa al parecer, que ya podría estar con anterioridad a ello en el error, y que de esa manera se estaría viciando también la voluntad del testador, y al efecto, podría entonces aplicarse el artículo 1301, que dice... "Las disposiciones hechas a título universal o particular, no tienen ningún efecto cuando se funden en una causa expresa que resulte errónea, si ha sido la única que determinó la voluntad del testador.

Para que la nulidad sea procedente en el caso de error, el artículo antes mencionado señala que se requiere para ello, que aparezca en el texto mismo del testamento y que sea el único que haya determinado la voluntad del testador, y podríamos mencionar un ejemplo: instituyo como mi único y universal heredero a mi hermano Pedro, porque mi hermano Juan ha muerto. Y después se encuentra que el hermano Juan no había muerto. Aquí el testador ya está en un error, y se observa que la causa que determinó la voluntad del testador era errónea, ya que de haber sabido que el otro hermano en realidad no



había fallecido, no hubiese instituido solamente al hermano Pedro. Ahora bien, si el testador no hace referencia en el texto del testamento, el porque solamente instituye al hermano Pedro, y aun cuando posteriormente se demuestre que estaba en un error, la causa que fué el motivo determinante de la voluntad no fué expresada, por lo cual no podrá originar la nulidad de este testamento

Algo que resulta ser muy importante, y que debe ser tomado en consideración, es que; cualquiera que hubiere sido el vicio de la voluntad que trastorne su decisión última del testador, hablese de violencia, dolo, fraude error, estos deberán ser los que influyan de manera definitiva en la causa que determine la voluntad del testador, es decir, que para que sea procedente la nulidad de los testamentos efectuados bajo estas circunstancias, se deberá comprobar que el vicio bajo el cual se realizó, fué el que provocó directamente que la determinación del otorgante fuera la que aparezca en el testamento que se pretende anular, ya que de no existir este requisito, el testamento podrá subsistir.

Nos volvemos a encontrar aquí, con el problema de si es relativa o absoluta la nulidad que se deriva en estos casos, y volvemos también a determinar después de los diversos puntos de vista que se han venido mencionando, que estamos ante la presencia de una nulidad absoluta, pues encontramos nuevamente las características que nos hacen situarlo así; que son la de que es imprescriptible, que no desaparece por la confirmación y que puede también ser intentada por cualquier interesado.

E).-OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR REPRESENTANTE.-

A este respecto no hay mucho que decir, ya que partiendo del artículo 1295 del código civil, el cual nos dice...Que es un acto "personalísimo", con lo que se debe de entender que se deberá efectuar con la presencia personal del testador, con lo cual deja claro que aquel testamento que no se hiciere atendiendo estas circunstancias, será un testamento nulo.

Independientemente de lo antes mencionado, el propio código civil en sus artículos 537 fracción V y 2548, también nos deja bien delimitado la posibilidad de que un testamento pueda ser otorgado a través de un representante:

Art. 537.-El tutor está obligado!...V.-A representar al incapacitado en juicio y fuera de el en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales.

Art. 2548.-Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la comparecencia personal del interesado.

Como podemos observar, los dos artículos antes referidos, hacen incapie en los actos en que no se requiera la intervención personal del interesado, y a tal efecto, como ya mencionamos, el artículo 1295 marca que el testamento es un acto personalísimo.

En base a todo lo anterior, consideramos que la ley tiene contemplado en una forma bastante bien definida, la imposibilidad de que un testamento pudiera ser otorgado por medio de un representante, ya que de existir esa posibilidad, se presentaría una serie de dificultades en torno a que si el representante manifestó o no lo que realmente el testador le hubiere encargado para que quedará asentado como su última voluntad.

#### f).-OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR DOS O MAS PERSONAS.-

Igualmente que el inciso anterior, éste resulta muy concreto el análisis, pues tampoco se detecta duda alguna al respecto, puesto que el artículo 1296 del código civil, es muy clara al decir... "No pueden testar en el mismo acto dos o mas personas, ya en provecho reciproco, ya en favor de un tercero".

Lo anterior nos deja claro también, que cualquier situación que se presente en contravención al contenido del anterior precepto, estaría bajo los efectos de una nulidad.

Puede mencionarse, que aun cuando en el testamento público cerrado se permite que sea escrito por otra persona a su ruego del otorgante, es precisamente para la redacción del mismo, ya que el testador deberá saber leer y escribir, y de ésta manera se podrá dar cuenta de que lo que escribió la otra persona es precisamente lo que él le dijo. Aclarando también, que si el testador no sabe leer ni escribir no tendrá capacidad para poder otorgar ese tipo de

testamento, con lo que queda anulada también la posibilidad de que se otorgue por medio de un representante, quedando también comprendido el que lo anterior no se podrá contemplar como que ese tipo de testamento fuese otorgado por dos personas por el hecho de haber solicitado a su ruego y encargo a otra persona en la manera antes expuesta.

También nos encontramos en el caso de que en el testamento ológrafo, el documento que contenga el testamento sólo podrá ser entregado a través de otra persona que no sea el testador al representante del Archivo Judicial, cayendo nuevamente en lo mismo, en que la tercera persona sólo entregará (con poder especial) el documento, más no quiere decir esto, que el testamento se otorgó por dos personas. Y para éste caso, el Director del Archivo Judicial deberá acudir inclusive, al lugar en donde se encuentre el testador, y que en ese lugar se cumplan las formalidades que debe de llenar este tipo de testamentos.

Para éste caso, nos volvemos a remitir a la definición que ya se ha contemplado respecto al testamento, en donde nos dice que éste acto es unipersonal.

G).-POR FALTA DE UNIDAD EN EL CONTEXTO.-

Este aspecto, lo debemos enmarcar básicamente en el testamento público abierto, ya que aun cuando por la sucesión de actos en que se debe concretar, en los casos del público cerrado y ológrafo, la ley no exige que se cumpla con una unidad en el contexto de formación, no así en el caso de -

los públicos abiertos, en los que si se exige que su celebración sea en un acto continuo ininterrumpido.

Ese acto continuo a que nos referimos en el párrafo que antecede, consiste en que; en un sólo acto y sin mas interrupciones que las que puedan ser motivadas por un accidente pasajero, por casos fortuitos o de fuerza mayor, estando presentes tanto el testador, el notario y los testigos. Se leera el testamento en voz alta, así como la confirmación por parte del testador respecto del documento leído, así como su firma (si sabe y puede) y por los testigos. Y como el testamento no se sujeta a ningún impuesto o tramite previo para su autorización definitiva, el notario deberá autorizarlo en el mismo acto, y acto continuo lo firmará.

Lo anterior se encuentra contemplado en el artículo 69 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Resulta entonces, que aquel testamento público abierto que no se notorice cumpliendo con esta unidad en su contexto, estará comprendido dentro de los casos de nulidad.

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

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

1.-En los antecedentes históricos en general, ubicándose como principal precursor de ello al Derecho Romano, se observó un gran menosprecio hacia la mujer, en relación con el hombre, en donde a la mujer se le daba muy poca importancia en todos los aspectos, no quedando a un lado lo referente a los testamentos, en donde tenían gran restricción tanto para otorgar testamento, como para poder recibir por herencia.

2.-Se llegó a la conclusión de que el testamento no es un contrato, sino que es un acto jurídico unilateral, que contiene una declaración de voluntad, teniendo como características las siguientes: a).-Es un acto de última voluntad; b).-Es un acto revocable; c).-Es un acto libre; d).-Es un acto de disposición de bienes; e).-Es un acto no receptivo y f).-Es un acto solemne.

3.-Al otorgarse un testamento, deberá considerarse en el deber de dejar pensión alimenticia a aquellos que la propia ley determina, sin que el hecho de no hacerlo pueda traer mayor consecuencia que por resolución judicial se deba otorgar, ya sea por el heredero o legatario, esa obligación que el testador omitió hacer al heredero legítimo, es decir, que el testamento no podrá subsistir en todo lo que no perjudique ese derecho, o de otra manera podrá ser declarado inoficioso.

4.-La ley prohíbe el otorgamiento de testamento por nos o más personas, ya sea en provecho recíproco o en favor de otra persona, pero no

obstante esto, podrá llevarse a cabo lo anterior, siempre que se haga en testamentos independientes uno del otro.

5.-Aun cuando la ley establece que el notario deberá escribir de su puño y letra el testamento público abierto que se otorgue ante su fe, existe jurisprudencia en el sentido de que no será motivo de una nulidad la omisión de tal situación, siempre que sea escrito por uno de los emanentes de dicho fedatario.

6.-Existe una gran discrepancia dentro del Código Civil, en el sentido de que: primeramente marca en forma general la edad de dieciséis años para tener capacidad de poder otorgar testamento, y en artículo diverso requiere de la edad de dieciocho años para poder otorgar el testamento ológrafo.

7.-Por ser el testamento un acto jurídico solemne, se deberá cumplir en el momento de su otorgamiento, con todas las solemnidades que señala el código civil en el momento de su otorgamiento, ya que de no ser así, dicho testamento podrá ser invalidado.

8.-Para poder decretar la validez de un testamento, se tendrá que observar exclusivamente el momento preciso en el que se otorgó el mismo, es decir, que en los casos de capacidad para poder testar, se deberá tener esta por lo menos en el preciso momento del otorgamiento. Pudiéndose ubicar más concretamente lo anterior, para el caso de los locos y de los imbeciles, donde se les permite testar, siempre que se encuentren en un momento de lucidez.



9.-Nuestra legislación atinadamente ha observado la necesidad de ubicar dentro de un testamento, a los herederos y legatarios sustitutos, con lo cual las situaciones que podrían generar que dicho testamento fuera motivo de una caducidad sean mínimas, ya que si esas situaciones se presentaran sin que se hubiese contemplado a herederos o legatarios sustitutos, entonces ese testamento podría ser motivo de una caducidad.

10.-El artículo 1485 del Código Civil nos señala que aquel testamento que se haga bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes, será nulo. Y el artículo 1486, dice que para esos casos, el testador luego de que cese la violencia o se tenga plena libertad, podrá revalidar su testamento, con las mismas solemnidades que si se otorgara de nuevo. De lo anterior, entendemos que si esto se hiciera, ya no se estaría revalidando dicho testamento, sino que más bien se estaría revocando, por el sólo hecho de otorgar uno posterior.

11.-La voluntad en el testador deberá ser libre y cierta, por lo que deberá estar exenta de cualquier tipo de vicios que la pudieran modificar, ya que si esa voluntad es expresada sin libertad, causado por algún vicio que la pudiera modificar, dará origen a que ese testamento sea nulo.

12.-Para que proceda la nulidad de un testamento, en los casos de que exista algún vicio que modifique la voluntad del testador, este vicio a que nos referimos, deberá ser el que modifique en forma determinante dicha voluntad.

ya que de no ser así, ese testamento podrá subsistir.

13.-La nulidad en los testamentos será considerada como "nulidad absoluta", en virtud de lo siguiente:

A).-No es susceptible de confirmación: ya que de confirmarse, se estaría otorgando prácticamente uno nuevo, y por tal motivo, se estaría revocando el anterior más no confirmando.

B).-Es imprescriptible: La acción de nulidad podrá ser solicitada en cualquier momento.

C).-La acción de nulidad podrá ser solicitada por cualquier persona que tenga interés en ello.

En virtud del análisis contenido en el presente trabajo y de acuerdo a las conclusiones obtenidas de él, hago la siguiente:

## P R O P U E S T A

PRIMERO.-Que dentro de nuestro Código Civil sea unificada la edad mínima para poder otorgar un testamento, la cual considero debería de ser la de dieciocho años, ya que al tener esa edad, el individuo llega a adquirir en la mayoría de los casos, una madurez y un criterio mas adecuado como para poder hacer una decisión tan importante y delicada, como lo es el de determinar acerca de sus bienes para después de su muerte.

SEGUNDO.-Que fuera inexistente la posibilidad en los casos del loco y el imbecil, para poder otorgar testamento, aun cuando se encuentren en ese "supuesto momento de lucidez", como lo menciona la ley, ya que si se observa en forma cuidadosa, ese momento de lucidez antes referido, seria por demas difícil determinarlo, puesto que para nuestro derecho el momento que interesa para decretar su validez o no, es precisamente aquel en el que es otorgado el testamento, siendo como ya dije muy difícil determinarlo, puesto que llegado el momento del otorgamiento quizas ya no tenga la lucidez que pudo haber presentado en el momento de los peritajes, dejando también con esto una gran responsabilidad al Notario quien autorizara o no el referido testamento.

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

1.-ANGUITANO, JOSE DE. La Génesis y la Evolución del Derecho Civil, Editorial La España Moderna, Madrid, España, 1928

2.-AGUILAR CARBAJAL, LEOPOLDO, Segundo Curso de Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980

3.-ARCE Y DERVANIES, JOSE, De las Sucesiones, Primera-Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983

4.-BONNEDAGE, JULIEN, Elementos de Derecho Civil, Sexta edición, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Puebla, 1946

5.-BORTA SORIANO, MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, S.A., México, 1956

6.-CASTAN FÓRERAS, JOSE, Derecho Civil Español y Foral, Editorial Reus, S.A., Madrid, España, 1974

7.-DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE A., El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Porrúa, S.A., México, 1962

8.-FERNANDEZ AGUIRRE, ARTURO, Derecho de los Bienes y Sucesiones, Editorial Cajica, S.A., México, 1963

9.-FLORIS MARGAIVANT S., GUILLERMO, El Derecho Privado Romano, Onceava Edición,

Editorial Esfinge, S.A., Mexico, 1982

10.-IBARROLA, ANTONIO DE, Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, S.A., Quinta edición, Mexico, 1981

11.-FINA, RAFAEL DE, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen primero, Introducción, Personas, Familia, Séptima edición, Editorial Porrúa, S.A., Mexico, 1975

12.-ROGINA VILLEGAS, RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales v Sucesiones, Tomo II, Décima tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985

13.-MUNGIERO, ROBERTO DE, Instituciones de Derecho Civil, Traducción de la cuarta edición Italiana de Ramon Serrano Suñer y José Santa Cruz Tejero, Tomo I, Editorial Reus, S.A., Madrid, España, 1931

14.-HURTÍE, LUIS F., Sucesiones en el Derecho Mexicano, Primera edición, Editorial Jus, S.A., Mexico 1980

15.-VENTURA SILVA, SABINO, Derecho Romano, Primera edición, Editorial Porrúa, S.A., Mexico, 1962

16.-VILLORIA TORALDO, MIGUEL, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S.A., Mexico, 1966

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.-Código Civil para el Distrito Federal
- 2.-Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
- 3.-Ley del Notariado para el Distrito Federal
- 4.-Ley de Instituciones de Asistencia Privada.