

308909

32

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



“LA REVOCACION DEL TESTAMENTO”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

ALVARO SOTO GONZALEZ

DIRECTOR DE TESIS: LIC. FAUSTO RICO ALVAREZ

MEXICO, D.F.

278476

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Con mi agradecimiento a los Maestros
Lic. Fausto Rico Álvarez
Lic. Gonzalo Ortíz Blanco

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO I - DE LOS TESTAMENTOS

- 1.- Evolución histórica.
- 2.- Evolución dentro del Derecho Positivo Mexicano.
- 3.- Concepto y Elementos.

CAPITULO II- DE LA FORMA DE LOS TESTAMENTOS

- 1.- Formalidades comunes de los testamentos.
- 2.- Testamento público abierto.
- 3.- Testamento público cerrado.
- 4.- Testamento público Simplificado.
- 5.- Testamento ológrafo.
- 6.- Testamento privado.
- 7.- Testamento militar.
- 8.- Testamento marítimo.
- 9.- Testamento hecho en país extranjero.

CAPITULO III- INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

Inoficiosidad

- 1.- Caducidad
- 2.- Revocación
- 3.- Nulidad

CAPITULO IV- DE LA REVOCACION DE LOS TESTAMENTOS

- 1.- La revocación de los testamentos en el Derecho

y la doctrina extranjera:

I - Italia.

II - Francia.

III - España.

2.- Análisis del artículo 1494 del Código civil.

3.- La interpretación de los testamentos.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Pocos actos en la vida de una persona son tan relevantes como el otorgamiento de su testamento, razón por la cual, la ley lo considera un acto solemne.

El acto por el que una persona, dispone de su patrimonio, normalmente se da en una etapa de la vida, en la que siente la necesidad de que la voluntad trascienda a la propia vida, para que una vez acabada esta, se disponga del patrimonio, tal y como su dueño así lo quiera.

Entiendo que una persona a lo largo de su vida, y después de los azares de la misma, pueda disponer de una forma o de otra, respecto a la manera de como su patrimonio se distribuya, para después de su muerte, y entiendo que esa voluntad que algún día se entendía como definitiva, en un momento determinado, puede llegar a no ser así, es entonces, cuando se está ante la necesidad de cambiar –total o parcialmente- las disposiciones anteriormente otorgadas, o de revocarlas, a fin de que se adecuen a las nuevas circunstancias que rodean la vida del sujeto.

En el Código Civil para el Distrito Federal actual, se contempla lo anteriormente expuesto, y el propio Código, de una manera tajante, señala que el testamento posterior perfecto, revoca al anteriormente otorgado, salvo que en el propio se señale que las disposiciones contenidas en el anterior, continúen siendo válidas en lo que no se opongan al nuevo.

Considero que la disposición del Código, no es tan afortunada como pudiere parecer, ya que hay dos puntos que tendrían que tomarse en consideración al respecto:

- Conforme al propio Código Civil, el testamento posterior perfecto, revoca al anterior, tal como ya se comentó, pero ¿es esto correcto con todos los tipos de testamento que existen?
- Que pasa si una persona, después de otorgar Testamento, decide que su sucesión se siga bajo las reglas de la sucesión Legítima.

Estos dos puntos, son los que me llevan a preguntarme, ¿porque el Código, puede lograr hacer algo contrario a la voluntad de una persona, y lo peor de todo, es que las consecuencias no las sufra la propia persona, sino su descendencia?. ¿Realmente es esto correcto?

Toda tesis, es por definición, una propuesta. La tesis que presento, después de un análisis detallado de la materia sucesoria, es el contestar esa pregunta, y sobre todo, doy la posibilidad de una solución, que a lo largo del trabajo, espero que se vea consolidada como la mas viable.

La idea que tiene toda persona de trascender en sus actos, alcanza la parte material, y considero profundamente injusto que el Código, en una disposición caprichosa pueda

determinar los efectos de algo que es de suma importancia, y que no le corresponde en absoluto.

El presente trabajo, no es sino el resultado de un trabajo de investigación y síntesis de una serie de obras doctrinarias, legislación nacional y extranjera, jurisprudencia, artículos, etc., que agrupados y sintetizados, le van dando forma, primero, a la materia sucesoria en general, y posteriormente, al problema mismo, visto, como ya mencionamos, tanto desde el punto de vista legal, como doctrinario.

Sin embargo, no se trata de una recopilación de las ideas y opiniones de los mas reconocidos autores que a lo largo del trabajo se van mencionando, sino de una exposición lógica y ordenada de los puntos mas importantes de la materia, a fin de dar una vista completa y panorámica primero, y posteriormente detallada y concreta del problema que sirve como punto de partida para la elaboración del presente, para dar por resultado, una serie de conclusiones que pretenden resolver el mismo.

Esperamos cumplir con nuestro propósito.

CAPITULO I

DE LOS TESTAMENTOS

CAPITULO I

DE LOS TESTAMENTOS

EVOLUCION HISTORICA

Para poder llegar a dar una definición o un concepto de los que es un testamento en la actualidad, es necesario estudiar y analizar la evolución histórica que éste ha tenido.

En los primeros tiempos de la humanidad no había propiedad individual, siendo la familiar la única propietaria de los bienes; los parientes sucedían al difunto en base a la propiedad familiar conforme a la cual, la viuda hacía suyos los objetos del marido, los hijos los de sus padres, y así sucesivamente.

Con el transcurso de los siglos comenzó a emerger la propiedad individual de la propiedad familiar y aparece así la necesidad, por seguridad, de crear un instrumento eficaz por medio del cual una persona dispusiera de sus bienes después de su muerte.

Señala el maestro José Arce y Cervantes que el primer testamento escrito conocido data del año 1805 A.C. y fue descubierto en Kahun, Egipto por William Mather Fillinders Patrie, documento que pertenece a una colección arqueológica del Museo de la Universidad de Londres ¹

¹ ARCE Y CERVANTES JOSE.- "Sucesiones", Editorial Porrúa, México, D.F., Pag. 78

Terentilio Arsa pidió que el derecho se fijara por escrito, después de tenaz resistencia de los patricios, envió en 454 A.C. una embajada a Grecia para inspirarse en ese derecho: a su regreso en 451 A.C. los decenvirii (todos patricios), codificaron en diez tablas los puntos esenciales, según alude el maestro Guillermo Floris Margadant, con la siguiente distribución:

“Tablas I, II, III Derecho Procesal.

Tabla IV Derecho de Familia.

Tabla V Derecho Sucesorio.

Tabla VI Derecho de Cosas

Tabla VII Derecho Agrario

Tabla VIII Derecho Penal

Tabla IX Derecho Público

Tabla X Derecho Sacro.”²

Posteriormente nos explica el autor citado, hubo necesidad de hacer modificaciones y añadiduras, y una segunda comisión (con participación plebeya) redactó dos tablas adicionales las cuales en 449 A.C. fueron aprobadas.

La legislación de las doce tablas ha dado lugar a muchas discusiones; el maestro Floris Margadant opina que “Es inverosímil sociológicamente, que una codificación hecha en el siglo V A.C. haya copiado derechos extranjeros”. Cree que “Más bien puede tratarse de una manifestación del derecho consuetudinario romano con algunas innovaciones destinadas a conciliar los opuestos intereses de patricios y plebeyos”, aún cuando niega que, “es muy poco probable que se trate de un derecho inspirado en la vida jurídica de Grecia ya que figuras típicas de las doce tablas, como la libertad

² MARGADANT S GUILLERMO FLORIS.- “El Derecho Privado Romano”, Editorial Esfinge, Séptima Edición, México D.F. 1977. Pág. 50

testamentaria no existían en Grecia en aquella época.”³ En opinión del autor Alvaro D’Ors, que las citadas XII tablas, *heres* (heredero) es todavía exclusivamente el descendiente que estaba bajo la potestad directa del difunto; el agnado próximo es llamado a adquirir el patrimonio “*familiam habeto*”, pero no como *heres*.⁴ Posteriormente estudiaremos la postura del autor citado respecto de la institución de heredero.

Sería conveniente, el dejar un claro concepto de lo que para los romanos significaba la herencia, la cual, según el autor Alvaro D’Ors era “una institución de la continuidad patrimonial en la familia...Aunque la herencia y las disposiciones mortis causa no se reducen al ámbito de la familia, no es menos cierto que de ella arrancan y tienen su aplicación más natural dentro de ella...”⁵

Antes de continuar, estudiaremos como era la sucesión hereditaria en Derecho Romano.

La sucesión hereditaria en Derecho romano podía ser de dos maneras, la testamentaria y la intestamentaria. Cabe hacer la distinción que señala Alvaro D’Ors en su obra citada, respecto de *heredes sui* (herederos de propio derecho o necesarios) y *heredes extranei* (o herederos extraños o voluntarios). Los primeros –*heredes sui*– “a la muerte de un *pater familias*, sus hijos e hijas se hacen *sui iuris* y quedan de propio derecho en el lugar de su padre... adquieren lo que, en cierto modo, les pertenecía ya potencialmente en vida de su padre; estos son lo herederos de propio derecho...”; en tanto que los segundos son aquellos que “... no se hacen herederos por el hecho mismo de la muerte del causante, sino por un acto voluntario de aceptación: son herederos “voluntarios”...”

³ Idem

⁴ D’ORS, ALVARO. “DERECHO PRIVADO ROMANO” EUNSA, Octava Edición, Pamplona, España, 1991.

⁵ Idem.

Dentro de los herederos necesarios o *heredes sui*, se encuentran no solo los hijos, sino también los esclavos instituidos herederos, y a la vez manumitidos, pues también se hace heredero sin necesidad de un acto de aceptación.

Es conveniente recordar que en Derecho Romano, señala el Citado autor Alvaro D'Ors, "*semel heres semper heres*", o sea, una vez que se adquiere la calidad de heredero, nunca puede perderse.

Señala Floris Margadant que la institución de herederos era un elemento indispensable del testamento romano, "*el caput et fundamentum testamenti*"⁶. Si la institución de herederos faltaba o tenía un defecto jurídico o no era eficaz, en vista de la repudiación hecha valer por el heredero, o a causa de la muerte previa de éste, todas las demás disposiciones del testamento romano quedaban igualmente sin eficacia.

Para comprender la diferencia entre el antiguo testamento romano y el testamento en la actualidad, debemos analizar la figura del heredero antiguo. Este era el continuador de la personalidad del difunto, con sus ideales, odios, simpatías y de su religión doméstica. También sucedía en casi todos sus derechos y deberes al difunto, pero esta sucesión patrimonial era sólo una consecuencia de la fundamental sucesión de toda la personalidad, y para tener más seguridad de que el heredero aceptaba desinteresadamente su sagrada función, el *de cuius* mostraba tendencia a privar al heredero de las ventajas materiales, lo cual podría ocasionar que éste aceptase la herencia, aunque parte de los bienes se hubiera repartido entre los legatarios: "¡La función del heredero era la de actuar, no la de poseer!"⁷

Expone el maestro Floris Margadant que la manera de manifestar la preferencia por uno de los herederos entre los legítimos, o bien distinto de los legítimos se manifestaba por medio de un testamento; así la esencia de este acto jurídico consistía en establecer un continuador de la personalidad del difunto, que correspondía a su libre elección,

⁶ MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS.- Op. Cit. Pág. 463

⁷ Idem

siendo todo lo de más accesorio y sirviendo en parte para quitar ventajas materiales al heredero mediante legados.

Continúa el maestro señalado que el testamento romano como lo definió Ulpiano, era “Una correcta fijación de nuestra mentalidad hecha solamente para que valga después de nuestra muerte”⁸. Y para que el testamento fuera un espejo fiel de la personalidad y la manera de ser del *de cuius*, era necesario que contuviera indicaciones sobre sus ideales, simpatías y antipatías, no siendo raro encontrar en el mismo insultos dirigidos a sus enemigos, haciendo de él un monumento de odio.

La delación en Derecho Romano, señala D’Ors, coincide con la muerte del “*de cuius*”, la cual la entendían los romanos como el ofrecimiento a una o más personas para adquirir la herencia, y aquí se vuelve obligada la diferencia, ya comentada, entre herederos necesarios y voluntarios. Los primeros, según el multicitado autor D’Ors, “...adquieren necesariamente la herencia, desde el mismo momento de la delación. Los herederos voluntarios han de aceptar la herencia (*adire hereditatem*) para adquirirla, de modo que entre la “delación” y la “adición” de la herencia transcurre un tiempo más o menos largo de expectativa, durante el cual la herencia está “yacente” (*hereditas iacens*), es decir, en espera de que la adquiera un heredero; esta situación de expectativa hace que tal herencia no se equipare a una *res nullius*...”⁹

Esta aceptación la podía hacer el heredero, mediante intervención pretoriana, en un plazo de cien días, transcurrido dicho plazo se entendía repudiada la herencia, o existía una segunda opción para el heredero con la intervención pretoriana, por virtud de la cual, el pretor le hacía al heredero la *interrogatio in iure de an heres sit*, por virtud de la cual el heredero podía aceptar o no la herencia, y en este último supuesto el pretor ofrecía la herencia a otras personas que pudieran tener derecho a ella, y si nadie la aceptaba, se procedía a la ejecución concursal de los bienes que integraban la masa hereditaria.

⁸ MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. Op. Cit. Pág. 464

⁹ DOR’S, ALVARO. Op. Cit. Pág. 298.

La aceptación de la herencia en derecho romano, señala el autor Alvaro D'Ors, "consiste en realizar en los bienes hereditarios algún acto que manifieste la voluntad de comportarse como heredero...Los efectos de esta "adición", se retrotraen al momento de la "delación"¹⁰

Señala el mencionado autor D'Ors, que con la delación, el heredero voluntario no adquiere la herencia, sino un derecho a aceptarla el cual es intransmisible a sus propios herederos.¹¹

Otra institución romana harto importante, era la de la "*successio*", la cual según D'Ors en su obra es "la colocación de un heredero en la posición jurídica del difunto... el heredero "sucede" al difunto porque continúa su personalidad en todas aquellas situaciones y relaciones que son transmisibles. Ese conjunto patrimonial transmisible es precisamente la "herencia" (*hereditas*)"¹²

Característica especial en Derecho Romano de la sucesión, es la "universalidad", esto es, que la herencia tiene carácter universal, o sea, que el heredero adquiere la herencia como tal, sin perjuicio de que el difunto pueda haber dispuesto de bienes singulares de ella a favor de otras personas distintas del heredero, pues la universalidad no excluye la pluralidad de herederos, pues sus cuotas versan sobre toda la herencia, por partes iguales, salvo que el testador disponga porcentajes especiales, desiguales, o el mismo derecho llame a determinados herederos a compartir una misma cuota. Así pues, la universalidad de la herencia, puede no coincidir con la totalidad de la herencia, bien por la concurrencia de co-herederos, bien por la presencia de legatarios, pero la herencia tiende a la universalidad, cuando no se presentan estas situaciones.

El heredero se subroga en todas las relaciones privadas del difunto, salvo las que son intransmisibles y patrimoniales, pues esta últimas son mas que hereditarias, familiares.

¹⁰ D'ORS, ALVARO. Op. Cit. Pág. 300

¹¹ Idem

¹² D'ORS, ALVARO. Op. Cit. Pág. 302

Pero para que se de una confusión de lo que adquiere por herencia un heredero con su patrimonio propio, es necesario que éste responda de las deudas transmisibles del autor de la herencia, las cuales son ejecutables incluso con el patrimonio del heredero, a lo que D'Ors denominó como "responsabilidad "ultra vires hereditatis", razón por la cual los herederos podían "defenderse", bien repudiando la herencia, en el caso de los herederos voluntarios, bien absteniéndose de la herencia, para el caso de los herederos necesarios "de modo que el magistrado le defienda contra las acciones de los acreedores y deje para el concurso de éstos... la masa hereditaria íntegra: el *beneficium abstinendi*"¹³

Así pues, en derecho romano se puede ser heredero bien por una delación legal (sucesión "legítima" o "ab intestato") o por la de un acto voluntario del difunto (sucesión "testamentaria"), incompatibles entre sí, por el carácter universalidad de la herencia, y por que de existir unos y otros normalmente eran preferidos los nombrados en testamento, salvo el caso de que los herederos "legítimos" pudieran impugnar un testamento que los perjudique, aunque aún en este caso no se suprimen totalmente los efectos del mismo.¹⁴

Ahora bien, los herederos bien pueden ser "legítimos", los cuales heredan de quien no ha dejado testamento (sucesión "ab intestato") o bien "forzosos", que son aquellos herederos legítimos que pueden impugnar un testamento que les perjudica.

Pero, como era la sucesión ab intestato, quien tenía derecho a heredar? Trataremos de dar una visión global de esta situación.

En épocas antiguas, y según las doce tablas, quien moría sin testamento, le heredaban las personas que se encontraran bajo su patria potestad, los conocidos como *heredes sui*, y en su defecto, a los agnados de grado más próximos. Como se ve, los herederos por excelencia, son los primeros, entre los cuales la herencia se repartía por partes iguales, por cabeza, y los *sui* premuertos o emancipados, heredaban los que se

¹³ D'ORS, ALVARO. Op. Cit. Pág 304

¹⁴ D'ORS, ALVARO. Op. Cit. Pág 306

encontraban bajo su patria potestad directa, por stirpe, o sea, se repartía entre todos ellos la parte que al premuerto o pre emancipado le hubiera correspondido.

Estos *heredes sui* no podían ser preteridos en el testamento, bien sea para instituirlos como herederos en una cuota mayor o menor, o bien, para desheredarlos. Las consecuencias, en caso de ser preterido uno de ellos, según Alvaro D'Ors, son las siguientes:

“i.- cuando ha sido preterido un hijo varón, la inexistencia del testamento...con nulidad desde el primer momento y no es convalidable; en consecuencia, la apertura de la sucesión ab intestato; ii.- cuando la pretensión es de una hija, nieto o nieta, el testamento debe ser tan solo rectificado para dar entrada al preterido...y precisamente en su cuota al intestato cuando ocurre con otros *sui*, o en la mitad de la herencia frente a herederos extraños”¹⁵

En el caso de que se muera intestado, y sin dejar *sui heredes*, según señala el citado autor D'Ors, la regla general es que heredaba el pariente agnado de grado más próximo, normalmente hermanos o hermanas, y si no hay éstos tampoco, heredan todos los que estén en el grado más próximo “entre los parientes que estarían bajo la misma potestad de no haber muerto el ascendiente común...”¹⁶

Justiniano reformó la legislación para el caso de la sucesión legítima, dando el siguiente orden para el caso de la sucesión al intestato:

- a) Primero heredan los descendientes (por cabeza y por stirpe)
- b) En un segundo grado heredan los ascendientes y los hermanos y hermanas de doble vínculo, o sea, hermanos de padre y madre, y si concurren, heredan por partes iguales, y los ascendientes de grado próximo, eliminan a los de grado remoto.
- c) Posteriormente heredaban los hermanos de un solo vínculo,

¹⁵ D'ORS, ALVARO. Op. Cit. Pág. 314

¹⁶ D'ORS, ALVARO. Op. Cit. Pág. 316

- d) Luego, heredaban los demás colaterales, por cabeza, hasta el quinto grado, y, por último,
- e) El cónyuge viudo.¹⁷

Trataremos ahora, la otra forma de sucesión, o sea, la testamentaria.

Es importante, primero, definir lo que para los romanos era un testamento. Según el autor que hemos estado siguiendo, “*testamentum* es un acto solemne por el que una persona con capacidad para ello (*testamenti factio*) hace constar su voluntad dispositiva sobre su propio patrimonio, para después de su muerte. Por este acto, una persona *sui iuris* y capaz da una ley al propio patrimonio¹⁸...”

Para otros autores, el testamento romano, “...es un acto solemne y de última voluntad, por el que se nombra heredero y se pueden hacer otras disposiciones de carácter patrimonial o personal –donaciones o dádivas a favor de diversas personas (legados), nombramiento de tutores, manumisión de esclavos, etc...”¹⁹

Ahora bien, cual era la forma en que se hacían testamentos en Derecho Romano.

En un principio, había dos formas antiguas de testar, que, dicho sea de paso, eran las principales, la cuales eran el *testamentum calatis comitiis* y el *testamentum in procinctu*.

El *testamentum calatis comitiis* se hacía ante los comicios curiados en tiempos de paz, los cuales se reunían especialmente para ese fin, y eran presididos por el *pontifex maximus*, en tanto que el *testamentum in procinctu*, se otorga cuando se va a batalla, ante el ejército en pie de guerra.

Posteriormente, se añade una tercera forma de hacer testamento, según el autor Juan Iglesias, la llamada *per aet et libram*, el cual se hacía por medio de una barra de cobre

¹⁷ D'ORS, ALVARO. Op. Cit. Pág. 324.

¹⁸ D'ORS, ALVARO. Op. Cit. Pág. 328

y una balanza, por medio del cual, una persona en peligro de muerte, mancipaba su patrimonio a un amigo, rogándole que dispusiera del mismo según sus instrucciones. El amigo que recibía el patrimonio se convertía realmente en dueño del mismo, pero, como nos señala el autor referido “aun cuando la fe depositada en él le obligara le obligara a cumplir la voluntad del mancipante...”²⁰ Esta forma de testar, para que fuera válida, debía de hacerse ante cinco testigos, bajo una fórmula precisa, y la persona que recibía el patrimonio, debía golpear con la barra de bronce, la balanza, lo cual significaba la entrega, y por último, se debía expresar la voluntad del mancipante en una tabla, que debía de ser firmada por los cinco testigos, el testador, y por la persona que adquiriría el patrimonio.

Señala Floris Margadant que las formas más antiguas de testamento romano fueron el testamento “*calatis comitis*” y el testamento “*in procinctu*”.

Duda el maestro Floris Margadant que podamos realmente hablar de un testamento con carácter de ley, pues no sabemos si los comicios debían ser meramente testigos, o si podían aprobar o reprobar un testamento, duda que no tiene Heineccio al decir que; “los testamentos *calatis comitis* o *comicios calados*, una vez convocados éstos, el magistrado preguntaba al pueblo, si querían o no, que este o aquel fuese heredero por derecho o ley, como si fuese su hijo o heredero más próximo y si la mayor parte de las curias consentían en esta ley, era aquél heredero”, “por tanto si un ciudadano romano hacía testamento en los comicios convocados no mudaba el derecho público de la sucesión de los agnados a la voluntad privada, sino que derogaba una ley por otra nueva; lo cual nadie duda que pueda hacerse”²¹.

Los testamentos hechos en los comicios calados relata Heineccio se revocaban del mismo modo como se hacían, esto es por una nueva ley. Luego los testamentos *calatis comitis* eran verdaderas leyes y no pudiéndose hacer estos, sino en los comicios, según

¹⁹ IGLESIAS, JUAN. “DERECHO ROMANO. HISTORIA E INSTITUCIONES”. EDITORIAL ARIEL, UNDECIMA EDICION, BARCELONA.

²⁰ IGLESIAS, JUAN. Op. Cit. Pág 558

²¹ HEINECCIO J. GOTTL.- “RECITACIONES DEL DERECHO CIVIL SEGÚN EL ORDEN DE LA INSTITUTA”, Editorial Librería de Garnier Hermanos, Tercera Edición, París 1888.

las costumbres de los romanos, era consiguiente que también se hicieran las revocaciones de los mismos en los comicios convocados, ya que seguían aquella regla de derecho; “Nada es más natural que el que una cosa se disuelva del mismo modo que se unió”²².

“Con el tiempo se cansaron los romanos de estos rodeos, porque, ¡ Cuán molesto no era convocar a todo el pueblo romano para hacer un testamento y someterlo a sus votos!, agrégase, que así era conocido siempre el heredero, y podía suceder fácilmente lo que hace poco dijimos de los pactos sucesorios, a saber, que querría más el heredero tener la herencia que no esperarla, y por tanto podía poner asechanzas a la vida del testador”.²³

Durante la República nos señala el maestro Floris Margadant, como otra forma antigua, el testamento *in proccintu*, el cual consistía en que antes de iniciarse una batalla, se permitía a los soldados hacer su testamento, tomando por testigos a sus compañeros de armas; siendo este testamento “*in proccintu*” un antecedente del testamento militar que recoge nuestro código civil en su artículo 1579 y de la fracción IV del artículo 1565 del Código Civil.

Nos relata el maestro Floris Margadant que, al lado de estos testamentos los romanos intentaron otras formas testamentarias que pudieran utilizar en cualquier momento, ya que las anteriormente señaladas sólo podían hacer, o dos veces al año, o bien antes de iniciar una batalla, y así se introdujo el Testamento Mancipatorio o el testamento en forma de contrato. En este caso el testador celebraba una compraventa ficticia con el *familiae emptor* (comprador de patrimonio) con testigos, libripens, balanza, etc. Así podía vender todo un patrimonio por un centavo, a un comprador-heredero con efectos suspensivos hasta la muerte del vendedor-testador, e imponiendo al comprador el deber de repartir parte de los bienes entre terceros (legatarios).

²² Idem.

²³ HEINECCIO J. GOTTL.- Op. Cit. Pág. 484

“Este testamento tenía la ventaja de hacerse en cualquier momento, pero sus inconvenientes eran:

a) Ser irrevocables. Como acto bilateral, no podía anularse por la voluntad unilateral de una de las partes.

b) Ir acompañado de alguna publicidad, cosa poco deseable en materia sucesoria. Como siempre salían perjudicados algunos herederos legítimos, éstos podían vengarse, amargando con ello los últimos días o años del testador”²⁴

Heineccio nos dice que quien mejor detalla este testamento con todas sus minuciosidades fue Ulpiano, y que los conocían con el nombre de hacer testamento “por el peso de la moneda”, siendo necesario: “1.- Cinco testigos ciudadanos romanos; 2.- El libripende que tenía la balanza; 3.- El antestado que se le llegaba al oído de los demás testigos presentes y los advertía que se acordasen, y últimamente 4.- El comprador de los bienes que representaba el heredero y compraba la herencia en especie”²⁵

Para Manfredi, el testamento mancipatorio se conocía como: “*testamentum per aes et libram*” y señala que, “más tarde la *mancipatio familiae* quedó reducida a una mera formalidad, y el nombre del heredero figuraba en las tablas testamentarias. El testador declaraba al *familiae emptor* en presencia de los testigos y del libripende, que él disponía de sus bienes, según el tenor de las tablas que le presentaba.

Esta declaración se llamaba *nuncupatio testamenti*.²⁶

Otorgado el testamento nuncupativo en forma oral “nada se oponía a que el testador u otra persona constatará por escrito la declaración hecha. Pero tal escrito no tenía los

²⁴ MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS.- Op. Cit. Pág. 467

²⁵ HEINECCIO J. GOTTL.- Op. Cit. Pág. 484

²⁶ MANFREDI MARCOS , “Compendio de Derecho Romano”, Talleres de la Ciencia Jurídica, México, D.F. 1901, Pág. 468

caracteres de un testamento, sino que sólo servía como medio de prueba. Por eso es denominado por los interpretes *testamentum nuncupativum in scripturarum redactum*".

27

Con el paso del tiempo, fueron apareciendo nuevas formas de hacer testamentos, las que se pueden clasificar de la siguiente manera:

- a) Formas Escritas, y
- b) Formas orales.

Las primeras, debían hacerse ante siete testigos, escrito por el propio testador, o por un escribano a su ruego y nombre, y después presentarlo, abierto o cerrado, ante los siete testigos, los cuales deben de ser ciudadanos romanos púberos y llamados expresamente para ello, y declara ante ellos, que ese documento contiene su voluntad, y posteriormente lo firma, para que luego, los testigos lo firmen y sellen en un mismo día y tiempo.

Las segundas, para que tengan valides, se requiere la presencia de siete testigos, reunidos en un mismo tiempo y lugar, para oír la voluntad del testador, "como de quien hacía testamento *sine scriptura*"²⁸

Hablaremos ahora de la capacidad ya mencionada por el autor D'Ors en su definición antes relacionada del testamento, la *testamenti factio*.

Se duda de la libre testamentificación que pudieran tener los romanos, ya que como señala el maestro Floris "Sería un milagro sociológico tratándose de una comunidad campesina primitiva, de IV o V siglos A.C., y la ya apuntada tendencia a la idea de la copropiedad familiar haría todavía más sorprendente tal libertad testamentaria. Ni

²⁷ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.- Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1968, Tomo XXVI, Pág. 164.

²⁸ IGLESIAS, JUAN. Op. Cit. Pág. 560

siquiera en la Atenas de Pericles se admitía la libertad testamentaria; sólo un hombre sin descendientes podía testar como quisiera.²⁹

En Roma no todo el mundo podía hacer un testamento, ya que carecían de ésta capacidad. o sea, la *testamenti factio* activa las siguientes personas:

1.- Los peregrinos, salvo los que tuvieran el *ius commercii* (privilegio especial), ni tampoco los dediticios (esclavo convertido en hombre libre, pero que debido a que cometió algún delito infamante no se le otorgaba la ciudadanía romana, sino sólo la calidad de dediticio).

Los *latini veteres o coloniarii*, si tenían facultades de hacer testamento.

2.- La esposa *in manu*, los no emancipados o los esclavos; sin embargo Augusto permitió que el hijo titular de un peculio castrense hiciera testamento respecto de éste, y Justiniano extendió este privilegio a los peculios cuasicastrenses.

3.- Originalmente la mujer ingenua *sui iuris* no podía hacer testamento, sin embargo Augusto liberó a la mujer ingenua con tres hijos, de esta tutela. Adriano permitió que la mujer bajo tutela hiciera testamento con consentimiento del tutor; Teodosio II hizo que desaparecieran estas restricciones a la capacidad de las mujeres *sui iuris*.

4.- Los apóstatas, herejes y los que hubieran negado a prestar testimonio perderían la *testamenti factio* activa como sanción a una conducta considerada antisocial.

5.- Los dementes, pródigos e infantes no tenían la *testamenti factio* activa, y por ser el testamento un acto personalísimo, el curador o tutor no podían testar en nombre de ellos.

²⁹ MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. Op. Cit. Pág. 465

6.- El ciudadano romano, prisionero de guerra, no tenía, durante la cautividad, la *testamenti factio* activa. Para el de que muriese en ella, la ley Cornelia introdujo la ficción de que había muerto durante el último momento de ser libre, y si habría en este caso, el testamento que eventualmente hubiera hecho antes de su cautividad. Fuera de esta caso la *testamenti factio* activa debería existir tanto en el momento de hacer su testamento como en el de hacer su apertura.

Así como no todo el mundo podía ser heredero; esto es; no todos en Roma tenían la *testamenti factio* pasiva (capacidad de heredar), también tenía limitaciones, que son prácticamente las mismas que los que tenían los que carecían de la *testamenti factio* activa.

La *testamenti factio* pasiva debía existir:

- a) En el momento de hacerse el testamento,
- b) En el momento de ofrecerse la sucesión al heredero y
- c) En el momento de que éste aceptara.

En el derecho español antiguo debido a la influencia del derecho romano también se admitió el testamento nuncupativo.

“El fuero juzgo aceptaba que el testamento se hiciese oralmente ante testigos si el testador no podía escribir por enfermedad (Libro II, título V, Leyes 1 y 2).

El fuero real admitía indistintamente la realización del testamento ante notario o ante testigos (Libro III, Título V, Ley 1).

Las partidas dan el nombre de testamento nuncupativo al que es hecho ante siete testigos de palabra o por escrito (partida vi, título I, Ley 1). En este caso, la denominación corresponde a lo que luego se llamó testamento abierto, que comprende dos formas: a) el nuncupativo u oral y b) el escrito.

El ordenamiento de Alcalá admitió tres formas de testamento:

- a) Ante notario y tres testigos vecinos,
- b) Ante cinco testigos vecinos, sin notario y
- c) Ante tres testigos vecinos si no podían ser habidos más ni había notario en el pueblo (Título XIX, Ley 1). Una sanción de Felipe II de 1566, introdujo una cuarta forma ante siete testigos no vecinos. Todos ellos pasaron a la novísima recopilación (Libro X, título XVIII, ley 1), que las comprende dentro de la denominación de testamento nuncupativo, con la misma terminología adaptada por las partidas”.³⁰

En el derecho francés antiguo se practicó el testamento nuncupativo, “pero quedó prohibido por la ordenanza real de 1735 relativa a los testamentos y no lo admitió el Código civil.

Las declaraciones verbales que el difunto hubiese hecho, sea para disponer ciertos bienes o para modificar o complementar un testamento escrito, carecen de valor y no obligan a los herederos. Sin embargo, un legado verbal puede crear una obligación natural entre el heredero y el legatario si aquel voluntariamente ejecuta la disposición hecha en tal forma”.³¹

Volviendo al Derecho Romano, nos relata Heineccio que “por largo tiempo se uso el testamento mancipatorio, ya que Ulpiano atestigua que en su tiempo era uno de los que estaban en uso, pero entre tanto había inventado el pretor otro género de testamento, que se llamaba Pretorio, y que no requería más que siete firmas.

Si sellaban las tablas con sus anillos siete testigos, el pretor daba en conformidad de ellas, no la herencia, pues no podía, sino la posesión de los bienes, que en el efecto no se diferenciaban en nada de la herencia”.³²

³⁰ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA - Op. Cit. Pág. 164.

³¹ Idem.

³² HEINECCIO J. GOTTL, Op. Cit. Pág. 485

Es importante estudiar las especies antiguas del testamento, ya que no es esto de ninguna manera detenerse a estudiar antigüedades inútiles, pues ya el mismo Justiniano advirtió “que ninguna cosa de la antigüedad debíamos ignorar en este punto,” ya hay ciertas cosas de las cuales no puede darse razón, sin tener bien presente el antiguo modo de hacer testamento, ya que de estas formas derivaron nuevas formas.³³

Nos relata el Dr. Guillermo Floris Margadant que en el año 439 D.C., en tiempo de Teodosio II, y Valentiniano III, emperadores Oriental y Occidental, se introdujo una nueva forma de testamento que inmediatamente llega a ser muy popular: El testamento tripartito, el cual se componía de tres partes:

a) el texto, b) la *suscriptio* de los siete testigos y c) los sellos de éstos, afuera sobre el testamento cerrado y plegado.

Este testamento debía hacerse en un solo acto, sin interrupciones (antecedente de nuestro artículo 1519 del Código Civil). Sin embargo señala, era lícito dejar abierta la institución de heredero, refiriéndose para esto a otro documento posterior, este testamento fue conocido en la edad media como *testamentum mysticum*.

El testamento tripartito “es extendido por el testador de su puño propio o por un escribano en su nombre *testamentarius* pudiendo presentarlo abierto o cerrado a los siete testigos que deben ser ciudadanos romanos púberes, y sin simultáneos o rogados es decir, llamados expresamente para tal acto. El testador declara ante los testigos que el instrumento contiene su voluntad y en presencia de ellos lo firma. Con la firma y sellos de los testigos que debe ser efectuada en un mismo día y tiempo, adquiere fuerza como expresión de última voluntad del testador.

Para el caso de que es testador no supiera firmar se exigía la intervención de un octavo suscriptor.”³⁴

³³ HEINECCIO J. GOTTL, Op. Cit. Pág 486

³⁴ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Op. Cit. Tomo XXVI, Pág. 178

El Testamento Místico “debe estar firmado por el testador, su texto puede haber sido escrito indiscriminadamente por éste, por un tercero o impersonalmente, a maquina. Tampoco es necesario que tenga una fecha cierta.

En cambio, exige otro tipo de formalidades. Así por ejemplo, el pliego que contenga la disposición testamentaria debe ser puesto en un sobre cerrado y entregado a un escribano en presencia de cinco testigos que manifiesten que en ese sobre contiene el testamento. Luego ese sobre debe ser firmado y fechado por el escribano respectivo.

Como en los requisitos formales suelen resultar excesivos, este tipo de testamento ha sido dejado de lado, tanto en la práctica jurídica como en la teoría que inspira legislaciones europeas”.³⁵

El testamento público puede hacerse por escrito o de palabra. Nos señala Manfredi que “el escrito, consignándolo al príncipe para que sea depositado en los archivos imperiales; de palabra, haciendo una declaración ante el Magistrado que lo redacta y protocoliza”.³⁶

“Con el derecho de Justiniano se plasma definitivamente la unificación que en materia de testamento había realizado el derecho imperial por medio de la recordada constitución de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III y se llega a distinguir, como desde los tiempos de Constantino los testamentos públicos y los privados.

El testamento público era aquel que se otorgaba de palabra ante la autoridad judicial o municipal (*testamentum apud acta conditium*) y el que se entregaba al príncipe para que fuera registrado y depositado en los archivos imperiales (*testamentum principi ablatum*).

³⁵ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.- Op. Cit. Tomo XXVI, Pág. 178

³⁶ MANFREDI MARCOS.- Op. Cit. Pág. 305.

El *testamentum privatum*, así designado porque se realizaba sin la intervención de autoridad alguna, podía ser otorgado oralmente o por escrito. El testamento oral se hacía a viva voz ante los testigos y en el idioma que estos conocieran. El testamento escrito podía ser redactado enteramente de puño y letra del testador (*hológrafa mano*) o bien, por intermedio de otra persona que estaba obligada a suscribirlo en presencia de testigos.”³⁷

Señala el maestro Marcos Manfredi que el testamento privado, oral o escrito debe llenar los siguientes requisitos:

“1.- Ellos deben ser hechos ante siete testigos idóneos, invitados expresamente o por lo menos advertidos del acto a que deben asistir. Inidóneos son todos aquellos que no tienen la capacidad de testar y además la mujeres, los mudos, sordos, ciegos. Se entiende que no pueden ser contados entre los testigos ni el testador, ni el heredero, ni aquellos, en fin, que forman parte de su familia civil.

2.- El testamento debe tener unidad de contexto, es decir, que todo el acto debe ser ejecutado sin interrupción grave en presencia de los siete testigos ya dichos, los cuales deben asistir juntos libremente a todo el acto, de modo que pueden ver al testador. Estas dos condiciones son comunes a los testamentos escritos y a los verbales; pero hay otras propias de una u otra forma precisamente a causa de la diferencia entre un acto escrito y uno simplemente verbal.”³⁸

Señala el maestro Floris Margadant que si el testador no puede o no sabe escribir y quiere dejar un testamento escrito se añade en su lugar un octavo testigo que firme en su lugar.

“En el derecho español antiguo se conocía también el testamento recíproco que era frecuente verlo realizado entre marido y mujer cuando no tenían descendientes. La ley IX, Título VI, Libro 3 del fuero real los autorizó.

³⁷ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.- Op. Cit. Tomo XXVI, Pág. 170

³⁸ MANFREDI MARCOS.- Op. Cit. Pág. 306

En Francia, si bien el antiguo derecho lo permitió, posteriormente por la ordenanza de 1735 se prohibió el testamento mancomunado. La prohibición no alcanzó a las disposiciones mutuas de los cónyuges. Sin embargo, luego el Código Civil extendió el impedimento a éstas últimas.

Fundamentalmente el prestigio del Código Civil Francés, - modelo de su época -, como así también de la doctrina francesa que lo inspiró y comentó, hizo que la no admisibilidad de los testamentos mancomunados se generalizase en la mayoría de las legislaciones del mundo y así la prohibición tiene alcance casi universal.³⁹

Nuestro artículo 1296 del Código Civil vigente contiene esta prohibición.

2.- EVOLUCION DENTRO DEL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Sin entrar en controversias doctrinarias, entenderemos por derecho positivo aquel orden jurídico vigente en una cierta época y en un país determinado.

Por lo cual podemos señalar cuales han sido las leyes que tuvieron aplicación antes de la vigencia de nuestro primer Código Civil, esto es, antes de 1870.

Hemos estudiado como antecedentes históricos, el desarrollo del testamento en Roma, y con el objeto de darle una concordancia lógica a este trabajo, debemos recordar que el molde del derecho romano fue tomado en España, y debido a la conquista fue transmitido a nuestro país con todas las innovaciones y modificaciones que del derecho español adquirieron.

No señala el maestro Froylán Bañuelos Sánchez que las leyes que se aplicaban antes de la vigencia del Código Civil de 1870 fueron:

³⁹ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.- Op. Cit. Pág. 161 y 162

- a) Las Leyes de Partida;
- b) Las del Fuero Juzgo, según cédula del 15 de julio de 1788;
- c) Las Leyes del Fuero Real;
- d) La Novísima Recopilación;
- e) La Recopilación de las Indias;
- f) La Ordenanza de Intendentes;
- g) Cédulas, Decretos y Ordenes Posteriores a la Novísima Recopilación;
- h) Las Cortes de España;
- i) Leyes expedidas por los Gobiernos de la Capital en Epocas del Centralismo.
- j) Disposiciones Preliminares de casa Estado de la Federación.”⁴⁰

a) Acerca de las leyes de Partida: señala, el maestro de Ibarrola, que son también llamadas Las Siete partidas o las partidas, promulgadas a mediados del siglo XIII, “se componen de leyes de derecho romano, capítulos de derecho canónico, autoridades de los santos padres y de algunas leyes de los fueros. Está dividida en siete partidas, de las que cada una comienza con una letra de las que forman el nombre de A L F O N S O, haciéndose así un acróstico, composición que era muy de gusto de aquel tiempo, con el nombre de su Autor, Alfonso X, también apodado "El Sabio". Cada partida se divide en títulos y estos en leyes.

Es una obra sumamente valiosa en su género, que excede a cuantas después de ella se han escrito en España en castellano: tan completa en todas sus partes, extensa, erudita, elegante y metódica, y de tan varios y profundos conocimientos, que comprende casi todas las ciencias y artes conocidas. Cuesta trabajo pensar en cómo pudo realizarse obra tan prodigiosa, con tanta certeza y tino.

Las partidas introducen en el Derecho de sucesiones los principios romanos ya olvidados, y juntamente influencias de la legislación canónica. Con arreglo a aquéllos

⁴⁰ BAÑUELOS SANCHEZ FROYLAN.- “De la interpretación de los Contratos y de los Testamentos”.- Cárdenas Editor y Distribuidor. Segunda Edición, México, D.F., 1979, Pág. 127

exigen la institución de heredero y la adición de la herencia, sientan la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada, establecen la legítima justinianiana, introducen las formalidades testamentarias, etc. (Bl. 4).”⁴¹

b) Las del Fuero Juzgo; señala el maestro De Ibarrola que aún cuando el Fuero Juzgo es anterior a las Leyes de Partidas, “todavía en cédula de 15 de julio de 1778 se declaró que deberían los tribunales arreglarse a cierta disposición del Fuero Juzgo sobre la sucesión intestada de bienes, en concurrencia con otra contraria de las Partidas”.⁴²

El Fuero Juzgo data del siglo VII D.C., se divide en doce libros subdivididos en títulos y éstos en leyes.

El Fuero Juzgo no se ocupó en especial de los testamentos nos señala Del Pino Espejel, sin embargo “*los escritos que deben valer o non*” contiene diversas disposiciones entre las que se puede citar la ley X que da capacidad de testar a los que están en sano juicio y tengan 14 años, estableciendo la excepción de que los mayores de 10 años encontrándose en enfermedad grave podía testar, invalidándose este testamento una vez pasada con bien la enfermedad.

“En cuanto a la Ley XI habla de cuatro tipos de testamento:

- a) El escrito y firmado por mano del que lo hizo y los testigos.
- b) El testamento que podía firmar en defecto del testador alguno de los testigos.
- c) Cuando el testador no sabía escribir podía hacer su disposición testamentaria y firmarla otra a su ruego.
- d) El hecho de palabra y ante testigos, pero sin escrito.”⁴³

⁴¹ IBARROLA ANTONIO DE.- “Cosas y Sucesiones”, Editorial Porrúa, 7ª Edición, México, D.F., 1991 Pág. 995

⁴² IBARROLA ANTONIO DE.- Op. Cit. Pág. 990.

⁴³ DEL PINO ESPEJEL ENRIQUE.- “El Testamento Público Abierto, Trascendencia jurídica del Mismo”, Tesis Profesional, UNAM, Facultad de Derecho, México, D.F. 1969. Pág. 30

c) El Fuero Real.- También llamado Fuero de las Leyes fue derogado en 1272; habla de los testamentos en el título V del libro III según nos señala Del Pino Espejel, título que se denomina “De las Mandas” y en la Ley II se establece la revocabilidad de los testamentos.

El Fuero Real fue una obra legislativa de Alfonso X, El Sabio, quien pugno por unificar el reino de su padre Don Fernando III.

d) La Novísima Recopilación.- Nos señala el Maestro Antonio de Ibarrola que fue publicada en 1805. En ellas se contienen algunos preceptos sobre testamentos, albaceas, incapacidades para recibir, mayorazgos, que no modifican en lo esencial el sistema anterior, que era el establecido por las Leyes de toro (1506) en las que “se contienen importantes disposiciones sobre testamentos y reservas, así como normas complementarias muy detalladas en materia de mejoras. Dedicaron siete leyes a los mayorazgos, institución regida hasta entonces por el pacto y la costumbre, y nueve al testamento por comisario, admitido hasta antes por el Fuero Real, pero no por las Partidas, y que habían venido practicándose, según parece, al amparo del Ordenamiento de Alcalá”.⁴⁴

e) Recopilación de las Indias: Nos dice el maestro De Ibarrola que ésta fue mandada formar por Felipe II en 1570 y a la cual Carlos II dio toda su fuerza en 1680; en ella se contemplan todas las disposiciones dictadas por los reyes desde la conquista de América; esta recopilación de disposiciones se divide en nueve libros que se subdividen en títulos y estos en leyes.

f) La Ordenanza de Intendentes: Se refiere al sistema de hacienda de las provincias comprendiendo disposiciones de otro orden; señala el Maestro Antonio de Ibarrola que es una obra del reinado de Carlos III y recoge 306 artículos.

⁴⁴ IBARROLA ANTONIO DE .- Op. Cit. Pág. 996

g) Cédulas, Decretos y Ordenes Posteriores a la Novísima Recopilación: Estas se expidieron en gran número a más de ser dictadas por los virreyes en muchas provincias y por la audiencia un sin número de autos que tuvieron en cierta forma fuerza de ley.

Advierte el Maestro De Ibarrola que existe una Recopilación en dos tomos formadas por los oidores Montemayor y Beleña de 1277 disposiciones en las que se copian en el segundo tomo 79 piezas entre pragmáticas, cédulas y bandos citados en el primero.

h) Las Cortes de España: Con motivo de la revolución provocada por Napoleón en España en 1808 se dio ocasión a que se instalaran en Cádiz unas Cortes Extraordinarias en 1811 y disueltas en 1814, las cuales se reinstalaron en 1820 y expidieron una serie de leyes que rigieron o tuvieron vigor en nuestro país hasta 1821 año en que se consumó la independencia.

i) Leyes Expedidas por los Gobiernos de la Capital en Epocas del Centralismo: Una vez consumada la independencia, en el Reglamento Provisional político del Imperio Mexicano en sus dos primeros artículos se establece:

“ARTICULO 1.- Desde la fecha en la que se publique el presente reglamento, queda abolida la constitución española en toda la extensión del imperio”.

“ARTICULO 2.- Quedan , sin embargo, en su fuerza y vigor las leyes, ordenes y decretos promulgados anteriormente en el territorio del imperio hasta el 24 de febrero de 1821, en cuanto no pugnen con el presente reglamento, y con las leyes órdenes y decretos expedidos, o que se expidieron en consecuencias de nuestra independencia”.

“Y porque entre las leyes dictadas por las cortes españolas hay muchas tan inadaptables como la constitución que aquí sería embarazoso expresar. Se nombrara una comisión de dentro o fuera de la junta que las redacté, y haciendo sobre ellas las observaciones que ocurran, las presentes ala misma junta o al

futuro Congreso, para que se desechen las que se tengan por inoportunas”.⁴⁵

De la lectura de estos artículos se desprende que México no podía quedar a la deriva sin un orden Jurídico que rigiera a la Nación; por lo que se deja que las leyes que no pugnen con el Reglamento Provisional del Imperio Mexicano, tengan fuerza y vigor.

Nos señala el Maestro De Ibarrola que por la independencia “Sobrevino después en México una época complicada por los constantes cambios de gobierno y de sistemas:

a) Las leyes de 1821 a 1830 y de 1833 a 1837 fueron publicadas por Mariano Galván mediante autorización del Congreso del 27 de abril de 1829.

b) El laborioso e infatigable Basilio José Arriaga publicó una recopilación de Leyes formada de orden del Supremo Gobierno que comprende las de 1828 a 1838, 1849 y 1850 y 1858 a mayo de 1863.

c) El Gobierno de la República publicó Colecciones de leyes; la de 1830 a 1841 fue hecha en la imprenta de Palacio, por los editores de El Constitucional.

d) José María Lara publicó en tres tomos una colección de decretos y órdenes que dictó el Gobierno Provisional en virtud de las bases de Tacubaya, septiembre de 1841 a diciembre de 1843.

e) Una colección de Leyes y Decretos, Edición de El Constitucional, fue hecha en la imprenta de Palacio, años de 1844 a 1848.

f) El mismo editor del Semanario Judicial publicó una colección de leyes, decretos y órdenes expedidas en los años de 1850 a 9 de agosto de 1855.

g) Juan R. Navarro, publicó la correspondiente a los años de 1852 a 1856.

⁴⁵ TENA RAMÍREZ FELIPE.- “Leyes Fundamentales de México 1808-1992” Ed. Porrúa, 17ª Edición.- México D.F 1992, Págs. 125 y 126

h) Vicente García Torres en su Archivo Mexicano publicó asimismo una colección de leyes, decretos, circulares, y otros documentos que comprende el Plan de Ayutla y las disposiciones dictadas de agosto de 1855 a diciembre de 1861 en seis tomos.

i) El citado Arriaga, formó otra colección de leyes expedidas de enero de 1858 a diciembre de 1860 por el Gobierno a cuyo frente figuraron Zuloaga y Miramón. También publicó en un tomo las leyes expedidas por el Gobierno Constitucional de 1857 a mayo de 1862.

j) El Supremo Gobierno en el DIARIO OFICIAL publicó otra colección de leyes, decretos y circulares expedidas por el Gobierno Constitucional de la República, que comprende desde su salida de la capital el 31 de mayo de 1863 a su regreso a la misma el 15 de julio de 1867.

Es verdaderamente intrincada y difícilísima la labor de estudiar toda esa legislación diseminada en tanto Código.

k) La obra de Manuel Dublán y José María Lozano, en veintisiete tomos, forma una excelente colección de leyes, que comprende hasta fines del siglo XIX.

l) Hagamos notar aquí, por lo que respecta a las leyes expedidas de 1930 a 1953 la meritoria labor de Pedro R. Suinaga Luján, cristalizada en veinte años de legislación mexicana”.⁴⁶

j) Disposiciones Preliminares de cada Estado de la Federación: No habiendo unidad legislativa, ni un código civil federal, cada Estado de la Federación promulgó su propia legislación interna. Nos señala el Dr. Raúl Ortiz Urquidí que los distintos códigos civiles de los estados, anteriores al Código Civil de 1870 son :⁴⁷

⁴⁶ IBARROLA ANTONIO DE.- Op. Cit. Págs. 998 a 999

⁴⁷ ORTIZ URQUIDI RAUL.- “ Derecho Civil Parte General”, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, D.F. 1986

- Código de Oaxaca de 1827 – 1828 (Primero en Iberoamérica)
- Código de Oaxaca de 1852
- Código de Veracruz de 1861 (obra de Justo Sierra)
- Código de Maximiliano de 1866; también llamado código de Imperio Mexicano (solamente se publicaron los dos primeros libros).
- Código de Veracruz de 1869 (obra de Felipe Corona).
- Código de Zacatecas de 1870.

Todos estos Códigos al igual que el de 1870 son de corriente francesa.

El código civil de 1870 al igual que el Código Civil de 1884, en el Título Segundo, “De la Sucesión por Testamento”, Capítulo I “De los testamentos en General”, que figuraba en el Libro Cuarto “De las Sucesiones”, al tratar los testamentos lo hacían en doce artículos; el código de 1870 lo hacían del 3374 al 3385, y con el texto integro de sus doce normas, pero con diferentes numerales esto es del 3237 al 3248 lo hacía el código de 1884.

En estos artículos se definía al testamento como: “El acto por el cual una persona dispone para después de la muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento”; definición que deja mucho que desear, y que afortunadamente ha sido modificada en el Código de 1928, ya que en los códigos anteriores no se da en la definición las características y elementos del testamento.

Al no darse una definición completa, los demás artículos tenían la finalidad de ser aclaratorios, ya que en los mismos se daban las características del testamento y verdaderas normas para la interpretación del mismo.

El Código Civil de 1928 reduce a diez los preceptos que regulan los testamentos en general, siendo los artículos 1295 al 1304, que se comprenden en el libro tercero, título segundo “De la Sucesión por Testamento”, Capítulo I, “De los testamentos en General”,

en los que con mejor técnica legislativa se define al testamento, se hacen consideraciones generales y algunas reglas de interpretación.

El Código de 1928, introduce además en nuestro derecho la forma del testamento ológrafo, que antes de esa fecha no era reconocido; abriendo así una nueva forma por medio de la cual se pensaba que se evitaría al testador el observar una enorme cantidad de ritualidades con que la ley rodea a los testamentos, como señala la exposición de motivos, de dicho Código.

3.- CONCEPTO Y ELEMENTOS:

El concepto de testamento ha variado dependiendo de la época y el lugar, como es natural, por lo cual empezaremos mostrando los conceptos más antiguos, hasta llegar a los vigentes.

Para Ulpiano testamento es: "*Est mentis nostrae justa contestatio in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat*" "Una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de la muerte".⁴⁸

La raíz etimológica de la palabra testamento viene de las voces griegas "*Testatio et mens*" que quiere decir en romance, como testimonio de la voluntad del hombre, y de estas palabras fue tomado el nombre de testamento.

El jurisconsulto Modestino define al testamento como:

*"Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit"*⁴⁹

Marcos Manfredi en su libro Compendio de Derecho Romano define el testamento de la siguiente manera: "Solemne declaración de última voluntad con la que se instituye un heredero"; para Manfredi su definición es más acertada que la de Modestino, ya que

⁴⁸ IBARROLA ANTONIO DE.- Op. Cit. Pág. 645

⁴⁹ MANFREDI MARCOS.- Op. Cit. Pág. 302

considera a la definición del jurisconsulto romano como defectuosa en cuanto a que “identificando el testamento con cualquiera declaración de última voluntad, no expresa el verdadero carácter por el cual el testamento se distingue de los codicilos que es justamente la institución de heredero”.⁵⁰

Haciendo un comentario a las definiciones que de testamento dan Ulpiano y Modestino, la Enciclopedia Jurídica Omeba, critica diciendo: “Tales definiciones, no obstante su amplitud, no llegan a darnos la verdadera idea romana del testamento ni a configurar al instituto con sus caracteres específicos pues omiten la referencia a elementos diversos, algunos de los cuales juegan un papel vital, como la institución de heredero (*heredes institutio*), cláusula de fondo que tenía por objeto conferir al instituto la calidad de *heres* y que no podía faltar porque el *testamentum* era nulo *ab initio* (*heredis institutio est caput et fundamentum intelligitur totius testamentum*) (Gayo II, 229)”.⁵¹

El Código de Napoleón, en su artículo 895 define al testamento de la siguiente manera: “Es un acto revocable, por medio del cual el testador dispone, para el tiempo en que ya no exista, de todos sus bienes o de parte de ellos”.⁵²

El Código Civil italiano en su artículo 527 párrafo 1º define: “ El testamento es un acto revocable por el que alguno dispone para el tiempo en que habrá dejado de vivir, de todos sus propios bienes o de parte de ellos”.

El Código Civil español dice: “El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de una parte de ellos se llama testamento.” (Art. 667)

El testamento es definido por el Código Civil Argentino en su artículo 3607 como : “El acto escrito celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes, para después de su muerte.”

⁵⁰ MANFREDI MARCOS.- Op. Cit. Pág. 303

⁵¹ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.- Op. Cit. Tomo XXVI, Pág. 176

⁵² IBARROLA ANTONIO DE.- Op. Cit. Pág. 646

Para Valverde el testamento es: “Un negocio unilateral, personal y autónomo, en el que la voluntad expresada no produce efectos hasta después de la muerte del que lo hace”.⁵³

Para el autor francés Bonnecase el testamento es:

a) Un acto jurídico solemne, cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor, su voluntad para la época que seguirá a su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario, como extrapecuniario.

b) Es esencialmente revocable: en él el testador a nada se obliga.

c) No es necesario que englobe todos los bienes del difunto, ha mucho tiempo quedó derogado en la legislación positiva, el principio romano de “*Nemo testatus et partim intestatus decedere potest*”, lo cual quiere decir : Ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado.

d) Surte efecto únicamente en caso de muerte, *mortis causa*: entre tanto, al heredero sólo le confiere una expectativa de derecho”.⁵⁴

Estos cuatro principios señalados por Bonnecase son indiscutibles, según lo señala el maestro Ibarrola, empero agrega:

“a) No es un contrato: en él no hay acuerdo de voluntades: el testador nombra a quien quiere y el heredero acepta o no. Además el testamento es unilateral y es de carácter gratuito.

⁵³ VALVERDE Y VALVERDE CALIXTO.- Citado por Antonio de Ibarrola Op. Cit. Pág. 648

⁵⁴ IBARROLA ANTONIO DE.- Op. Cit. Pág. 647

b) No puede desempeñarse por procurador (por ser personalísimo). Antes si se podía. Antiguamente el testamento por comisario era otorgado por una persona (comisario) a nombre de otra y en virtud del poder que se le confería por ésta.

c) Es un acto esencialmente individual. “No pueden testar dos o más personas en el mismo acto, ya en provecho recíproco, ya a favor de un tercero.” Antiguamente el testamento mutuo o mancomunado era otorgado casi siempre por los cónyuges en recíproco favor “para favorecer la armonía y la confianza y para evitar gastos a éstos”.

55

El Código Civil Mexicano en su artículo 1295 define al testamento como: “...acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte”.

La definición que de testamento hace el Maestro Rojina Villegas, viene a ampliar la del artículo 1295 al decir: “El testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre por el cual una persona capaz trasmite sus bienes, derechos y obligaciones que se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara o cumple deberes para después de la misma”.

Los elementos que se desprenden de esta definición son los siguientes:

- 1.- El testamento es un acto jurídico unilateral
- 2.- Es personalísimo, revocable y libre
- 3.- Debe ser ejecutado por persona capaz

⁵⁵ IBARROLA ANTONIO DE.- Op. Cit. Pág. 647

4.- Tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte o la declaración y cumplimiento de deberes.⁵⁶

Pasando a analizar cada uno de estos elementos de la siguiente manera:

1 El testamento como un acto jurídico:

Un acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con el firme propósito de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando la norma jurídica tipifique esa manifestación de voluntad.

“Solo los actos que produzcan consecuencias de derecho y que impliquen la intención de que se originen éstas consecuencias son actos jurídicos”.⁵⁷

2 El testamento es un acto personalísimo, revocable y libre:

Es un acto personalísimo, porque no puede desempeñarse por conducto de representante o apoderado.

El carácter personalísimo del testamento, estriba en que, es el testador en persona quien debe manifestar su voluntad, sobre la transmisión de sus bienes, derechos y obligaciones instituyendo herederos y legatarios.

Es un acto revocable ya que no puede el testador celebrar pacto o convenio por el cual renuncie a la facultad que tiene de revocar el testamento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1493 de nuestro Código Civil.

Es también el testamento un acto libre en virtud de que el testador no puede obligarse por contrato o por convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o bien a transmitir por testamento sólo parte de sus bienes y reservar otra parte a sus herederos

⁵⁶ ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Compendio de Derecho Civil.- Tomo II, Editorial Porrúa, 25ª Edición, México D.F. 1994, Pags. 379 y 380.

⁵⁷ ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Op. Cit Pág. 381

legítimos. Cualquier pacto que en este sentido restrinja la facultad libre de testar, o que implique renuncia de ella, es inexistente de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1485 y 1486 de nuestro Código Civil vigente.

3 El tercer elemento de la definición que de testamento hace el Maestro Villegas contemple que el testamento debe ser ejecutado por persona capaz.

Nuestro Código Civil en su artículo 22 habla acerca de la capacidad jurídica de las personas físicas; refiriéndose a la capacidad de hecho solamente, ya que la capacidad de derecho se adquiere con la mayoría de edad, interpretando *a contrario sensu* el artículo 23 de dicho Código; por otra parte el artículo 646 del mismo, dice que la mayoría de edad comienza a los 18 años cumplidos.

Sin embargo el artículo 1306 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

“ARTICULO 1306.- Están incapacitados para testar:

I Los menores que no han cumplido 16 años de edad, ya sean hombres o mujeres;

II Los que habitualmente o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio”

La primera fracción de este artículo, establece que pueden testar incluso aquellos, que sin ser mayores de edad, tengan cumplidos los 16 años de edad, sin embargo, esta regla admite una excepción, la cual se encuentra en el artículo 1551 del mismo código, el cual establece, que el testamento ológrafo solo podrá ser otorgado por personas mayores de edad, y como ya se ha visto, el artículo 646 establece que la mayoría de edad comienza a los 18 años cumplidos.

El segundo caso que contempla el artículo anteriormente citado trae consigo muy interesantes consecuencias como es el caso del testamento hecho pro un demente en un intervalo de lucidez, pero a pesar de lo interesante que este tema puede parecer pasaremos de largo por él, para continuar con los demás elementos de la definición de testamento propuesta por el Maestro Rojas Villegas.

4 El cuarto y último elemento de la definición, es que el testamento tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte o la declaración y cumplimiento de deberes.

Señala el maestro Rojina Villegas que “el objeto del testamento puede consistir en la institución de herederos y legatarios o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos. Por consiguiente, el testamento tiene un objeto diverso; no es menester que se reúnan estos distintos aspectos del objeto en el testamento, basta con que exista alguno de ellos para que haya testamento, es decir, el testamento existe por la simple institución de herederos o legatarios, o bien puede faltar ésta si el testador ejecuta otros actos jurídicos, como reconocimiento de hijos, designación de tutor o, finalmente, puede existir el testamento para el reconocimiento de ciertos deberes a efecto de que se ejecuten después de su muerte”⁵⁸

Agrega Rojina Villegas sin embargo, que en un testamento regular normalmente se supone que todo testamento tiene disposición de bienes y, por consiguiente, institución de herederos o legatarios. Sin embargo el Código, continúa señalando el Maestro, en su artículo 1378 admite la posibilidad de que el objeto en el testamento puede ser diverso y que exista. a pesar de que no haya institución de herederos o legatarios.

“ARTICULO 1378.- El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar”.

La transmisión de bienes, derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte. se hacen, o bien, a título universal como es el caso de los herederos, o bien a título particular como es el caso de los legatarios. En ese supuesto, por institución de heredero debe entenderse el acto por virtud del cual el testador trasmite a una persona la totalidad de su patrimonio o una parte alcuota del mismo, y por institución de legatario

⁵⁸ ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Op. Cit. Pág. 384

el acto por el cual el testador transmite a una persona un bien determinado, corporal o incorporal, es decir una cosa o un derecho.

La institución de herederos no impide en nada que exista el mismo tiempo institución de legatarios y viceversa.

Y así como el testador puede disponer de sus bienes a título universal sin imponer legados, puede también disponer de todos sus bienes a título particular sin instituir herederos, en cuyo caso todos los legatarios se reputarán herederos para el efecto de responder hasta la cuantía de los bienes heredados de las deudas de la herencia de conformidad con el artículo 1411 de nuestro Código Civil.

Hemos visto que un elemento esencial de todo acto jurídico es el objeto; pero hay que aclarar que este objeto debe ser posible; si es imposible, el acto jurídico es inexistente, justamente porque la imposibilidad puede ser física o jurídica.

Como en los testamentos el objeto consiste en la transmisión de los bienes que integran el patrimonio del *de cujus*, es necesario que estos bienes existan o pueden existir en la naturaleza para que sea físicamente posible su transmisión; cuando los bienes no están ni pueden llegar a existir en la naturaleza, hay una posibilidad física para el objeto en el acto jurídico, en los contratos o en los testamentos.

Además, debe haber una posibilidad jurídica; no basta que los bienes existan en la naturaleza, es necesario que estén en el comercio, que sean determinados o determinables, para que puedan considerarse como objetos indirectos del acto jurídico; cuando los bienes están fuera del comercio o no son susceptibles de determinación hay una imposibilidad jurídica para que sean materia del acto jurídico y éste será inexistente.

Nos señala el Maestro Rojina Villegas que “en los testamentos, la imposibilidad jurídica se presenta cuando los bienes objeto de la transmisión están fuera del comercio;

cuando no son determinados o susceptibles de determinarse, y cuando los derechos u obligaciones se extinguen por la muerte”.⁵⁹

Señalamos anteriormente que el testamento tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte o la declaración de deberes y su cumplimiento.

Hasta ahora solamente hemos desarrollado el objeto en cuanto a la transmisión de bienes, ya a título universal , ya a título particular, sin embargo nos falta desarrollar completamente la transmisión de derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte.

En cuanto a los derechos y a guisa de ejemplo son transmisibles y no se extinguen por la muerte los derechos morales y patrimoniales de autor, como observamos de la simple lectura de los artículos 19, 20 y 25 respectivamente de la Ley Federal de Derechos de Autor que a la letra dicen:

“ARTICULO 19.- El derecho moral se considera unido al autor, y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable.”

“ARTICULO 20.- Corresponde el ejercicio del derecho moral, al propio creador de la obra y a sus herederos...”

“ARTICULO 25.- Es titular del derecho patrimonial, el autor, heredero o el adquirente por cualquier título”

En cuanto a las obligaciones que son transmisibles y no se extinguen por la muerte, tenemos como ejemplos la obligación de dar alimentos a los menores y en general a los acreedores alimentarios del testador.

⁵⁹ ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Op. Cit. Pág. 386

Por último, el objeto del testamento puede versar sobre la declaración y cumplimiento de deberes, como sería el caso del reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio, caso que contempla el artículo 369 fracción IV de nuestro Código Civil.

Antonio Cicu, catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Bolonia, en su obra “El Testamento” no da una definición propia de testamento, sino que al definirlo lo hace en base al artículo 527 párrafo primero del Nuevo Código Civil Italiano que a la letra dice: “El Testamento es un acto revocable por el que alguno dispone, para el tiempo en que habrá dejado de vivir de todos sus propios bienes o de parte de ellos”.⁶⁰

De esta definición se encuentran visibles tres elementos:

- 1.- La revocabilidad
- 2.- La disposición para el tiempo de la muerte y
- 3.- La referencia a bienes propios.

Sin embargo el mismo Cicu observa que esta definición es pobre, porque no contempla todos los elementos característicos del testamento, y considera como caracteres del testamento los siguientes:

- 1.- Es un negocio unilateral
- 2.- Es revocable
- 3.- Es un negocio solemne

⁶⁰ CICU ANTONIO.- “El Testamento”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, Pág. 9.

Señala el Maestro Cicu que es un negocio unilateral “por cuanto es necesaria para su perfección la declaración de voluntad del testador, que no puede estar mezclada a otras declaraciones de voluntad”.⁶¹

Acerca de la revocabilidad del testamento nos indica el Maestro Italiano que ésta va unida a su carácter de acto de última voluntad. “Acto de última voluntad no quiere decir acto que contenga la voluntad última, expresada o existente en el momento de la muerte. Significa más bien acto de voluntad que ha de ser eficaz después de la muerte y precisamente por acto que debe expresar la última entre las varias voluntades que el testador haya manifestado sucesivamente.”⁶²

Afirma Cicu que la razón política de la revocabilidad es evidente:

Como se quiere disponer para después de la muerte y la voluntad no debe tener efecto antes de este momento, no hay razón para impedir que la voluntad ya manifestada pueda ser cambiada.

Estima Cicu al testamento como un negocio solemne, ya que “Se llama negocio solemne aquel en que la voluntad no consigue el efecto jurídico al que tiende sino se manifiesta de las formas prescritas por la ley”.⁶³

Señala el Maestro Cicu que, la inobservancia de alguno de estos requisitos produce, a veces, nulidad y a veces, anulabilidad del testamento.

Curiosamente el maestro Rojina Villegas no observa en su definición de testamento el elemento de la solemnidad; sin embargo en nuestro derecho la solemnidad es un elemento esencial del testamento, y las solemnidades a seguir las trataremos en el capítulo II al hablar acerca de las formalidades comunes de los testamentos.

⁶¹ CICU ANTONIO.- Op. Cit. Pág. 28

⁶² CICU ANTONIO.- Op. Cit. Pág. 19

⁶³ CICU ANTONIO.- Op. Cit. Pág. 37

El artículo 895 del Código Civil Francés de 1804, establecía que el Testamento “es un acto revocable, por el cual el testador dispone para su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”, al efecto, Julien Bonnecase, dice que esta definición es muy estrecha, pues si bien es cierto que el testamento es un acto jurídico por el cual se transmiten bienes, no solamente se transmiten o se pueden transmitir éstos, por lo que la definición correcta para el doctrinario sería “Testamento es un acto jurídico solemne, cuyo fin es dar a conocer la voluntad de su autor, para después de su muerte, tanto del punto de vista extra patrimonial, como económico”, dándonos además otras notas características, que considera indiscutibles, las cuales se pueden resumir diciendo que es un acto jurídico esencialmente revocable, y que no necesariamente debe contener o incluir todos los bienes del difunto, y que sus efectos sólo se dan después de la muerte del autor.⁶⁴ Por lo que se refiere a la solemnidad, el autor comentado es tajante, al afirmar que “el testamento que no reúne las condiciones de forma...es inexistente...”⁶⁵

⁶⁴ BONNECASE, JULIEN.- “Tratado Elemental de Derecho Civil”, Editorial Harla, Volumen 2, México D.F., 1997, Pág. 501.

⁶⁵ BONNECASE, JULIEN.- Op Cit. Pág. 504

CAPITULO II

DE LA FORMA DE LOS TESTAMENTOS

1.- FORMALIDADES COMUNES DE LOS TESTAMENTOS .

Al empezar a tratar el capítulo relativo a la forma de los testamentos, es indispensable hablar acerca de las formalidades comunes de éstos, ya que como observamos anteriormente el testamento es un acto solemne, y como tal debe llenar en sus diferentes especies una serie de formalidades que le darán al acto el carácter de solemne.

A) Como primera formalidad común de los testamentos encontramos que se debe de practicar en un solo acto, es decir que no se puede continuar el mismo en un acto distinto a aquél en que se inició.

Al respecto el artículo 1519 del Código Civil manifiesta:

“Artículo 1519.- Las formalidades expresadas en este capítulo se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento y el notario dará fe de haberse llenado aquellas.”

Este artículo se encuentra en el capítulo II del título tercero que se refiere al testamento público abierto, pero de igual manera el artículo 1570 que se refiere al testamento privado manifiesta que:

“Artículo 1570.- Al otorgarse el testamento privado se observarán en su caso las disposiciones contenidas en los artículos del 1512 al 1519”.

B) Como segunda formalidad común de los testamentos encontramos que éste debe ser hecho en presencia de testigos; y dependiendo del testamento serán en número de dos, tres, cinco, ó más. “Para algunos testamentos se exige la intervención del notario,

pero éste ya será un requisito especial...”⁶⁶, y como dice el autor Juan M. Asprón Pelayo, “Los testigos instrumentales son elementos esenciales de los testamentos, son integrantes del acto, son integrantes de la solemnidad...”⁶⁷

Los testigos junto con el notario tienen la calidad de autorizantes, según señala Arce y Cervantes.

Nos señala el maestro Arce y Cervantes que es deber de los testigos “asistir al acto de tal manera que estén en aptitud de desempeñar la función que la ley les encomienda; esto es, han de encontrarse con el testador en relación tal que puedan oír y ver todo lo que dice y hace; lo primero para asegurarse de que proceden de las disposiciones testamentarias; y lo segundo para certificarse de que conserva durante el acto su cabal juicio y su libertad moral. En igual relación han de estar el testador y los testigos con el notario mientras lee el acta, a fin de apreciar si han sido transcritas fielmente las disposiciones e imponerse del resto del acto para darle o rehusarle su conformidad.”⁶⁸

El artículo 1502 de nuestro Código Civil señala quienes no pueden ser testigos del testamento:

- 1.- Los amanuenses del notario.
- 2.- Los menores de 16 años.
- 3.- Los que no estén en su sano juicio.
- 4.- Los ciegos, sordos, o mudos.
- 5.- Los que no entiendan el idioma que habla el testador.

⁶⁶ ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Op. Cit. Pág. 402

⁶⁷ ASPRON PELAYO, Juan M., “Sucesiones”, Editorial Mc Graw-Hill, Primera Edición, México, 1996

⁶⁸ ARCE Y CERVANTES, JOSE.- Op. Cit. Pág. 67

6.- Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos (el concurso como testigo de alguna de estas personas sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes).

7.- Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

Este artículo merece dos críticas:

- a) La concurrencia de alguna de las personas señaladas, no afecta la validez del Testamento, sino que incapacita el beneficiario para recibir lo que se le hubiere dejado, por ser un influjo contrario a la verdad e integridad del testamento, en concordancia con lo señalado en el artículo 1324 del código civil para el Distrito Federal.
- b) No considera incapaz de ser testigos al concubino que va a ser designado heredero o legatario, existe la misma razón, pero las excepciones se deben de señalar de manera expresa, no cabe la analogía.

Ahora bien, cuando se deben de señalar testigos, esto varía dependiendo el testamento de que se trate, analicemos esto:

- a) Testamento público abierto, la regla general es que no se nombren, salvo cuando el testador o el notario lo soliciten, que deberán de ser dos, o bien cuando el testador no pueda o no sepa firmar, en cuyo caso imprimirá éste su huella digital, y firmará a su ruego un testigo, cuando el testador sea ciego, y cuando el testador sea sordo (en este caso, la ley no lo denomina como testigo, pero por seguridad jurídica, creo que debe de tener el mismo tratamiento) y cuando el testador no sepa leer.
- b) Testamento público cerrado, la regla general son tres testigos, salvo cuando el testador sea sordomudo, que deberán de ser cinco.
- c) Testamento ológrafo, ninguno instrumental, los que señala el artículo 1554 son testigos de identidad.
- d) Testamento Público simplificado. ninguno.

- e) Testamento privado, la regla general son cinco, salvo casos de urgencia, se exigen tres.
- f) Testamento Militar, ante dos testigos.
- g) Testamento Marítimo, ante dos testigos, y el capitán del navío.

La razón por la que la ley exige la presencia de testigos, básicamente, y en concordancia con el artículo 1504 del código Civil para el Distrito Federal, es para comprobar la identidad del testador, o bien, que éste se halle en su cabal juicio y libre de toda coacción.

Comulgo con la opinión del autor Asprón Pelayo, al mencionar que los testigos deberían de ser suprimidos de los testamentos ordinarios, y dejarlos en los testamentos especiales, debido a que en estos sí cumplen realmente como la función para la que fueron creados.

C) Como tercer requisito de la formalidad encontramos que debe ser conocida y apreciada la identidad y el sano juicio del testador, así como la libertad de toda coacción del mismo por los testigos y en su caso por éstos y por el notario, como lo determina el artículo 1504 del Código Civil que a la letra dice:

“Artículo 1504.- Tanto el notario como los testigos que intervengan en cualquier testamento deberán conocer al testador o cerciorarse de algún modo de su identidad y que se halla en su cabal juicio y libre de cualquier coacción.”

D) La cuarta formalidad exigida por el Código Civil versa acerca de que no debe dejarse hojas en blanco o servirse de abreviaturas o cifras, como al respecto nos señala el artículo 1507 del Código que a la letra dice:

“Artículo 1507.- Se prohíbe a los notarios y a cualesquiera otras personas que hayan de redactar disposiciones de última voluntad dejar hojas en blanco y servirse de abreviaturas o cifras bajo la pena de quinientos pesos de multa a los notarios y de la mitad a los que no lo fueren”.

E) Como quinta formalidad común a los testamentos , es que la voluntad del testador debe expresarse cumplida y claramente y no por señales o monosílabos a preguntas que se hagan por expreso, como al respecto manifiesta el artículo 1489 de Código Civil que a la letra dice:

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

F) Para el caso en que el testador ignore el idioma del País se hará indispensable la presencia de dos intérpretes, aparte de los testigos, esto es una formalidad común para el caso que hemos planteado, pero aún así lo consideramos como la sexta formalidad común de los testamentos, basada en el artículo 1503 del Código Civil que a la letra dice:

“Artículo 1503.- Cuando el testador ignore al idioma del país, un interprete nombrado por el mismo testador concurrirán al acto y firmará el testamento.

G) Como una formalidad más, común de los testamentos podremos encontrar que el testamento debe ser escrito, como se desprende de la simple lectura de los artículos siguientes:

Art. 1512 Público Abierto.

Art. 1521 Público Cerrado.

Art. 1549-Bis Público Simplificado.

Art. 1550 Ológrafo.

Art. 1567 Privado.

Art. 1579 y 1581 Militar.

Art. 1584 Marítimo.

Art. 1598 Hecho en País Extranjero.

De la lectura de éstos artículos se desprende que los testamentos deben ser otorgados por escrito, aun cuando debemos mencionar que existen dos casos de excepción:

1.- En el testamento Privado en caso de que ninguno de los testigos sepa escribir y en caso de suma urgencia; caso contemplado por el artículo 1568.

2.- En el testamento Militar al entrar en acción de guerra o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que el testador declare su voluntad entre dos testigos, caso contemplado por el artículo 1579.

Nuestro Código clasifica a los testamentos en cuanto a su forma: en ordinarios y especiales; en los primeros concurren las formalidades ordinarias y en los segundos las extraordinarias o excepcionales, dicha clasificación se contempla en el artículo 1499 de nuestro Código Civil que a la letra dice: “El testamento, en cuanto a su forma es ordinario o especial”.

El artículo 1500 señala cuales son los ordinarios:

- “I.- Público Abierto.
- II.- Público Cerrado.
- III.- Público Simplificado, y
- IV.- Ológrafo”.

Y el Artículo 1501 enumera a los especiales

- “I.- Privado
- II.- Militar
- III.- Marítimo, y
- IV.- Hecho en País Extranjero”.

Los cuales desarrollaremos a continuación:

2.- TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO .

El testamento Público Abierto tiene como antecedente el testamento Nuncupativo, en cuanto a que la declaración de voluntad se hace oralmente.

El testamento Público Abierto también llamado en otras legislaciones testamento Público Notarial, ya que “En rigor, éste es el único testamento notarial, por cuanto sólo en él, el notario recibe y expresa la voluntad testamentaria, mientras que en el Público Cerrado recibe un documento en que ésta se contenía”.⁶⁹

En mi opinión, éste testamento no es nuncupativo, debido a que en cualquier caso, el testador siempre puede expresar su voluntad por escrito, por ejemplo en el caso de una persona privada temporalmente de la facultad de hablar, y la ley solo establece que la voluntad debe de ser expresada de modo claro y terminante.

En nuestro derecho se le llama testamento Público, ya que la voluntad del testador constará en un instrumento público.

Es abierto porque la voluntad del testador es conocida tanto del notario como de los testigos que en su caso intervengan.

Es un testamento ordinario de conformidad con el artículo 1500 del Código civil y formal, en el cuál los principales requisitos son que se otorgue ante notario.

De conformidad con el artículo 1512 del Código Civil:

“El testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al notario. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, y los leerá en voz alta para que este manifieste si está conforme.

⁶⁹ CICU ANTONIO.- Op. Cit. Pág. 86

Si lo estuviere, firmarán la escritura el testador, el notario y, en su caso los testigos y el interprete, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que se hubiese otorgado”.

Para Cicu “Los requisitos específicos de forma del testamento Público Abierto se pueden enumerar así:

- a) Declaración verbal de voluntad al notario en presencia de testigos.
- b) Redacción por escrito de la declaración.
- c) Lectura del acta en presencia de los testigos.
- d) Menciones que está deba de contener.
- e) Indicación de hora de la suscripción”.⁷⁰

En el testamento Público Abierto deben observarse todas las formalidades comunes de los testamentos, las cuales se practicarán en un solo acto y el notario deberá dar fe de haberse llenado todas, de conformidad por lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil.

De los artículos 1514 a 1518 se contemplan casos de excepción como por ejemplo, el artículo 1514, el cual señala que si el testador no sabe o no puede firmar, éste imprimirá su huella digital, y firmara a su ruego un testigo; en el artículo 1516 se contempla el caso de que el testador fuere sordo, y distingue si sabe o puede leer, o si no sabe o no lo puede hacer, en el primer caso, él mismo deberá dar lectura a su testamento, y en el segundo caso, deberá de designar una persona que lea en su nombre, caso en el que la ley no lo nombra como testigo, sin embargo considero que se le debe de dar el mismo tratamiento, y por seguridad jurídica, deberá de firmar el instrumento, el artículo 1517

⁷⁰ CICU ANTONIO.- Op. Cit. Pág. 87

contempla el caso de que el testador sea ciego, no sepa o no pueda leer, para lo cual se exige que sea leído dos veces el testamento, uno por el notario y otra por persona que designe el testador, y en concordancia con el artículo 1513, lo deberán de firmar dos testigos; el artículo 1518, contempla el caso de que el testador ignore el idioma del País, para lo cual será necesaria la presencia de un intérprete de conformidad con el artículo 1503 que se refiere a las formalidades comunes de los testamentos; en éste caso, si el testador puede, escribirá de su puño y letra su testamento y será traducido al español por el interprete; la traducción se transcribirá como testamento en el protocolo y el original se archivará en el apéndice correspondiente del notario.

El artículo 1520 protege al testador, ya que el notario se esmerará en que no falte ninguna de las formalidades, ya que de omitir alguna será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además en la pena de pérdida de oficio, con lo cual se puede decir que si el testador por cualquier motivo no quiere que su testamento tenga algún vicio que lo pueda anular o invalidar parcialmente tendrá mayor seguridad otorgando un testamento Público Abierto, ya que el notario de ninguna manera permitirá que el testamento tenga errores ya que él sería el responsable.

Además siempre presentará éste tipo de testamento la ventaja del asesoramiento de un experto en la materia, que le aconsejara la mejor forma para que su voluntad tenga efecto para después de su muerte, le aconsejará de la necesidad de instituir un tutor, o un albacea, o un legado de alimentos o de estudios, pero nunca con el ánimo de influir en su voluntad, sino en la mejor forma de expresarla, hablándole sobre las ventajas y desventajas de alguna institución jurídica como usufructo, heredero, legatario, etc.

Algunas otras ventajas del testamento Público Abierto son: que tiene plena autenticidad *ipso jure*: esto es “no requiere declaración del juez en tal sentido”⁷¹, puede ser otorgado por quienes no saben leer o escribir, tiene toda la fuerza probatoria de documento auténtico, y además, todas las garantías que al caso presenta la competencia, probidad y la responsabilidad del notario.

⁷¹ IBARROLA ANTONIO DE.- Op. Cit. Pág. 670

3.- TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.

El testamento público cerrado, también llamado Místico o secreto es aquel en el cual el testador hace sus disposiciones en un documento privado, que guarda en un sobre cerrado y que es escrito por el mismo o por otra persona a su ruego, rubricando todas las hojas y firmando al calce del testamento, y si no sabe o no puede firmar, lo hará otro a solicitud suya, interviniendo en este testamento tres testigos y un notario pero sólo para el efecto de hacer constar en la cubierta del sobre la declaración del testador de que en dicho sobre se encuentra un pliego que contiene su testamento, debiendo firmar el testador, los testigos y el notario, quién además pondrá su sello en la cubierta.

Este testamento es considerado junto con el Abierto, el público simplificado y el Ológrafo como un testamento ordinario de conformidad con el artículo 1500 del Código Civil.

Para Cicu este testamento es considerado también como un testamento notarial, sin embargo el testador no declara su voluntad al notario y por consiguiente no hay una voluntad derivada del acto notarial, por el contrario en el testamento Público Cerrado el testador entrega al notario un documento ya escrito, de manera que el notario no puede dar fe de que en él ésta contenida la voluntad del testador. Nuestro Código Civil en el artículo 1525 se limita a exigir que el testador declare al notario que en el pliego que él entregó se contiene su testamento.

Señala Cicu que podría pensarse que este testamento consta de dos actos distintos: el escrito testamentario y el instrumento notarial de recepción, siendo el primero una escritura privada y el segundo un documento público. Pero esto es erróneo, ya que se trata de un solo acto y precisamente la articulación del escrito en el instrumento notarial

de recepción es lo que da el testamento Público Cerrado el carácter de testamento notarial.⁷²

Nos señala Antonio de Ibarrola que el testamento Público Cerrado con notoria incongruencia no es admitido en países como Alemania, Suiza, y los Derechos Inglés y Anglosajón, sin embargo, en el Derecho Romano ya se conocía (recordemos el testamento Místico).

El Testamento Público Cerrado tiene a mi carácter desventajas con relación al Público Abierto, ya que por el hecho de ser elaborado por el testador, puede llegar a tener una serie de defectos que acarreen alguna causa de nulidad, o de inoficiosidad, o que hagan que el testamento sea mal interpretado, situación que no sería difícil, ya que no todo el mundo es un experto en el derecho, y así, por ahorrar quizás algo de dinero pueden provocar perjuicios a sus herederos sin así quererlo; situación que se antoja más difícil cuando se otorga ante un notario que es todo un experto y que puede orientar al testador a que su voluntad sea correctamente expresada, lo cual evitaría todos esos posibles problemas.

Por otra parte el testamento público cerrado no puede ser otorgado por cualquier persona, ya que el Código restringe ésta facultad a los que no sepan leer, también limita a los sordomudos, ya que a estos para poder otorgar este tipo de testamento se les exige que este todo el escrito, fechado y firmado por su propia mano, y que al presentarlo al notario escriba ante él y en presencia de cinco testigos, esto es, dos más que a las personas que no tienen ésta incapacidad, que en aquél pliego se contiene su última voluntad y que va escrita y firmada por él.

De conformidad con el artículo 1535:

“Cerrado y autorizado el testamento se entregará al testador y al notario pondrá razón en el protocolo del lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue

⁷² CICU ANTONIO.- Op. Cit. Págs. 102 y 103

autorizado y entregado”.

El testador podrá conservar el testamento en su poder o darlo en guarda a persona de su confianza o bien depositarlo en el archivo judicial, de conformidad con el artículo 1537 del Código Civil.

Podremos señalar, como puntos esenciales para el Testamento Público Cerrado, los siguientes:

- Redacción: la cual puede ser hecha por el propio testador, o por persona distinta, en papel ordinario, y todas las hojas rubricadas, y firmada la última de ellas. A este respecto, señala el autor Asprón Pelayo, que en este Testamento sí se pueden usar medios mecánicos de impresión, lo cual representaría una diferencia con el testamento Ológrafo, lo cual me parece correcto, salvo que existen tres casos de excepción, que serían los del testamento público cerrado otorgado por una persona sordo-muda, sorda o muda, en los cuales se debe de escribir de puño y letra por el testador⁷³
- Presentación ante notario, la cual debe de hacerse en un pliego cerrado y sellado, ante tres testigos, salvo el caso de que sea el testador sordo mudo, que serán cinco, y en caso de que una persona distinta al testador haya firmado y rubricado las hojas, deberá también de comparecer, y los testigos, el notario, el testador, o en su caso la mencionada persona, deberán de firmar la cubierta del testamento, y el testador deberá de declarar que ahí se contiene su última voluntad, acto seguido el notario deberá de levantar constancia en la cubierta, expresando que se cumplieron con todas las formalidades que exige el código, y misma que deberán de firmar el testador, o bien la multitudada persona, los testigos, y el notario, quien además imprimirá su sello.
- Cierre del Testamento, una vez que autorizó el notario el testamento, pondrá razón en su protocolo de la fecha, hora y lugar en que el testamento fue otorgado, y se entrega al testador, el cual podrá conservarlo, depositarlo en persona de su

⁷³ ASPRON PELAYO, Juan M. Op. Cit. Pág. 43

confianza, o bien depositarlo en el Archivo Judicial, dicho depósito puede hacerse incluso vía poder, mismo que deberá de otorgarse en escritura pública, regla especial para el mandato, y el cual deberá de permanecer unido al testamento al momento de su depósito.

- Entrega del Testamento al juez, el cual deberá de realizarse por la persona que lo tenga en su poder, con las penas que en caso contrario establece el código civil. Una vez hecha la entrega al juez, éste mandará llamar a los testigos y al notario, ante los cuales se otorgó, y una vez que estos reconozcan como suyas las firmas que ahí aparecen, y manifiesten que en su concepto el Testamento está cerrado como originalmente lo estaba, se procederá a abrir el mismo. En caso de que sea imposible reunir a las mencionadas personas, el juez deberá de hacerlo constar así por información. Esto es que el juez lo declare como “formal testamento”, o sea que este testamento no es perfecto por sí mismo, sino que necesita para su perfeccionamiento de esta declaración hecha por una autoridad judicial.
- Publicación y Protocolización del Testamento ante notario, una vez abierto el Testamento, el juez mandará publicar el mismo, y protocolizarlo ante notario público.

4.-TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO:

En razón de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal de fecha 6 de enero de 1994, la cual entró en vigor al día siguiente de su publicación, se incluyó el capítulo III-Bis del Título tercero del tercer libro del mencionado Código, el cual consiste en un solo artículo (1549-Bis), en el que se creó esta figura, la cual tiene como características principales:

- Se otorga ante notario, y su objeto está restringido únicamente a un solo bien inmueble que se destine o que vaya a destinarse a vivienda, por la o las persona que en la escritura de adquisición o regularización de la misma, otorgada por las
-

autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia de la administración Pública Federal.

- Se puede hacer en escritura de adquisición posterior a la mencionada en el punto anterior, siempre y cuando el valor de avalúo no exceda de 25 veces el salario mínimo elevado al año del Distrito Federal, salvo que sean escrituras de regularización mencionadas en el punto anterior, en las cuales no importará su monto.

-

5.- TESTAMENTO OLOGRAFO .

El Testamento Ológrafo es un testamento que se introduce en nuestro derecho a partir del Código de 1928, el actual. Esta forma de testamento fue conocida por los romanos, pero su origen es griego.

El testamento Ológrafo es el escrito por el testador de su puño y letra. Este testamento debe ser otorgado por persona mayor de edad que además sepa leer y escribir.

Presenta el testamento Ológrafo la limitación de que el testador debe ser mayor de edad, lo cual es una excepción a la regla general que sobre la capacidad de testar da el artículo 1306 fracción I *a contrario sensu*, el cual establece que son incapaces para testar los menores que no hayan cumplido los 16 años.

Deberá expresarse en el testamento la fecha en que se otorgue y hacerlo el testador por duplicado e imprimirá en cada ejemplar su huella digital, debiendo guardar cada ejemplar en un sobre cerrado; depositándose ante el Archivo General de Notarias, en presencia de dos testigos que identifiquen al testador en el acto de depósito, a menos de que el mismo fuese conocido del encargado de la oficina, de conformidad con el artículo 1554 del Código Civil.

En el acto del depósito el testador deberá poner en el sobre que contenga el testamento original la constancia de que en él se contiene su testamento y el lugar y fecha del depósito, dicha constancia será firmada por el testador, el encargado del archivo y los testigos en su caso; y en el sobre que contenga el duplicado el encargado del archivo pondrá la constancia de haber recibido el sobre que se dice contiene el original del testamento y el lugar y la fecha, firmando el encargado, el testador y los testigos si los hay.

De la definición que de testamento Ológrafo hace el artículo 1550 y regulan los artículos 1551 a 1564 podemos encontrar los siguientes elementos:

1.- Debe ser escrito por puño y letra del testador.

2.- Debe ser firmado por el testador, quien además imprimirá su huella digital.

3.- Debe contener la indicación del día, mes y año en que se otorgue. Cabe resaltar, conforme al Autor Juan M. Asprón Pelayo, que aquí el Código es criticable, pues habla de fecha de otorgamiento, la cual es distinta o puede ser distinta a la fecha de la redacción del mismo. Y pone por ejemplo que una persona de 17 años, redacte su testamento ológrafo, y cumplidos los 18, realice el depósito en el Archivo, ¿sería válido o inválido el Testamento?. En mi opinión, considero que efectivamente al hacer el testamento era nulo, por que era incapaz para hacerlo, pero al depositarlo siendo mayor de edad, estaría ratificando el contenido del mismo, y por ello, considero que sería válido, aunque el punto es discutible.

4.- Es un testamento imperfecto, pues para su validez se requiere que se le declare “formal testamento”.

5.- Sólo puede ser otorgado por mayores de edad.

6.- Se requiere para la validez de su depósito en el Archivo General de Notarias del D.F.

La falta de alguno de éstos requisitos puede dar lugar a la nulidad del testamento.

En relación al testamento Público Abierto, el testamento Ológrafo presenta prácticamente los mismos inconvenientes que el Público Cerrado, debido a que los errores pueden ser cometidos con mayor facilidad, además de limitarse solamente a los mayores de edad y a la restricción de los que no sepan leer y escribir; también presenta el inconveniente de tener que ser escrito dos veces, además de los riesgos que existen para los beneficiarios y para el cumplimiento de la voluntad real del testador.

6.- TESTAMENTO PRIVADO .

El testamento Privado es un testamento especial de conformidad con el artículo 1501 fracción I del Código Civil. Presenta la novedad en relación con los anteriormente señalados de poder ser escrito u oral, pero para que se acepte que sea oral es necesario que haya una imposibilidad consistente en que el testador o los testigos no sepan escribir, y solamente en caso de suma urgencia, donde entonces nos topamos con otra interrogante, ¿Quién o que define lo que es suma urgencia?.

El testamento privado solamente está permitido de conformidad con el artículo 1565 del Código Civil en los siguientes casos:

I.- Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no de tiempo para que concurra un notario a hacer el testamento.

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

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

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

Y no solo en esos casos, sino que además tiene que concurrir el hecho de que al testador le sea imposible realizar testamento ológrafo. La interrogante aquí sería, que quiso decir el legislador con testamento ológrafo, se refiere al testamento ológrafo en sentido amplio, o sea al escrito de puño y letra del testador, o se refiere al testamento ológrafo reglamentado en el propio Código Civil. En mi opinión, creo que es claro que se refiere al testamento ológrafo reglamentado en el Código, por que de no ser así, no se entendería el artículo 1567, el cual, interpretado a contrario sensu, indica que el testador deberá de redactar por escrito su testamento privado, sin mayor especificación, dejando la posibilidad de hacerlo por su propio puño y letra, con lo cual es clara la intención del legislador.

Lo anterior, también conforme la opinión de Rojina Villegas que dice que “El testamento privado se autoriza sólo en los casos en que exista, imposibilidad de otorgar testamento ordinario, es decir, público abierto, público cerrado u ológrafo.”⁷⁴

El artículo 1571 del Código Civil limita la validez del testamento al señalar que este solo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en el que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizo.

Como requisitos especiales, este testamento requiere la presencia de cinco testigos idóneos, uno de los cuales redactará por escrito el testamento, si el testador no supiera o no pudiera escribir.

El artículo 1566 del Código Civil señala que para que pueda ser otorgado un testamento privado es necesario que el testador no le sea posible otorgar testamento ológrafo.

Nos señala Antonio de Ibarrola que al respecto, “siempre hemos entendido este párrafo como refiriéndose a un testamento del puño y letra del testador, simple y

⁷⁴ ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Op. Cit. Pág. 405

sencillamente, no al testamento ológrafo tal como lo reglamenta nuestro Código Civil. Tratándose de casos como los que expresa el artículo 1565 sería peregrino creer que la ley exija el depósito de un testamento Ológrafo ante el registrador de la propiedad o ante el archivo de Notarias".⁷⁵

Para el caso que señala el maestro de Ibarrola, se me ocurre que de igual manera sería válido el testamento Ológrafo que aún no se hubiese depositado, o bien un testamento cerrado, escrito por el puño y letra del testador y que todavía no se hubiera llevado a presentar con el notario, siempre y cuando se cumpla con los requisitos especiales del número de testigos ante los cuáles se haga la disposición.

Pero tomando en cuenta la enfermedad del testador, y encontrándose presentes los testigos que requiere la ley, el testador podría entregar el sobre o sobres en que se encontrara su testamento Cerrado o bien Ológrafo de modo que ya no tuviera que volverlo a redactar y firmando el testamento los testigos y nuevamente el testador; sin embargo, el artículo 1567 requiere que el testador declare el presencia de los testigos su ultima voluntad, además de que se estaría contraviniendo la formalidad común de la continuidad del acto.

Para la validez del testamento privado, se requiere, además de las formalidades antes esbozadas, que los testigos que comparezcan al mismo, declaren de manera circunstanciada, respecto lo siguiente, de conformidad con el artículo 1574 del Código Civil:

- 1.- Lugar, fecha y hora en que se otorgó el testamento.
- 2.- Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador.
- 3.- El tenor de la disposición.

⁷⁵ IBARROLA ANTONIO DE.- Op. Cit. Pág. 685

4.- Si el Testador estaba en su cabal juicio y libre de toda coacción.

5.- Motivo por el que se otorgó testamento privado.

6.- Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba.

El testamento privado al igual que los demás testamentos especiales, presenta formalidades que no tienen los testamentos ordinarios, en algunos casos son mayores las formalidades y en otros menores; así el testamento privado requiere de más testigos que los testamento ordinarios, pero en casos de suma urgencia bastarán tres testigos de conformidad con el artículo 1569 del Código Civil.

El testamento privado, presenta la variante en relación con los testamentos ordinarios, de que puede ser otorgado en forma verbal, solo cuando ninguno de los testigos sepa escribir, o en casos de suma urgencia, situación que se antoja atrevida y peligrosa, ya que puede dar lugar a muchos abusos y falsedades.

En consecuencia, podríamos resumir lo siguiente, respecto a este testamento

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, tratándose de testamento privado otorgado conforme a la fracción I del artículo 1565, contienen dos sistemas diversos en cuanto a la forma de otorgamiento: a).- La intervención de 5 testigos si el testador es atacado por enfermedad violenta y grave que no dé tiempo a que concurra notario, en cuyo caso el testamento es válido durante el lapso a que se refiere el artículo 1571 a condición de que se reúnan los requisitos de forma exigidos por el numeral 1567 y b).- Con la intervención de 3 testigos idóneos en los casos de extrema urgencia, pudiendo uno de ellos redactar el testamento, pero en este supuesto, debe acreditarse plenamente que impera la sola urgencia a que se refiere el diverso artículo 1569, pues de lo contrario el testamento no sera válido, comprobada la extrema urgencia, el testamento es

válido también durante el término de un mes, como lo dispone el ya citado artículo 1571.

En comunión con la opinión del autor Asprón Pelayo, podemos afirmar que éste testamento, está sujeto a una condición resolutoria legal, la cual consiste en que el testador fallezca por la enfermedad o por el peligro en que se encontraba, o en ambos casos, dentro del mes siguiente a su otorgamiento, en caso de que transcurra dicho plazo, sin que el testador muera, se tendrá como no otorgado en testamento, por lo que si el testador tenía un testamento anterior, seguirá siendo perfectamente válido.⁷⁶

Otro punto interesante, es que a este testamento, le hace falta, para su perfeccionamiento, que sea declarado formal testamento, de conformidad con los artículos 1572 al 1578, y en especial con lo dispuesto por el artículo 1575, del cual de su lectura se podría interpretar que mas que el testamento, el dicho de los testigos idóneos, se consideraría como el testamento, si hubieren estado de acuerdo con todas y cada una de las circunstancias señaladas en el artículo 1574, señaladas anteriormente, lo cual lo considero una falla del legislador, pues que pasaría en el caso de que exista un testamento privado escrito por uno de los testigos, el cual fallece después que el testador, y todos los demás testigos están de acuerdo en una cosa totalmente distinta a lo establecido en el mismo por el testador, cual prevalecería, porque conforme a la lectura de dicho artículo, prevalecería el dicho de los testigos.

Desde mi punto de vista, éste tipo de testamento, debería de ser eliminado totalmente del Código Civil, ya que se encuentra en total desuso, y la considero una institución no solo obsoleta, sino incluso peligrosa.

Para finalizar, solo comentar, que después de mi estudio, encontré sutiles diferencias entre este tipo de testamento, y el militar, las cuales se estudiarán en el siguiente punto.

⁷⁶ ASPRON PELAYO, Juan Manuel. Op. Cit. Pág. 48

7.- TESTAMENTO MILITAR .

El testamento Militar es un testamento parecido al privado, ya que puede ser otorgado en forma verbal o escrita.

Este testamento se permite sólo en los casos en que el militar o el asimilado del ejército entra en acción de guerra, o resulta herido en el campo de batalla o bien, para los prisioneros de guerra de conformidad con los artículos 1579 y 1580 del Código Civil.

Como formalidad se requiere que declare su voluntad ante dos testigos, o que se entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última voluntad firmada de su puño y letra.

Ya el testamento privado contempla la situación de los militares o asimilados del ejército que entren en campaña o se encuentren prisioneros, sin embargo el testamento privado requiere de cinco testigos y el militar sólo de dos. Por otro lado el testamento privado debe ser redactado en presencia de los testigos, situación que el militar no presenta forzosamente, ya que el testador puede entregar a los testigos el pliego cerrado que contenga su voluntad.

Para el caso de que el testamento haya sido otorgado por escrito, señala el artículo 1581 que deberá ser entregado, luego que muera el testador, por aquel en cuyo poder hubiere quedado, al jefe de la corporación, quién lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional y ésta a la autoridad judicial competente. Cabe mencionar que el código no exige que sea escrito por el testador, sino solo firmado por él.

Si hubiera sido otorgado de palabra, los testigos informarán al jefe de la corporación para que éste dé parte a la secretaria de la Defensa Nacional, y éste denuncie el caso ante la autoridad judicial competente. En este caso el juez citará a los testigos para que declaren circunstancialmente sobre los requerimientos del artículo 1574 del Código Civil, anteriormente señalados.

El testamento Militar, al igual de los demás testamentos especiales tiene un ámbito de validez limitado. Y al igual que el testamento privado está sujeto a la condición resolutoria legal, por la que sólo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó, de conformidad con el artículo 1571 del Código Civil.

El testamento Militar no es muy frecuente debido a la política de paz que afortunadamente sigue en nuestro país; sin embargo es en mi concepto un acierto legislativo, ya que la guerra es un peligro al cual están expuestas todas las naciones de la tierra. Por otra parte, me parece que se limita un tanto cuanto a este testamento; ya que debe ser otorgado” en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla” con lo cual, al parecer debe haber como elemento determinante la guerra, siendo limitativo a mi parecer debido a que podría no ser forzosamente una guerra, sino maniobras del ejército en su lucha contra el narcotráfico, por ejemplo, las que motivaran que un militar o asimilado del ejército, se encontrara herido, o en una situación de combate, que no forzosamente signifiquen guerra; sin embargo creo que interpretando así la ley podría llenarse esta laguna jurídica.

Por último, sería conveniente, definir un poco lo que se entiende por militar, conforme al multicitado autor Asprón Pelayo, lo cual, en su opinión desde mi punto de vista acertada, militares son los miembros del ejército, fuerza aérea y armada.

8.- TESTAMENTO MARITIMO

El testamento Marítimo de conformidad con el artículo 1583 puede ser otorgado por los que se encuentren en altamar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sean de guerra o mercantes.

Como requisito fundamental el testamento Marítimo presenta la formalidad de ser escrito y deberá ser otorgado en presencia de dos testigos y del capitán del navío, y será leído, datado y firmado siguiendo las bases del testamento Público Abierto, debiendo

firmar en todo caso los testigos y el capitán de conformidad con el artículo 1584 del Código Civil.

“El Código Civil italiano en su artículo 791 señala que el capitán o patrón junto con el segundo, y a falta de ellos el que haga sus veces, en presencia de dos testigos varones y mayores de edad, pueden recibir el testamento hecho en el mar durante el viaje”.⁷⁷

Nuestro Código Civil señala que el testamento Marítimo deberá extenderse por duplicado y se conservará entre los papeles más importantes de la embarcación y el capitán hará mención de el en su diario.

Nos señala el maestro Rojina Villegas que la razón de que se exijan dos ejemplares es “en virtud de que se impone al capitán la obligación de entregar uno de ellos en el primer punto que toque, si existe un funcionario consular mexicano o un agente diplomático, y el otro lo remitirá al tocar territorio nacional a la primera autoridad marítima o bien, a ésta enviará los dos ejemplares si no pueden entregar el primero a ningún consular o diplomático mexicano”.⁷⁸

El testamento Marítimo se caracteriza por su forma escrita, en tanto que el privado y el militar son los únicos testamentos especiales que pueden revestir la forma escrita o la oral.

En mi concepto el testamento Marítimo es un testamento especial solamente en virtud del lugar en que se otorga, ya que debe de revestir formalidades semejantes a las del testamento Público Abierto; por otro lado los efectos del testamento Marítimo son limitados también al igual que los otros testamentos especiales, ya que de conformidad con el artículo 1591 del código Civil que dispone que :

“El testamento Marítimo solamente producirá efectos legales falleciendo el

⁷⁷ BOLAFFIO, ROCCO, VIVANTE, “Derecho Comercial” TOMO XVI

⁷⁸ ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Op. Cit. Pág. 407

testador en el mar o dentro de un mes, contado desde su desembarque en algún lugar donde, conforme a la ley Mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición”.

Considero que en la regulación de este testamento, se incurrió en un error, pues, el artículo 1590 dice que “los agentes diplomáticos, cónsules, o las autoridades marinas levantarán, luego que reciban los ejemplares referidos, un acta de entrega, y la remitirán con los citados ejemplares, a la posible brevedad, al ministerio de Relaciones Exteriores, el cual hará publicar en los periódicos la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento.” Creo que sería muy conveniente para ello, esperar hasta que el testador se muriera, por que como ya expusimos, el testamento será válido dentro del mes siguiente a que el testador desembarque en algún lugar donde pueda ratificar su testamento, con lo cual, ¿que pasará si el testador no se muere?, lo anterior, se debe a que la obligación de entregar el testamento por parte del capitán del barco, a las mencionadas autoridades, nace por el hecho de otorgarse el testamento, se muera o no el testador, conforme a los artículos 1587 y 1588.

Este testamento en México tampoco es muy usual debido al poco desarrollo de la Marina, tanto mercante, turística o de guerra; sin embargo, también lo considero como un acierto legislativo.

8.- TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO .

El testamento hecho en País Extranjero para Rojina Villegas es “un testamento especial que puede sujetarse a las formalidades de la ley Extranjera, cuando tenga su ejecución en la República Mexicana, o bien, puede otorgarse ante los agentes diplomáticos o consulares mexicanos observando las formalidades de la ley mexicana.

A este efecto los agentes diplomáticos y consulares tienen funciones notariales y pueden recibir testamentos Ológrafos”.⁷⁹

En este testamento, se cometió el mismo error que el comentado en el testamento marítimo, en cuanto a la obligación de publicar la muerte del testador, por el hecho de otorgar su testamento.

El artículo 1593 del Código Civil nos indica que:

“Los testamentos hechos en país extranjero producirán efecto en el Distrito Federal, cuando hayan sido formulados de acuerdo con la leyes del País en que se otorgaron”.

El artículo 1594 otorga facultades notariales a los agentes diplomáticos y consulares al decir que:

“ Artículo 1594.- Los secretarios de legación, los cónsules y vicecónsules mexicanos podrán hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos de las naciones en el extranjero en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el Distrito Federal.”

El artículo 1595 del código civil nos señala que los funcionarios antes mencionados remitirán al Ministerio del Relaciones Exteriores la copia autorizada de los testamentos que ante ellos se hubieren otorgado, para los efectos de publicar en los periódicos la noticia de la muerte del testador de acuerdo con el artículo 1590 del Código Civil, incurriendo nuevamente, en dicho error.

Como formalidad para otorgamiento de testamento hecho en País Extranjero se requiere que el papel en que sea extendido lleve el sello de la legación o consulado

⁷⁹ ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Op. Cit. Pág. 408

respectivo cuando ante estos funcionarios se haya otorgado, de conformidad con el artículo 1598 del Código Civil.

El testamento hecho en País Extranjero se distinguen dos tipos, uno que puede ser otorgado de conformidad con las leyes extranjeras, o bien, de acuerdo con las mexicanas ante funcionarios consulares o diplomáticos mexicanos.

Debemos mencionar algo que quizás es muy importante: la capacidad de heredar: de conformidad con el artículo 1313 del Código Civil todos los habitantes del Distrito Federal tienen capacidad para heredar; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes pueden perderla, por alguna de las causas que el mismo artículo enumera, siendo la cuarta de ellas la falta de reciprocidad internacional, situación que me parece importante señalar, ya que puede dar lugar a situaciones hasta cierto punto difíciles.

El artículo 1328 del Código Civil nos indica lo que se entiende por falta de reciprocidad, al indicarnos, que:

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

Creo que fue necesario haber hecho mención de lo anteriormente señalado debido a que el testamento Hecho en País extranjero presenta precisamente el elemento de extranjería, el cual es materia de Derecho Internacional Privado y en muchos de los casos, habrá de estarse a los principios generales de esa rama del Derecho.

9.- OTROS TIPOS DE TESTAMENTOS.

Existen, además de los ya estudiados, otros tipos especiales de testamentos, los cuales se estudian a continuación.

- a) Testamento del Demente. Este testamento, se encuentra regulado en los artículos 1307 al 1312 del Código Civil. El procedimiento para su otorgamiento, consiste, básicamente, en los siguientes puntos:
- Es otorgado por un demente en un período de lucidez.
 - El tutor del demente, o en su defecto, como lo señala la ley, la familia del mismo (considero válida la observación al respecto que hace el autor Asprón Pelayo, tan solo anotando (?), refiriéndose a la ambigüedad de la expresión legal), solicitará al juez en turno, para que éste, una vez recibida, nombre dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen sobre su estado mental, imponiéndole al juez la obligación de asistir al examen, y podrá preguntar las veces que guste, a fin de verificar la capacidad para testar del enfermo.
 - Se deberá de levantar “acta formal”, del resultado del examen.
 - En caso de que el reconocimiento, resultara favorable, se procederá a la elaboración por parte de un notario, del testamento, el cual deberá ser otorgado siguiendo las formalidades del público abierto, lo cual no implica, desde mi punto de vista, que el testamento necesariamente tenga que revestir la forma del público abierto.
 - El testamento, lo deberán de firmar el notario, el testador, los testigos (en caso de que procedan, según la forma del testamento, o que así lo exijan notario o testador), el juez y los médicos, y se redactará una certificación especial, en la parte precedente, en la cual el notario dará fe de que el testador conservó lucidez durante el otorgamiento de su testamento, bajo pena de nulidad del testamento, en caso de omitir dicha certificación. Punto interesante, como lo comenta Asprón Pelayo, es el hecho que se podría llegar a presentar en el caso de que los médicos consideren que el estado mental del testador sea de lucidez, y el notario considere lo contrario. Creo que la respuesta a esto, es un poco compleja, pues según el artículo 62 fracción XIII

de la ley del Notariado para el D.F., el notario deberá de hacer constar que el compareciente tiene capacidad legal para la celebración del acto, y el artículo 1504 del Código Civil para el D.F., impone la obligación al notario de cerciorarse de que se halla en su cabal juicio, pero por otro lado, no tiene posibilidades como las de un especialista en la materia, para poder decidir a cerca de la lucidez que guarda un demente en el momento de otorgar su testamento, por lo que puede haber cierta contraposición entre una opinión médica y la apreciación del notario. Desde mi particular punto de vista, creo que el notario quedaría eximido de cualquier responsabilidad, si el testamento lo firman dichos médicos, y se inserta una certificación por la que el notario haga constar que según la apreciación de ellos el testador está en su cabal juicio, debiendo ser éste caso una excepción para el notario, de las obligaciones a él impuestas en los artículos 62 fracción XIII y 1504 del Código Civil para el D.F. antes comentados.

- b) Testamento bancario. Lo primero que tendríamos que analizar, es que sí es un testamento. Se pueden sostener ambas posturas, ya que por un lado, al no ser nombrado por la ley como testamento, se podría pensar que no lo es, pero por otro lado, y de acuerdo con la opinión de Asprón Pelayo, por analogía, se equipararía al testamento público simplificado, en tanto que versan sobre bienes determinados, se considerarían testamentos de “objeto limitado”. Otro punto interesante, es definir la naturaleza de la designación, ¿será un legado, o designación de beneficiario post mortem? Creo que estamos en presencia de una designación de beneficiario post mortem, ya que no se designa en un testamento, aunque su institución es análoga a la de un legatario, toda vez que es un adquirente a título particular de un bien especificado por el autor de la sucesión.

Esta institución de beneficiario procede, según el artículo 56 de la Ley de Instituciones de Crédito, cuando los titulares de los depósitos de dinero a la vista, retirables en días preestablecidos, de ahorro, a plazo o con previo aviso, así como las personas que otorguen préstamos y créditos a favor de las Instituciones de Crédito, podrán designar en cualquier momento, así como cambiar dichos beneficiarios o el porcentaje que les corresponda, para que una vez que fallezca el titular de los mismos, y comprobado dicho fallecimiento, la institución de crédito entregará el

nero a dichos beneficiarios, conforme lo que resulte mayor, entre el equivalente a 0 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, por operación (depósito o préstamo a la institución), o el 75% del monto de lo depositado o prestado, igualmente por operación, y el excedente, se deberá de entregar al responsable de la sucesión, conforme la legislación civil.

Con todo, lo más importante, creo yo, son una serie de puntos muy interesantes, como por ejemplo: ¿esta designación es derogada por el testamento otorgado posteriormente?; ¿cuándo el banco puede entregar el dinero depositado?; ¿cuál es la responsabilidad del banco frente a los acreedores hipotecarios?. Los cuales deberán de ser objeto de una propuesta de reformas, las cuales serán expuestas en el capítulo de conclusiones del presente trabajo.

- c) “Testamento” Agrario. Se le denomina así, a la lista de beneficiarios, que conforme al artículo 17 de la Ley Agraria, el ejidatario tiene derecho a realizar, en la cual, nombrará a aquellas personas que le sustituyan en los derechos, respecto a la parcela que a dicho ejidatario pertenezcan. Dicha lista, tiene que ser depositada en el Registro Agrario Nacional o “formalizada” ante fedatario público.

Nos topamos aquí con otra institución parecida al testamento, aunque con marcadas diferencias. Se dice, al igual que el bancario, que no este testamento, por que la ley no lo reconoce como tal, aunque por analogía, igualmente hay quienes podrían aceptar que se le nombrara como tal, ya que al igual que el testamento público simplificado, son de objeto limitado, los derechos que al ejidatario correspondan sobre su parcela. Presenta también el problema de que si es derogado por un testamento posterior, a lo que considero que no, ya que éste no es un testamento, sino, al igual que el bancario, una designación de beneficiarios post mortem. Para finalizar, solo comentar que en materia agraria, los derechos que al ejidatario correspondan, nunca serán objeto de sucesión intestamentaria o legítima, toda vez que en caso de presentarse el supuesto, la propia ley agraria, determina el orden en que se han de transmitir los derechos que al ejidatario correspondan sobre la parcela.

CAPITULO III

INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS:

Los testamentos pueden llegar a ser ineficaces por distintos conceptos, siendo los principales los siguientes:

1.- Caducidad

2.- Revocación

3.- Nulidad

INOFICIOSIDAD.

Antes de tratar las diversas clases de ineficacias de los testamentos, estudiaremos el caso del testamento inoficioso, el cual proviene del artículo 1374 del Código Civil para el Distrito Federal.

Derivado de lo anterior, se podría pensar que la inoficiosidad del testamento, sería una forma en la que la ley rebasa la voluntad del testador, al obligarlo a dejar alimentos a las personas a las que de acuerdo con la ley debe alimentar, y así las cosas bien pudiera establecerse que esa voluntad en este respecto, resulte ineficaz; lo cual sería una limitación a la libre testamentación, en cuanto a la facultad de disponer libremente de sus bienes al testar.

De acuerdo con el artículo 1368 del Código Civil el testador debe dejar alimentos:

I.- A los descendientes menores de 18 años, respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte.

II.- A los descendientes imposibilitados de trabajar cualquiera que se a su edad, cuando exista la obligación legal de proporcionárselos al momento de la muerte.

III.- Al cónyuge supérstite cuando esté impedido a trabajar y no tenga bienes, mientras no contraiga matrimonio y viva honestamente, salvo otra disposición del testador.

IV.- A los ascendientes.

V.- A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años anteriores a su muerte o a la persona con la que tuvo hijos mientras, siempre y cuando, no se hubieran contraído nupcias durante el concubinato, no contraiga nupcias, esté imposibilitado para trabajar, no tenga bienes suficientes y observe “buena conducta” (¿?). Si fueren varias las personas que encuadraran en esta fracción, ninguna tendrá derecho a alimentos.

VI.- A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados para trabajar o mientras no cumplan 18 años y no tengan bienes para subvenir sus necesidades.

Cabe hacer constar, que en el caso de la fracción tercera, existe también la obligación proporcionar alimentos en todo caso, si el cónyuge superstite es mujer, y hubiere resultado embarazada, aún que tenga bienes suficientes, con cargo a la masa, de acuerdo lo que señala el artículo 1643 del propio código.

Los alimentos comprenden de acuerdo con el artículo 308 del Código Civil, la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y educados a su sexo y circunstancias personales.

Esta obligación no comprende de conformidad con el artículo 314 del Código Civil la de proveer de capital a los hijos para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubieren dedicado.

De conformidad con el artículo 1372 del Código Civil el derecho de percibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción; la pensión alimenticia se fijará y asegurará conforme a los artículos 314, 316 y 317, pero en todo caso, como dice el código civil en su artículo 1372, “excederá de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada corresponderían al que tenga derecho a dicha pensión, ni bajará de la mitad de dichos productos...”

El artículo 315 de nuestro Código civil señala que:

“Artículo 315.- Tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos:

- I.- El acreedor alimentario;
- II.- El ascendiente que le tenga bajo su patria potestad.
- III.- El Tutor;
- IV.- Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado;
- V.- El ministerio Público.”

De conformidad con el numeral 1370 de nuestro Código Civil,

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

Es importante señalar que el testamento en que no se deje la debida pensión alimenticia no es nulo sino inoficioso, lo cual tienen por efecto que el heredero preterido, esto es, a quien el testador no dejó nada por herencia, tiene derecho a que se

le dé la pensión que le corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho, según lo establece el artículo 1375 del Código Civil.

El artículo 1376 de nuestra legislación civil vigente establece que:

“La pensión alimenticia es carga de la masa hereditaria, excepto cuando el testador haya gravado con ella a alguno o algunos de los partícipes de la sucesión”.

Sin embargo el artículo 1027 del Código Civil establece que el que adquiere por sucesión el usufructo universal está obligado a pagar el legado de renta vitalicia o pensión de alimentos; y si de conformidad con el artículo 1028 sólo recibe una parte del usufructo universal, pagará el legado o la pensión en proporción a su cuota.

Esta limitación a la libertad testamentaria sólo la soportarán los que tengan la obligación de dejar alimentos, lo cual nos lleva a concluir por lógica silogística que no tendrán esta limitación, y por tanto si testamento nunca será inoficioso aquellas personas que no estén obligadas a proporcionar alimentos.

De lo anteriormente expuesto, considero que la obligación que el legislador señala en el artículo 1375 del Código Civil, es, como diría el autor Asprón Pelayo, una “desafortunada redacción”, ya que como lo hemos podido observar, esa obligación en nada afecta la validez del testamento, ya que el legislador lo único que hizo fue proteger a aquellas personas que por vínculos familiares tienen derecho a percibir alimentos de el autor de la sucesión, que además, coinciden con aquellas personas a las que la ley llama en caso de sucesión intestamentaria, por eso, considero muy afortunada la observación de Asprón Pelayo, al afirmar que “el derecho a la pensión alimenticia sucesoria exclusivamente corresponde a aquellas personas que habrían sido herederos en caso de que el autor de la herencia no hubiera hecho testamento, es decir, solo se establece a favor de los “desheredados” por haberse hecho un testamento”.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, considero errónea las interpretaciones que al respecto se dan, considerando a esta obligación de dejar alimentos como una limitación a la libre testamentificación, toda vez que los derechos de los preteritos u olvidados, la ley los deja a salvo.

Mención aparte, merece el hijo póstumo, el cual, según se interpreta en el código en su artículo 1638, el hijo postumo es el que nace después de la muerte del autor de la sucesión, caso en el cual, la viuda deberá de dar noticia al juez dentro de los siguientes cuarenta días a la muerte del de cujus.

El código establece en su artículo 1377, que “el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto otra cosa.”

Este artículo considera al hijo póstumo un heredero forzoso, al cual no le fija pensión alimenticia, sino le entrega un parte de la sucesión misma. El pacto en contrario que el legislador incluyó en el mencionado artículo, es, desde mi punto de vista, a favor del hijo póstumo, por lo tanto, el mencionado derecho solo aplica siempre y cuando la cuota o parte que se pacte en contrario, sea superior a la que ya tiene por ley, nunca inferior.

Por último, considero también un error del legislador, el artículo 1373 del código civil, el cual establece que si el caudal hereditario no es suficiente para dar alimentos a todas las personas que a ello tengan derecho, se repartirá conforme al orden en él establecido. De acuerdo con lo explicado, las personas que tienen derecho a la mencionada pensión, son aquellas que en caso de sucesión intestamentaria hubiesen sido llamados por la ley como herederos, y por ello, es imposible que se presenten tales supuestos, toda vez, que no es posible que la pensión se deba sucesivamente a las personas señaladas en las fracciones del mencionado artículo, ya que son excluyentes, esto es, que los hijos, excluyen de la sucesión legítima, y por lo tanto del derecho a percibir alimentos vía sucesión, por ejemplo a los ascendientes, o a parientes colaterales.

**ESTA TESIS
SALIR DE LA
NO DEBE
BIBLIOTECA**

En apoyo a lo anterior, explicaremos brevemente, quienes son las personas que conforme a la ley tienen derecho a heredar por sucesión legítima. Al respecto, el artículo 1602 del Código Civil, expone que tendrán derecho a heredar, en su fracción primera, los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, y la concubina o concubinario, siempre que hubiesen vivido como cónyuges durante los 5 años anteriores a la muerte, o hubiesen tenido hijos en común, siempre que durante el concubinato los dos hubiesen permanecido solteros, y a falta de todos ellos, en su fracción segunda, la Beneficencia pública. De lo anterior resulta, que el orden establecido en el artículo 1373, como ya dijimos, es excluyente, toda vez que si concurre un hijo, con un primo del de cujus, éste último no tendría derecho a alimentos, toda vez que sería excluido por el hijo.

Podemos entonces concluir, que el testamento calificado en la ley como inoficioso, es perfectamente válido, y que lo que la ley protege realmente es el derecho de aquellas personas que según el criterio de la misma ley tienen derecho a recibir alimentos, y que en caso de ser olvidados, la ley les garantiza el cumplimiento de ese derecho, otorgándoles medios para asegurar el cumplimiento de esa obligación.

1.- CADUCIDAD .

Las disposiciones testamentarias caducan, según el artículo 1497 del Código Civil, cuando el heredero o legatario muere antes que el testador, o antes de que cumpla la condición que se le impuso para heredar, o se vuelva incapaz, o renuncien a su derecho.

Para Rojina Villegas, la caducidad, no es un vicio del testamento, sino que supone su validez al haberse otorgado dando cumplimiento a todas las formalidades y solemnidades exigidas por la ley, pero a pesar de ser perfecto, existe una imposibilidad de que surta sus efectos por un hecho ajeno al testador y generalmente posterior a su muerte.

Nos señala el maestro Rojina Villegas que las causas que originan la caducidad son las siguientes:

“1.- Cuando el heredero o el legatario mueren antes que el testador: se trata en este caso de un hecho ajeno al testador, pero anterior a su muerte.

2.- Cuando el heredero o el legatario mueren después del testador, pero antes de que se cumpla la condición suspensiva. Como ésta impide el nacimiento del derecho, es necesario que se cumpla viviendo el heredero o legatario; si mueren antes de que se realicen, caduca la disposición testamentaria en lo referente al heredero y, en tal virtud, no puede ya transmitir esos bienes a sus herederos sino que se considera que no hubo disposición testamentaria eficaz, y debe abrirse la sucesión legítima”⁸⁰: esto se da solamente en virtud a que la sucesión se subordina a una condición; ya que la regla general es que la transmisión hereditaria opera en el momento mismo de la muerte del *de cuius*.

3.- Si el heredero o legatario se hace incapaz de heredar.

4.- Cuando el heredero o legatario renuncia a su derecho.

5.- El incumplimiento de la condición suspensiva respecto de herederos o legatarios.

Para evitar la caducidad de un testamento, el testador puede hacer substituciones, es decir puede nombrar herederos substitutos.

Nos señala el maestro José Arce y Cervantes que también caducan totalmente los testamentos, por ejemplo, el privado si el testador no fallece de la enfermedad o peligro en que se hallaba o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó, como expresamente lo señala el artículo 1571 del Código Civil; otro testamento que caduca totalmente es el marítimo: si el testador no fallece en el mar o dentro del mes de

⁸⁰ ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Op. Cit. Pág. 409

desembarque donde pudo ratificarlo u otorgar otro nuevo como puede apreciarse de la lectura del artículo 1591.

En mi concepto también caduca totalmente el testamento Militar de conformidad con el artículo 1582 del Código civil, el cual nos remite al artículo que establece al caducidad del testamento privado.

La razón de esta caducidades señala Arce y Cervantes es que “ en tales casos para suplir una urgencia, la ley reduce las solemnidades protectoras de la voluntad a un mínimo de requisitos para favorecer la expresión de la voluntad testamentaria. Si el testador no muestra su diligencia para sujetarse a las reglas generales, no merece protección”⁸¹

La única crítica que yo haría a la caducidad del testamento Marítimo sería que no hay un peligro inminente para la vida del testador, como sería en el caso del Privado o del Militar, y aun cuando el estar en un buque en altamar, siempre representa un peligro, éste no es de ninguna manera un peligro inminente de perder la vida.

Ahora bien, si para este testamento se exigen las formalidades del testamento Público Abierto, podría decirse que el testador tiene tiempo y calma para otorgarlo, no como en el caso del Privado o del Militar, donde no existe ninguno de estos elementos; por lo cual yo justifico la limitación temporal de validez de esos dos testamentos, ya que si el testador sano o bien, el peligro desaparece, podría otorgar un testamento ordinario en el cual, redactara en forma calmada y detalladamente su última voluntad, pero en el testamento Marítimo no veo el caso o la razón de que se establezca por la ley su caducidad.

⁸¹ ARCE Y CERVANTES JOSE.- Op. Cit. Pág. 64 y 65

Nos señala el maestro Antonio de Ibarrola que muchas veces se produce la caducidad por la propia naturaleza de las disposiciones testamentarias, y al efecto cita diversos casos:

a) “No surtirán efecto las disposiciones testamentarias hechas en testamentos mancomunados, por comisario, en memorias secretas, etc., pues están prohibidas estas maneras de testar”.⁸²

Para mí, no es correcta la apreciación que el maestro de Ibarrola hace al respecto, ya que el artículo 1484 del Código Civil expresamente dice:

“Artículo 1484.- Es nula la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos”.

Y si bien es cierto que lo que no será declarado nulo es la institución de heredero, para que no exista duda el artículo 1491 del Código Civil recalca la idea al afirmar:

“El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley.”

Por lo cual yo pienso que el ejemplo citado por el maestro de Ibarrola no sería un ejemplo de caducidad, sino de nulidad.

Continúa citando ejemplos de caducidad el maestro de Ibarrola:

b) “Artículo 1390”: “Toda disposición a favor de persona incierta o sobre cosa que no pueda identificarse será nula, a menos que por algún evento puedan resultar ciertas”. Muchas veces omite el testador cumplir con lo que dice el artículo 1386: “El heredero debe ser instituido designándolo por su nombre y apellido, y si hubiere varios que

⁸² IBARROLA ANTONIO DE.- Op. Cit. Pág. 713

tuvieren el mismo nombre y apellido, deben agregarse otros nombres y circunstancias que distingan al que se quiere nombrar”⁸³.

En este caso si se podrá hablar de caducidad, ya que si la persona es incierta, la institución de heredero o legatario será nula, lo que ocasionará que el testamento sea caduco con respecto solamente al heredero o legatario incierto, siendo válido todo lo demás.

2.- REVOCACION .

La revocación del testamento, se entiende como la capacidad del testador de dejar sin efecto sus disposiciones testamentarias, por la causa que guste. Es decir, la revocación del testamento, se da cuando el Testamento pierde sus efectos por la voluntad del testador, Al efecto, la revocación puede ser de dos tipos, según la distinción que hace Asprón Pelayo⁸⁴:

- Real. Se presenta en el caso que una persona destruya su testamento, por ejemplo, en el caso del testamento público cerrado, o altere la cubierta. Considero acertada la anotación que hace el autor al decir, que esto realmente no sería una revocación, ya que el testamento, en estos casos, no es válido, no por la voluntad del testador, sino por una sanción que la ley establece, es por lo tanto, un hecho jurídico, en tanto que la revocación es en sí un acto jurídico.
- Expresa o tácita. Considero desafortunada la observación del autor, en el sentido de que esta distinción no cabe, ya que siempre deberá la revocación de ser expresa, en el sentido de que siempre deberá de otorgarse un testamento posterior perfecto para que el anterior quede revocado (en contra de la opinión de Arce y Cervantes, como lo veremos más adelante), pero lo que si se debe de distinguir es que si es implícita o explícita. Lo anterior se deriva de la forma que el autor conceptúa la revocación. El autor en su obra, expone que para revocar un testamento, es necesario hacer

⁸³ IBARROLA ANTONIO DE.- Op. Cit. Pág. 713

⁸⁴ ASPRON PELAYO, Juan M.- Op. Cit. Pág. 93

disposición testamentaria nueva y perfecta, concordante con la disposición de Código que estudiaremos más adelante. En virtud de que se tiene que otorgar una nueva disposición testamentaria para revocar la anterior, lo que se podría distinguir, es que en la nueva disposición testamentaria se revoque de manera explícita la disposición anterior, o que no mencione absolutamente nada de su testamento anterior, pero de todas formas queda revocada, lo cual sería una revocación implícita. En el capítulo de conclusiones, tocaremos éste punto.

Señala el código civil en su artículo 1494, que el testamento posterior perfecto, revoca al anterior, salvo que el testador haya manifestado en el testamento posterior que el primero subsista en todo o en parte.

Nos señala el maestro Antonio De Ibarrola que todas las legislaciones vieron siempre en el testamento un acto revocable:

“ La voluntad del testamento es mutable hasta el último soplo de vida (Digesmo IV, 34, 4)”.⁸⁵

De acuerdo con la definición que de testamento hace el artículo 1295 del Código Civil el testamento es un acto esencialmente revocable.

Ahora bien, nos señala el maestro de Ibarrola, que siendo el testamento un acto revocable, no es más que un proyecto durante toda la vida del testador: “Es la expresión de su última voluntad, la que ha sido redactada ciertamente de antemano por el temor de ser sorprendido por la muerte, pero que se reputa emitida en el momento mismo de perder la vida.”⁸⁶

Nuestro Código Civil regula la revocación testamentaria de los artículos 1493 al 1496, y sanciona este carácter en la definición que da el artículo 1295, al señalar: “Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, ...”.

⁸⁵ IBARROLA ANTONIO DE.- Op. Cit. Pág. 707

⁸⁶ Idem

Nos señala el maestro Antonio Cicu que “ la revocabilidad del testamento está unida a su carácter de acto de última voluntad. Acto de última voluntad no quiere decir acto que contenga la voluntad última, expresada o existente en el momento de la muerte. Significa más bien acto de voluntad que ha de ser eficaz después de la muerte y precisamente por ello, acto que debe expresar la última voluntad entre las varias voluntades que el testador haya manifestado sucesivamente” .⁸⁷

Continúa el maestro italiano Antonio Cicu diciendo que “la razón política de la revocabilidad es evidente: como se quiere disponer para después de la muerte y la voluntad no debe tener efecto antes de este momento, no hay razón para impedir que la voluntad ya manifestada pueda ser cambiada” .⁸⁸

La facultad de revocar el testamento es irrenunciable de acuerdo con lo que señala el artículo 1493 del Código Civil, el cual viene a ser complementario del Art. 1492 en el que se contempla que es nula la renuncia al derecho de testar, así como también la cláusula en que alguna persona se obligue a no usar este derecho.

Siendo el testamento un acto de voluntad, es más que lógico que pueda revocarse, ya que la voluntad puede cambiar.

En México para revocar un testamento es necesario otorgar uno nuevo, así el testamento anterior perderá su validez, esto es, se hará ineficaz. Sin embargo hay algunas disposiciones que no obstante la revocación seguirán vigentes, como es el reconocimiento de hijos, ya que de conformidad con el artículo 369 fracción IV del Código Civil el reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio puede hacerse por testamento; y el artículo 367 señala:

“Artículo 367.- El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha

⁸⁷ Cicu Antonio.- Op. Cit. Pág. 19

⁸⁸ Idem

hecho en testamento cuando éste se revoque, no se tienen por revocado el reconocimiento”.

En este caso no es revocable el reconocimiento de hijo nacido fuera del matrimonio; pero con esto no se trata de limitar la voluntad del testador, sino solamente dar protección a un hijo que debe tener todos los derechos de los demás hijos, por el simple hecho de llevar la sangre de su padre; así pues, si el testamento que revocó al anterior en el que se hizo el reconocimiento llegara a caducar, por ejemplo, el hijo tendrá derecho a heredar por la vía legítima; o bien, si en el segundo testamento no se le dejaron bienes y se encuentra en alguno de los supuestos que contempla el artículo 1,368 tendría derecho a recibir alimentos, ya que el testamento sería inoficioso.

De conformidad con el artículo 1494 del Código Civil:

“El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte”.

Así pues, para revocar un testamento se requiere otorgar uno posterior, y si el testador quiere que el testamento subsista en todo o en parte deberá así expresarlo en el posterior, ya que de no hacerlo el anterior será revocado de pleno derecho, si el posterior fuere perfecto.

Nos señala el maestro José Arce y Cervantes que la revocación puede ser de tres maneras:

- 1.- Expresa.
- 2.- Tácita.
- 3.- Real o Material.

1.- Revocación Expresa:

Nos dice el maestro Arce y Cervantes que nuestro Código Civil no dice que deba constar la revocación con las mismas solemnidades de un testamento, sin embargo debe de sobreentenderse que sean necesarias las mismas solemnidades y requerimientos que para hacer un testamento; nos dice el maestro Arce que: “Queda claro que no es forzoso que al revocar, el testador haga un nuevo nombramiento de herederos. Tampoco se exige que la revocación sea con las mismas solemnidades con las que se hizo el testamento: no hay jerarquía de formas y todas son igualmente válidas”.⁸⁹

Es decir que para revocar el testamento, el maestro Arce y Cervantes, opina que es posible hacerlo mediante un instrumento jurídico otorgado con las mismas solemnidades que para el otorgamiento de un testamento, pero que se siga otorgando en forma de algún testamento, lo cual lo analizaré en el capítulo de conclusiones.

Siendo este el caso de que al no señalar nuevos herederos sino solamente decir que revoca expresamente su testamento anterior, pero otorgando un nuevo testamento, deberá sobreentenderse el deseo del testador de morir intestado; siendo esa la voluntad manifiesta del testador, habría que cumplirla, esto lo analizaremos más a fondo en el próximo capítulo.

2.- Revocación Tácita:

Apunta el maestro Arce, que la revocación Tácita “Es aquella que no consta expresamente, sino que se desprende de la voluntad presunta del testador”⁹⁰, nos señala, el maestro Arce y Cervantes que ésta prevista en el artículo 1494, en el que se señala que el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de aquel subsista en todo o en parte.

⁸⁹ Arce y Cervantes José.- Op. Cit. Pág. 63

⁹⁰ Arce y Cervantes José.- Op. Cit. Pág. 63

Esta revocación surte efectos aunque el segundo testamento caduque por la incapacidad o renuncia de herederos nombrados en el nuevo testamento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1495. Sobre esta disposición hay que notar, nos señala el maestro Arce y Cervantes que para que haya revocación tácita, se requiere que el testamento sea perfecto.” Si resultare nulo o caducare, tal testamento no surtiría efectos y por tanto la revocación hecha en el mismo tampoco los tendría y el testamento anterior seguiría válido”.⁹¹

Hay que señalar que la caducidad a la que se refiere el maestro Arce y Cervantes es la caducidad total del testamento, la cual como ya apuntamos se da en los testamentos Privado, Militar y Marítimo.

3.- Real o Material:

La revocación Real o Material puede darse en ciertos casos: Señala el maestro Arce que “Se puede considerar revocación de esta clase si el testador rompe el pliego interior o abre el que forma la cubierta, o borra, raspa o enmienda las firmas que autorizan el testamento Público Cerrado, puesto que, con esto, queda sin efecto”,⁹² de conformidad con lo que establece el artículo 1548 del Código Civil que a la letra dice:

“Artículo 1548.- El testamento Cerrado quedará sin efecto siempre que encuentre roto el pliego interior o abierto el que forma la cubierta, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no sea vicioso”.

El mismo caso de revocación real o material se da en el testamento Ológrafo de conformidad con el artículo 1563 del Código Civil que a la letra dice:

“Artículo 1563., El testamento Ológrafo quedará sin efecto cuando el original o el duplicado en su caso, estuvieren rotos o el sobre que los recubre resultare abierto, o las firmas que los autoricen aparecieren borradas, raspadas o con

⁹¹ Arce y Cervantes José.- Op. Cit. Pág. 64

⁹² Arce y Cervantes José.- Op. Cit. Pág. 64

enmendaduras, aun cuando el contenido del testamento no sea vicioso”.

La distinción anteriormente señalada, se contrapone a lo establecido por el maestro Asprón Pelayo, y explicada anteriormente, toda vez que el maestro Arce y Cervantes, si contempla el caso de que pueda existir una distinción entre revocación expresa y tácita, toda vez que en la expresa, el único fin de la disposición, es revocar el testamento, y la tácita, se revoca por el simple otorgamiento de un nuevo testamento, situación que no acepta Asprón. Desde mi punto de vista, sería muy conveniente la posibilidad de contar con un instrumento de revocación expresa, o sea, un instrumento por el que exclusivamente se revoque el testamento, sin necesidad de otorgar un nuevo testamento, como lo analizaremos en el capítulo de conclusiones.

3.- NULIDAD .

Para analizar la nulidad de los testamentos debemos señalar brevemente el tema de la nulidad en general, así como de la inexistencia de los actos jurídicos, con el objeto de poder apreciar con precisión si un testamento esta afectado de nulidad absoluta o relativa, o bien, si puede decirse que es inexistente.

Nos señala el Dr. Raúl Ortiz Urquidi que nuestros Códigos Civiles de 1870 y de 1884 “solamente se ocuparon de las dos nulidades clásicas, la absoluta y la relativa, pero no de la inexistencia, que en todo caso podemos considerar englobada de hecho, dentro de la nulidad absoluta, toda vez que en la exposición de motivos del primero de dichos Códigos, se definió la obligación nula como la que nunca ha exigido legalmente”.⁹³

Nos habla el Dr. Ortiz Urquidi que “la inexistencia entre nosotros según el artículo 2224. en relación con el 1859 de nuestro Código en Vigor, nos señala que el acto jurídico –negocio- es inexistente cuando falta el consentimiento o el objeto que pueda ser materia de él, es decir, cuando falta uno de los elementos de existencia”.⁹⁴

⁹³ Ortiz Urquidi Raúl.- Op. Cit., Pág. 553.

⁹⁴ Ortiz Urquidi Raúl.- “Derecho Civil”, op. Cit. Pág. 553.

Recordemos que de conformidad con el artículo 1794 de nuestro Código Civil se dan los elementos de existencia del contrato al señalar:

“Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

- I.- Consentimiento;
- II.- Objeto que pueda ser materia del contrato”.

Tomando como base el artículo 1794 que señala los elementos esenciales del contrato relacionándolo con el artículo 1859, veremos que dichos elementos esenciales lo serán también para otros actos jurídicos, ya que el artículo citado a la letra dice:

“Artículo 1859.- Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”.

Sobre las características legales de la inexistencia, apunta el Dr. Raúl Ortíz Urquidí las siguientes:

- 1.- No es susceptible de valer por confirmación, esto es, es inconvaleable.
- 2.- No es susceptible de valer por prescripción, por tanto es imprescriptible.
- 3.- Su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

Continuando con la visión panorámica acerca de la nulidad y de la inexistencia, pasaremos a analizar la nulidad de los actos jurídicos en nuestro derecho.

La regla general es que hay nulidad cuando falta uno o más elementos, pero ya no de existencia sino de validez.

El artículo 1795 de nuestro Código Civil *a contrario sensu*, nos señala los elementos de validez de los contratos, el cual interpretado de acuerdo con el artículo 1859 antes citado serán también los elementos de validez de otros actos jurídicos; así observamos que son elementos de validez incluso, para los testamentos.

- 1.- La Capacidad.
- 2.- La ausencia de vicios en la voluntad.
- 3.- El objeto, motivo o fin lícito.
- 4.- La forma.

Sobre las dos nulidades que existen en nuestro derecho, o sea, la absoluta y la relativa, nos indica el maestro Ortiz Urquidí, que la primera de ellas se da por la falta de licitud en el objeto, en el motivo o fin o en la condición del negocio; y la segunda o sea, la nulidad relativa se da cuando faltan cualquiera de los otros tres elementos de validez, esto es, cuando falta la capacidad, la voluntad libre o no viciada, y la forma, en los casos en que es requerida por la ley.

La diferencia entre ambas nulidades, en cuanto a sus características nos la dan los artículos 2226 y 2227 de nuestro Código Civil, y el primero de los numerales citados da las siguientes características de la nulidad absoluta:

- 1.- Puede hacerla valer cualquier interesado.
- 2.- No es susceptible de confirmación, o sea es inconvaleable.
- 3.- Es imprescriptible.

El segundo de los preceptos citados da las características de la nulidad relativa al disponer que se dará cuando no se reúnan todos los caracteres enumerados con el

artículo anterior, así, interpretando este precepto *a contrario sensu*, son características de la nulidad relativa las siguientes:

- 1.- Sólo puede hacerla valer la persona en cuyo favor la establece la ley.
- 2.- Es convalidable.
- 3.- Es prescriptible.

Considero muy ilustrativo para explicar el punto, lo expresado en la exposición de motivos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, el cual a la letra dice: "...solo la ley puede establecer nulidades, y éstas se dividen en absolutas y relativas, resultando las primeras de los actos ejecutados en contra del tenor de las leyes prohibitivas o de interés público. A la segunda categoría pertenecen todas las demás. Las nulidades absolutas pueden ser declaradas de oficio por el juez, debe alegarlas el Ministerio Público y no son susceptibles de ser confirmadas por la voluntad de las partes o invalidadas por la prescripción. Las nulidades relativas solo pueden alegarlas las personas a cuyo favor han sido establecidas y pueden desaparecer por la confirmación. Las relaciones jurídicas, absolutamente nulas, no producen efectos ni antes ni después de la declaración de nulidad, en tanto que las afectadas de nulidad relativa producen efectos jurídicos mientras que judicialmente no se declara su nulidad..."

Una vez expuesta la nulidad, aun cuando en forma general y sin todos los detalles que el tema merece, pasaremos a analizar las distintas nulidades que se dan en los testamentos, así como si es posible hablar acerca de un testamento inexistente.

Para tal efecto indica el maestro Arce que "hay que distinguir entre nulidad total del acto testamentario, esto es, el que priva al mismo de todo efecto jurídico como si no se hubiere otorgado, y la nulidad o ineficacia de las disposiciones que el mismo contiene, porque en este caso, aun cuando afectara a todas las disposiciones, no lo privaría del efecto de ser revocatorio de los anteriores testamentos. En el primer caso se trata de la

patología o anormalidad del testamento y en el segundo de la caducidad de las disposiciones testamentarias que ya hemos estudiado”.⁹⁵

Dentro del capítulo IX, título Primero del libro tercero de nuestro Código Civil, referente a la nulidad, revocación y caducidad de los testamentos, nuestra ley civil califica como nulos:

1.- La institución de herederos hecha en memorias o comunicados secretos, de acuerdo con el artículo 1484.

“Se entiende por memorias testamentarias los escritos autógrafos del testador o por lo menos firmados por él y que complementan un testamento anterior”.⁹⁶

Esta causa de nulidad que contempla el artículo 1484, se hace extensiva a los codicilos, los cuales eran un pequeño escrito que se adjuntaba al testamento para cambiar una disposición testamentaria. Los codicilos fueron contemplados por el derecho romano, Augusto admitió la eficacia de estos codicilos.

“Ninguna de estas dos formas tiene eficacia en nuestro derecho, ni aun cuando se trate de bienes de poca importancia. Declara nulo el testamento cuando se otorga en contravención a las formas prescritas de conformidad en el artículo 1491 en relación con el citado artículo 1484”.⁹⁷

2.- El testamento hecho bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge, o de sus parientes, de conformidad con el artículo 1485 también será nulo; pero en este caso, una vez que goce de libertad completa, esto es, luego de que cese la violencia, puede revalidar su testamento con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo. De lo contrario será nula la revalidación de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1486 del Código Civil.

⁹⁵ Arce y Cervantes José.- Op. Cit. Pág. 71.

⁹⁶ Arce y Cervantes José.- Op. Cit. Pág. 76

⁹⁷ IDEM

3.- El testamento captado por dolo o fraude, nulidad contemplada en el artículo 1487.

Según el maestro Rojina Villegas en la palabra “captado”⁹⁸, tenemos un elemento suficiente para considerar que la voluntad ha sido falseada, es decir, que ha sido víctima de un error, y que este error es su causa determinante, pues de lo contrario no se le habría captado.

Apunta el maestro Rojina Villegas que “En materia de testamentos la ley, al hablar de la nulidad, menciona solo el dolo y la violencia, y en el capítulo respectivo no se refiere al error. Sin embargo, en un artículo especial habla de la causa errónea que sea la única determinante de la voluntad del testador, la cual origina la nulidad del testamento. Según este precepto, las transmisiones hechas a título universal o particular por una causa errónea quedarán sin efecto jurídico alguno es decir, serán nulas (Artículo 1301)”⁹⁹

Así el artículo 1301 señala:

“Artículo 1301.- 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”.

A esto se le conoce como institución sub-causam.

4.- También será nulo el testamento en el que el testador no exprese clara y cumplidamente su voluntad sino por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen, de conformidad con el artículo 1489 de nuestro Código Civil.

⁹⁸ Rojina Villegas Rafael.- Op. Cit. Pág. 396

⁹⁹ Rojina Villegas Rafael.- Op. Cit. Pág. 395.

Suponemos que la finalidad de esta causa de nulidad se da en base a que el testamento es por definición un acto esencialmente libre, y al momento de hacer preguntas al testador y ser éstas respondidas se está manipulando la voluntad del testador, pudiéndose inducir al error, o bien, coartando su libertad.

5.- Será nulo de igual manera el testamento que se otorgue en contravención a las formas prescritas por la ley como lo señala el artículo 1491, de nuestro Código Civil.

6.- Será nula también la Cláusula en que alguno se obligue a no usar su derecho de testar y aquella en que se obligue a no usarlo sino bajo ciertas condiciones como lo señala el artículo 1492.

7.- Se contempla también en nuestro Código, aun cuando no en el Capítulo relativo a la nulidad, la del testamento que no se hace personalmente por el testador, sino por comisario o representante, ya que el artículo 1295 señala expresamente que el testamento es un “acto personalísimo”.

8.- Nos señala el maestro José Arce y Cervantes que también será nulo el testamento hecho por dos o más personas en el mismo acto, como se desprende de la lectura del artículo 1296.

9.- Otra causa de nulidad es la producida por la falta de capacidad del testador, la cual puede darse:

a) Por falta de edad requerida, esto es, por ser menor de 16 años en todos los casos, y menor de 18 años en el testamento Ológrafo.

b) Por no estar el testador disfrutando de su cabal juicio, ya sea habitual o accidentalmente, salvo los casos de lucidez de conformidad con los artículos 1306 y 1312.

Una vez expuestas las nulidades de los testamentos a que hace mención el capítulo relativo del Código Civil, y de otras causas de nulidad que se desprenden de la definición, pasaremos a explicar, aun cuando en forma breve, si es posible hablar acerca de la inexistencia, de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa en los testamento.

Señala el maestro Rojina Villegas que la tesis que sostiene la nulidad relativa de los testamentos afirma que en algunos casos como el del testamento otorgado por un incapaz, éste estará afectado por una nulidad relativa.

Los fundamentos sobre los cuales basan su afirmación los defensores de esta tesis, son que dentro del Código Civil el artículo 2236 fija un término general de prescripción en los casos en que el acto jurídico sea ejecutado por un incapaz, y nos remite al artículo 638 que señala que la acción para pedir la nulidad prescribe en los términos en que prescriben las acciones reales o personales, según la naturaleza del acto.

Recordando las características de la nulidad relativa observamos que ésta sólo la puede hacer valer la persona a cuyo favor la establece la ley, que es convalidable y que es prescriptible.

Como podemos observar, los defensores de esta tesis, olvidan las dos características restantes de la nulidad relativa, y se conforman con decir que en virtud de que es prescriptible, basta ese dato para clasificar como nulidad relativa.

Yo opino lo contrario que los que sostienen esta tesis, entre ellos el maestro Antonio De Ibarrola y mi razón es que el testamento por su especial naturaleza no puede ser convalidado, ya que es ilógico, en virtud de que nadie puede solicitar la nulidad de un testamento en vida del testador, y éste no necesita pedirla, puesto que tiene en sus manos el camino de la revocación y como afirma Puig (citado por Arce y Cervantes) “ni en principio, podría confirmar un testamento anulable, sino es testamento de nuevo”.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Arce y Cervantes José.- Op. Cit. Pág. 75.

La tesis que sostienen la nulidad absoluta del testamento otorgado por un incapaz, y que la acción de nulidad es imprescriptible, se basa en que los preceptos del Código Civil que establecen un plazo de prescripción son aplicables en materia de contratos y obligaciones, pero no en materia de testamentos.

Argumentan los defensores de esta tesis, según señala Rojina Villegas, que el testamento hecho en estado de incapacidad no llega a convalidarse por el tiempo, cualquiera que sea el lapso que transcurra entre el otorgamiento del testamento y la muerte del testador, ya que en materia de testamentos el término no puede comenzar a correr sino hasta la muerte del testador.

Además argumentan que en materia de testamentos no es posible la ratificación del acto, y esto no servirá para todos los casos de nulidad, por cuanto que la ratificación desde el punto de vista jurídico requiere como elemento esencial la convalidación retroactiva del mismo.

Acerca de la inexistencia de los testamentos, opino de igual manera que el Dr. Ortíz Urquidi con respecto a la inexistencia de los actos jurídicos; sin embargo otros autores opinan que si es posible hablar de un testamento inexistente.

Rojina Villegas apunta que “cuando no se observa substancialmente el molde formal, entonces al omitirse la solemnidad el testamento será inexistente, y así lo da a entender el artículo 2228, al decir, que la falta de forma establecida por la ley origina la nulidad relativa del acto jurídico, sino se trata de actos solemnes”.¹⁰¹

El maestro Antonio De Ibarrola sostienen que será inexistente el testamento en que el testador no cumpla las formalidades que la ley exige para el testamento y que hacen del mismo actualmente un acto solemne.¹⁰²

¹⁰¹ Rojina Villegas.- Op. Cit. Pág. 399

¹⁰² Ibarrola Antonio De.- Op. Cit. Pág. 695

De igual manera opina el notario José Arce y Cervantes calificando como inexistente al testamento al que le falte alguna de las solemnidades.¹⁰³

Por lo tanto podríamos concluir, según mi opinión que solamente podrá hablarse de nulidad absoluta de los testamentos, y no de inexistencia, ni de nulidad relativa de los mismos.

Aclarando que el testamento podrá ser parcialmente nulo, en virtud de que alguna de sus cláusulas sea nula.

¹⁰³ Arce y Cervantes José.- Op. Cit. Pág. 75

CAPITULO IV

DE LA REVOCACION DE LOS TESTAMENTOS

1.- LA REVOCACION DE LOS TESTAMENTOS EN EL DERECHO Y LA DOCTRINA EXTRANJERA

Como analizamos en el capítulo anterior, al hablar acerca de la revocación de los testamentos, como una causa de ineficacia de los mismos, la revocación por regla general se da de tres diferentes maneras, de acuerdo con la teoría expuesta por Arce y Cervantes, en su libro:

- a) Revocación Expresa
- b) Revocación Tácita
- c) Revocación Material

Al entrar ahora en el tema medular de este trabajo, y con el objeto de tener un punto de comparación que nos sirva para reforzar nuestra crítica, así como para apoyar nuestra teoría, analizaremos como opera la revocación en el derecho extranjero, para lo cual empezaremos con el Derecho Romano.

I.- DERECHO ROMANO

Considero útil, el recordar como es que era la revocación en derecho Romano, la cual, según Alvaro D'Ors, solamente se podía dar cuando se otorgaba un nuevo testamento inicialmente válido, según lo expresa en la siguiente cita: "...La confección de un nuevo testamento válido es la única forma de revocar otro anterior...", independientemente si el nuevo produce sus efectos o no. Señala, además, que el testador sin embargo, pueda modificar algunas disposiciones de su testamento, simplemente cancelándola, siempre y cuando, al cancelar dicha disposición, no se afecte la validez del testamento.¹⁰³

¹⁰³ D'ORS, ALVARO. op. cit. Pág 339

II.- ITALIA .

En Italia se da en formas más directas, derivado de la relación con el antiguo Derecho Romano, por razones evidentes, por lo cual he decidido dar este análisis comparativo, con el Derecho Italiano, heredero inmediato, de nuestro origen jurídico.

Nos señala Antonio Cícu, catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Bolonia, en su obra “El Testamento”, que el testamento en Italia, puede ser revocado de tres distintas maneras:

- a) Revocación Expresa
- b) Revocación Tácita
- c) Revocación por voluntad de la ley.

a) Revocación Expresa:

Nos señala el maestro Antonio Cícu que la revocación al igual que el testamento es un negocio unilateral, no recepticio y solemne, pero acerca de este último requisito existe una duda de su naturaleza como acto de última voluntad, ya que el Código civil Italiano, según señala el maestro, distingue entre testamento y revocación, por lo que deduce que no se considera la revocación como testamento.

El artículo 680 del código Italiano, señala:

“Artículo 680.- La revocación expresa se puede hacer solamente mediante un nuevo testamento o con un acto recibido por el notario en presencia de dos testigos, en el que el testador declare personalmente que revoca, en todo o en parte, su anterior disposición”.

Observa Cícu, que “no se puede pensar que el legislador entienda por testamento nuevo uno posterior que modifique al anterior, ya que ésta sería la revocación tácita; tampoco se puede considerar testamento nuevo la revocación pura y simple que también se considera como testamento, por más que a ello pudiera inducir la expresión “mediante un nuevo testamento”, en lugar de “en un nuevo Testamento”, por que no se comprendería la distinción entre testamento y acto notarial. De ahí parece que se puede deducir que la declaración de revocación por sí sola no es un testamento, y que no será válida si, no estando recogida en un testamento, se declara en un escrito autógrafo, fechado y firmado: Una declaración pura y simple de revocación sólo podrá hacerse por acto notarial”¹⁰⁴.

Continúa diciendo que el artículo 587 del Código Italiano resuelve los problemas que esto pudiera ocasionar, ya que después de repetir que el testamento es un acto de disposición de bienes, añade que hay ciertas disposiciones, de carácter no patrimonial que permite la ley que se contengan en un testamento, (este es el acto de la revocación), con tal que las recoja un acto que tenga la forma de testamento.

Señala también que a la luz del artículo 680 del Código Civil Italiano, el acto notarial en que se puede hacer la revocación no es considerado por la ley como un testamento, más no es menos verdad, continúa, que la revocación es uno de los actos de última voluntad que se puede incluir en un testamento pero que también puede ir fuera de él, en cuyo caso es suficiente que tenga tal forma. Por lo que, apunta el maestro Cícu, que la ley conoce un concepto estricto de testamento como acto de disposición de bienes y otro más amplio, como acto de última voluntad.

Concluye al respecto señalado que si el testador incluye la revocación en un testamento público que contenga disposición sobre bienes, se habrán de observar todas las formalidades del testamento público; si, por el contrario, la revocación se hace ante notario, se habrá de observar la formalidad de que concurren dos testigos; (formalidad

¹⁰⁴ CICU ANTONIO .- Op. Cit. Pág. 204.

común de los testamentos italianos) pero no las otras formalidades que se exigen para el testamento público, pero, sí, para los actos notariales ordinarios.

b) Revocación Tácita.

Apunta el maestro Cicu, que la revocación tácita, también llamada en Italia revocación por incompatibilidad de disposiciones, se contempla en el artículo 628 del Código Italiano que a la letra dice:

“Artículo 628.- El testamento posterior que no revoca de manera expresa los precedentes anula en éstos únicamente las disposiciones que sean incompatibles con ellos”.

Continúa el maestro Cicu, quien duda si el efecto que la ley atribuye al testamento posterior se funda en una voluntad de revocación, ya que si el testador redacta un nuevo testamento sin acordarse del anterior, no cabe hablar de que tenga una voluntad de revocación y ni siquiera se deberá admitir el efecto revocatorio.

Acerca de la incompatibilidad de las disposiciones testamentarias, señala que ésta deberá juzgarse de un modo objetivo. Sin embargo, se admite que la incompatibilidad pueda ser puramente intencional y por ello el Código Civil Italiano actual no aceptó la expresión “disposiciones contrarias”, usada por el Código anterior, por cuanto que “incompatibles” es un término más amplio y comprensivo que “contrarias”.

Continúa el maestro Cicu indicando que el artículo 682 comprende los casos de la incompatibilidad objetiva dentro de la cual no se puede hablar de revocación tácita, como en los de incompatibilidad intencional, en los que hay una voluntad tácita de revocar. Sin embargo, la voluntad se ha de deducir de la naturaleza misma de las disposiciones en el sentido de que sean incompatibles, admitiéndose al respecto una investigación de voluntad con auxilio de cualesquiera medios de prueba, a lo que no se podría llegar si las disposiciones no ofrecieran incompatibilidad alguna aparente.

Siendo así un testamento que contenga nuevas disposiciones, pero que en nada contravengan a las otorgadas en el testamento anterior, no lo revocará y las nuevas disposiciones se considerarán complementarias. Señala el maestro Cicu que el artículo 686 atribuye significado de revocación tácita al hecho de la enajenación o transformación de la cosa legada en forma radical, si bien se admite la prueba de que en tal caso el testador no hubiera tenido la voluntad de revocar, y subsistirá entonces el legado como un legado de cosa ajena. La ley presume que si el testador enajena el bien legado es precisamente porque quiere revocarlo.

Nuestro Derecho Mexicano contempla el legado de cosa ajena en los artículos 1432 al 1440. Este tipo de legado es aquél que recae sobre bienes que no son propiedad del testador, sino de un tercero, y será nulo el legado si el testador ignoraba que la cosa legada era ajena según lo dispone el artículo 1434.

c) Revocación por voluntad de la ley

Nos señala el maestro Cicu, tres clases de revocación de testamento por voluntad de la ley, a saber:

- 1.- Revocación por destruir, estropear o alterar el documento.
- 2.- Revocación por retirada del testamento secreto.
- 3.- Revocación por hijos sobrevenidos.

1.- Acerca de la revocación por destruir, estropear, o alterar el documento, nos indica el maestro Antonio Cicu, que el artículo 684 del nuevo Código Italiano apunta:

“Artículo 684.- El testamento destruido, estropeado o alterado en todo o en parte, se considera revocado en todo o en parte, a menos que se pruebe que fue destruido, estropeado o alterado por persona distinta del testador o que éste no tuvo intención de revocarlo”.

Comenta el autor citado acerca de este precepto que sin duda el legislador quiere que, cualquiera que haya realizado el acto, el testamento se considere como privado de efectos mientras nadie pruebe su validez y ello según se dice, con base en una presunción de revocación.

El testamento destruido total o parcialmente debe ser reconstruido para que tenga eficacia. Se entiende, por lo general que a este efecto se admite cualquier medio de prueba a partir de la norma que permite la reconstrucción de los actos del estado civil; señala el maestro Cicu que dicha norma se contemplan el artículo 480 del Código Penal Italiano, que dispone, en el procedimiento por falsedad, que la sentencia que declara éste, ordene la reconstrucción, revocación o reforma del documento.

2.- Sobre la revocación por retirada del testamento secreto, apunta Cicu que interpretando el artículo 685 del Código Civil Italiano que dispone a la letra:

“ Artículo 685.- La retirada del testamento secreto por obra del testador de manos del notario o del encargado del archivo en el que estuviera depositado no supone revocación del testamento en los casos en que el escrito testamentario pueda valer como Ológrafo”.

Por tanto interpretando a *contrario sensu*, cuando el testamento privado no pueda valer como Ológrafo, el hecho de retirarlo supone revocación.

Crítica Cicu este precepto, ya que no se comprende que una voluntad tácita de revocar el testamento como secreto suponga la voluntad de no revocarlo como Ológrafo, situación a todas luces absurda e ilógica.

3.- Revocación por hijos sobrevenidos.

El legislador Italiano considera una revocación de derecho o por voluntad de la ley cuando el testador al otorgar el testamento no tenía o ignoraba que tenía hijos o

descendientes, así, si en el momento de apertura de la sucesión concurren a ella hijos y descendientes el testamento queda revocado de derecho.

Señala el maestro Cicu que “Revocación de derecho quiere decir revocación automática, sin intervención de la voluntad del testador ni de los llamados”.¹⁰⁵

Observa Cicu que la revocación por hijos sobrevenidos es una herencia del antiguo Derecho Romano, en el cual “El testamento que tuviera hijos y quisiera instituir heredero a un extraño, debía desheredar a aquellos expresamente, y en caso de hijos sobrevenidos, el testamento era nulo al haber hijos preteridos, es decir, ni instituidos, ni desheredados”.¹⁰⁶

Esta antigua norma fue copiada por Pothier, y el legislador Italiano la tomo creyendo que podía conservarle se mismo fundamento “sin advertir que al considerar que la revocación se realizaba de derecho, igual que en Derecho Romano, dicho fundamento no podía mantenerse”.¹⁰⁷

Por último critica Cicu esta clase de revocación, ya que él considera más bien un acto de caducidad debido a que él piensa: “¿Cómo se puede hablar de revocación, si se prescinde de la voluntad del testador?”.¹⁰⁸

En México, no se da este tipo de revocación, sino que como señala el artículo 1377, al hijo póstumo, tendrá derecho a recibir íntegra la porción que le hubiere correspondido en caso de sucesión legítima, a menos que el testamento hubiere dispuesto otra cosa, protección que entiendo como derecho mínimo al hijo póstumo, es decir, en el

¹⁰⁵ CICU ANTONIO.- Op. Cit. Pág. 222

¹⁰⁶ IDEM.

¹⁰⁷ CICU ANTONIO.- Op. Cit. Pág. 223

¹⁰⁸ IDEM

testamento no se le podrá empeorar su porción, en opinión de Asprón Pelayo, aunque yo no veo la razón de no poder reducir la porción de un hijo póstumo en el testamento.

III.- FRANCIA .

Si alguna aportación de la antigua Roma fue de particular trascendencia para el haber cultural de la humanidad, puede mencionarse, como la de mayor valía, el Derecho Romano.

Roma creó un orden, una estructura social y un estilo de vida, pero mucho de todo esto descansó en el genio del pueblo que permitió crear un patrimonio jurídico que se prolongó por siglos, y que sirvió, más tarde para fundamentar la vida legal de multitud de pueblos en Europa y en América, ya que las naciones de más acentuada influencia latina, en Europa, al desbordarse hacia el Nuevo Mundo, como es el caso de España, Portugal y Francia, proyectaron efectivamente sus elementos culturales a las tierras descubiertas por Colón, y eso explica por que el Derecho Romano ha sido base esencial de las fisonomías jurídicas en los pueblos iberoamericanos.

Aun cuando México al ser conquistado por España, y aportar ésta su sistema jurídico particular, heredado de Roma, con el transcurso del tiempo y a lo largo de los años de Independencia de nuestro País se copian una serie de sistemas jurídicos Franceses, los cuales también tienen su origen como antes explicábamos en Roma, pero que han sido enriquecidos con el transcurso del tiempo y adicionados con nuevas teorías y doctrinas.

En materia sucesoria Francia se aparta bastante de los lineamientos creados por el Derecho Romano; el caso más notorio es que se tiene limitada la libertad testamentaria, diferencia sensible respecto de nuestro Derecho, que siguiendo las bases Romanas permite la libre testamentificación.

En la obra Lecciones de Derecho Civil de Henri, Leon y Jean Mazeaud, se expone que la revocación y la caducidad son susceptibles de afectar, ya sea todas las disposiciones del testamento, ya sea tan sólo a una o algunas de ellas, mientras siguen

siendo eficaces las demás. Por eso prefieren los autores citados emplear la expresión de “revocación o caducidad de los legados”, en lugar de usar la de “revocación o caducidad de los testamentos”.

Señalan los autores Mazeaud, que en Francia existen tres clases de revocación de los legados, a saber:

1.- Expresa

a) Revocación voluntaria:

2.- Tácita

b) Revocación de pleno derecho

c) Revocación Judicial.

a) Revocación Voluntaria:

Las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, en virtud de que el testamento es revocable hasta la muerte porque es un acto de última voluntad. Y ya que lo único que cuenta es la “última” voluntad se ha tratado de facilitar al testador la posibilidad de revocar sus disposiciones: señalan los hermanos Mazeaud que “junto a la revocación expresa, sometida a reglas de forma bastante parecidas a las de los testamentos, el derecho francés ha admitido una revocación tácita de los legados”.¹⁰⁹

1.- Revocación Voluntaria Expresa:

De acuerdo con el artículo 1035 del Código Civil Francés que señala que:

“Artículo 1035. Los legados no se revocan sino por un testamento posterior o por un acto ante notario que contenga declaración del cambio de voluntad”.

¹⁰⁹ MAZEAUD JEAN, HENRI, Y LEON.- “Lecciones de Derecho Civil Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1965 Parte IV, Tomo II, Pág. 442

De donde se desprende que la revocación es un acto solemne ya que reduce a la nada a otro acto solemne señalan los Mazeaud que una revocación sin forma, singularmente la verbal tendría los mismos inconvenientes que un testamento carente de formalidades y como él, no surtiría efecto.

La revocación expresa, indican los autores citados, puede estar contenida en un testamento regular, y no hay necesidad de fórmula sacramental para tal efecto, además de poder revocar un testamento auténtico por medio de uno posterior que sea Ológrafo, por ejemplo; y no se exige ninguna correspondencia entre las formas del testamento que contenga la revocación y las del testamento revocado.

Señalan los Mazeaud que la revocación podrá ser hecha en un documento notarial que no sea testamento, esto es, no es necesario que contenga legado alguno. “La revocación hecha ante notario es menos formalista que el testamento auténtico puesto que sólo se exigen las solemnidades de la ley del 25 de ventoso del año XI; y no aquellas particulares del testamento, impuestas por lo artículos 971 y siguientes del Código Civil.

La ley del 25 de ventoso del año XI regula las formalidades comunes a todos los documentos notariales.

2.- Revocación Voluntaria Tácita:

Nos señalan los maestros franceses Mazeaud que la revocación tácita es siempre una revocación indirecta, y nos señalan tres casos de revocación tácita.

- a).- La confección de un testamento nuevo
- b).- La enajenación de la cosa legada
- c).- La destrucción voluntaria del testamento por el testador.

a) La confección de un testamento nuevo.

Un testamento posterior sin revocar expresamente las disposiciones de un testamento anterior, que contenga algunas disposiciones nuevas, incompatibles con las disposiciones anteriores, revocará tácitamente las disposiciones anteriores incompatibles con las nuevas disposiciones, puesto que sólo interesa la “última “ voluntad del difunto, de acuerdo con el artículo 1036 del Código Civil Francés.

Señalan los autores Mazeaud, que el principio de la revocación tácita es simple, pero en la práctica tropieza con dificultades, ya que el juez es quien debe determinar si el segundo testamento es inconciliable con el anterior y en que medida, por lo que deberán interpretar la voluntad del difunto de acuerdo con las circunstancias de la causa.

b) La enajenación de la cosa legada.

El artículo 1038 del Código Civil Francés establece este tipo de revocación.

“Artículo 1038. Toda enajenación, incluso por venta con pacto de retro o por permuta, que el testador hiciere de la totalidad o de parte de la cosa legada, implicará la revocación del legado por todo lo que haya sido enajenado, aunque la enajenación sea posteriormente nula y aun cuando el objeto hubiera vuelto a manos del testador”.

Apuntan los hermanos Mazeaud, que si el testador enajena la cosa legada, es por que no tiene la voluntad de favorecer con ella al legatario, y se manifiesta indirectamente así su intención de revocar.

c) La destrucción voluntaria del testamento por el testador ha sido aceptada por la jurisprudencia francesa como una forma de revocar voluntariamente el testamento.

Señalan los Mazeaud, que los redactores del Código Civil no pensaron en semejante situación de que la destrucción constituyese un acto de revocación tácita, sin embargo, la jurisprudencia lo ha reconocido, pero sólo en el caso en que la destrucción del testamento (Ológrafo o Cerrado) sea obra del testador y en forma voluntaria.

B) Revocación de Pleno Derecho:

En caso de divorcio o de separación de cuerpos, el artículo 299 del Código Civil Francés le impone diversas sanciones al cónyuge culpable, y de acuerdo a lo que señalan los juriscónsultos Mazeaud, una de ellas consiste en la pérdida de las liberalidades que le hayan sido consentidas por el cónyuge, y al efecto expresan: “Esta revocación de pleno derecho presenta gran interés práctico en cuanto a las ventajas y donaciones contenidas en las capitulaciones matrimoniales; porque son irrevocables por la voluntad del disponente. Lo presenta mucho menor en cuanto a las donaciones hechas en el curso del matrimonio (donaciones entre esposos) y en cuanto a los legados; en efecto, esas dos clases de liberalidades son revocables por el disponente, que no dejará de utilizar esa facultad. No obstante, sucede que el disponente olvida revocarlas. Existe entonces revocación de pleno derecho”.¹¹⁰

Esta causa de revocación no existe en Italia, ni en México, en donde a mi parecer sería positivo incluirla en nuestra legislación por los motivos que exponen los maestros franceses.

c).- Revocación Judicial

“Hay dos situaciones en las cuales puede ser revocado el legado por los tribunales luego de la muerte del testador, en razón de una culpa cometida por el legatario: en caso de incumplimiento de las cargas y en caso de ingratitud del legatario”.¹¹¹

¹¹⁰ MAZEAUD JEAN, HENRI Y LEON.- Op. Cit. Pág. 450

¹¹¹ MAZEAUD JEAN, HENRI Y LEON.- Op. Cit. Pág. 438

En México esta causa de revocación no se da, al darse una causa de caducidad del testamento ya que el heredero o el legatario se hacen incapaces de adquirir por testamento de conformidad con los artículos 1497 Fracción II y 1316 del Código Civil.

IV.- ESPAÑA :

Nos señala Luis Muñoz que los autores españoles hablan acerca de tres clases de revocación de los testamento:

- 1.- Revocación Expresa
- 2.- Revocación Tácita
- 3.- Revocación Material

1.- Revocación Expresa:

La revocación Expresa está contenida en el artículo 738 del Código Civil español que a la letra dice:

“Artículo 738. El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar”.

Manuel Fairén Martínez ¹¹² observa que la revocación expresa exige siempre la forma notarial en Derecho Español. Sin embargo, es posible, según sostienen la

¹¹² MANUEL FAIREN MARTINES, es el autor de los comentarios y de las concordancias al Derecho Civil Español del maestro Italiano ANTONIO CICU.- Op. Cit.

doctrina que el testamento nuevo no contenga sino la revocación, presumiéndose la voluntad del testador de morir intestado. Señala que en realidad es pura cuestión terminológica la del

artículo 738, pues a su juicio y dado el carácter no patrimonial que puede tener el testamento, un acto que tenga las solemnidades necesarias para testar es siempre un testamento, ya que de la simple lectura del artículo 764 del Código Civil Español se confirma ésta aseveración:

“Artículo 764. “El testamento será valido aunque no contenga institución de heredero o esta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a Las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos”.

2.- Revocación Tácita:

Respecto de la Revocación Tácita dispone el artículo 739 del Código Civil Español que:

“Artículo 739. El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior prefecto si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquel subsista en todo o en parte.

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero”.

La revocación de la revocación, en Derecho Español, exige no sólo el acto que revoque el segundo testamento, sino una expresa declaración de que se quiere dar valor al primero. Así lo da a entender el artículo 739 en su parte final.

Nos señala Manuel Fairén Martínez que sobre la revocación tácita existen dos sistemas: que el testamento posterior derogue al anterior en absoluto (sistema de Derecho Romano) o que lo derogue en la medida en que sea incompatible con él (sistema de Derecho Italiano). En este sentido el Código Español, se ha ajustado al Derecho Romano, no obstante la doctrina trata de que en algunos casos se admita la compatibilidad de dos testamentos concurrentes y no contradictorios.¹¹³

3.- Revocación Material:

La Revocación Material, también llamada Revocación Real, se encuentra plasmada en el artículo 742 del Código Civil Español que a la letra dice:

“Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrados, o borradas, raspadas, o enmendadas las firmas que lo autorizan.

Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador o hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.

Si el testamento se encontrare en poder de otra persona se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquel válido como no se pruebe su autenticidad, si estuvieren rota la cubierta o quebrantados los sellos, y si una y otros se hallaren íntegros, pero con las firmas borradas, raspadas o enmendadas, será válido el testamento como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por mismo testador”.

¹¹³ MANUEL FAIREN MARTINEZ, autor de las notas y traductor de “El testamento” de ANTONIO CICU, Op. Cit. Pág. 210

La revocación en Derecho Español señala Luis Muñoz, puede ser total o parcial: “La primera deja sin efecto todas las disposiciones testamentarias, y la segunda sólo aquellas que hayan sido expresamente revocadas”.¹¹⁴

2.- ANALISIS DEL ARTICULO 1494 DEL CODIGO CIVIL .

Por ser la revocación de los testamentos el tema de éste trabajo y al comprenderse ésta en el artículo 1494, es imprescindible su análisis:

“Artículo 1494.- 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”.

De la lectura de este artículo podemos observar los siguientes requisitos:

a).- La existencia de un testamento anterior. En efecto, para que pueda haber una revocación de testamento se requiere forzosamente que exista un testamento.

b).- El otorgamiento de un testamento posterior perfecto. ¿Pero que debemos de entender por testamento posterior perfecto? Debemos entender a aquel testamento que llene los requisitos que fija el artículo 1295 del Código Civil, en el cual se define al testamento como: “... es un acto personalísimo revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de la muerte”, y que se otorgue siguiendo las formalidades para ello.

Esta definición que da el Código ha sido debidamente analizada en el capítulo I, al estudiar el concepto del testamento, y adicionada por la definición y conceptos del maestro Rojina Villegas. Recordemos que el objeto del testamento según nos señala el propio Rojina Villegas, puede consistir en la institución de herederos y legatarios o en la

¹¹⁴ MUÑOZ LUIS.- “Comentarios en los Código Civiles de España e Hispanoamérica”. Ediciones Jurídicas Herrero, Méx., D.F. 1953- PÁG. 440

declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos, y basta para que exista alguno de estos aspectos del objeto para que haya testamento.

Nos dice el maestro Rojina Villegas que en un testamento regular, normalmente se supone que el mismo debe tener disposición de bienes y, por consiguiente institución de herederos o legatarios, sin embargo como ya señalamos se admite la posibilidad de que el objeto en el testamento pueda ser diverso y que exista a pesar de que no haya institución de herederos o legatarios, como lo señala el artículo 1378 que a la letra dice:

“Artículo 1378.- El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar”.

Por lo que hemos expuesto, podemos concluir que el testamento perfecto debe ser:

1.- Acto personalísimo; se dice que es personalísimo por que no puede desempeñarse por conducto de representantes.

2.- Revocable, ya que es un acto de última voluntad.

3.- Libre, ya que será nulo cuando se restrinja la facultad libre de testar, ya sea que se obligue al testador por contrato o convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones.

4.- Debe ser ejecutado por persona capaz, es decir mayor de 16 años, y de 18 años en el caso de un testamento Ológrafo, que se encuentren en pleno uso de sus facultades mentales.

5.- Tiene por objeto la transmisión de bienes y derechos o la declaración o cumplimiento de deberes y obligaciones para después de la muerte del testador; siendo

válido como anteriormente señalábamos, aun cuando no contenga institución de heredero.

Continuamos con el análisis del artículo 1494 del Código civil observamos que el testamento posterior sólo revocará al anterior, cuando sea perfecto, y cuando el testador no exprese en el segundo su voluntad de que el anterior subsista en todo o en parte.

Señala el maestro Antonio De Ibarrola que aun cuando no se contempla en nuestro Código, existe la revocación expresa, ya que no se explica este autor, que para revocar un testamento sea forzoso otorgar uno posterior, es decir, opina el maestro que bastará un documento donde concurren las formalidades para testar en la forma que sea para revocar un testamento, ya que “ridículo sería obligar al testador a hacer un legado de veinte centavos para revocar su testamento”.¹¹⁵

De igual manera opina el maestro José Arce y Cervantes al decir que: “El acto de revocar implica los mismos requisitos y la misma protección que la voluntad de testar y ya que una simple revocación (sin nombramiento de nuevos herederos) implica el deseo de morir intestado, o sea que sucedan al autor sus herederos legítimos, se exige, entonces, para la revocación los mismos requisitos de solemnidad que para hacer el testamento. Queda claro que no es forzoso que, al revocar, el testamento haga un nuevo nombramiento de herederos. Tampoco se exige que la revocación sea con las mismas solemnidades con las que e hizo el testamento: no hay jerarquía de formas y todas son igualmente válidas”.¹¹⁶

Después de analizar la opinión de los maestros De Ibarrola y Arce y Cervantes, nos atrevemos a criticar y a alabar sus opiniones. Aun cuando los maestros coinciden que no es necesario otorgar un testamento posterior para revocar expresamente uno anterior, no encontramos precepto alguno que diga que un testamento puede ser revocado por un

¹¹⁵ IBARROLA ANTONIO DE.- Op. Cit. Pág. 710

¹¹⁶ ARCE Y CERVANTES JOSE.- Op. Cit. Pág. 63

acto con los mismos requisitos de solemnidad de un testamento. Por el contrario los dos únicos casos de revocación encontrados son la Tácita, contemplada en el artículo 1494 y la material en cuanto a la destrucción o retiro de un testamento público cerrado o de un Ológrafo, casos contemplados en los artículos 1548 y 1563 del Código Civil, y como la opinión de los maestros solamente se podría encuadrar en el primer caso, habría de analizarse la revocación hecha en ese documento que tenga las solemnidades de un testamento para ver si es posible que revoque a un testamento.

Conforme al Código Civil actual, para que el “documento revocatorio” pudiera revocar a un testamento deberá llenar los requisitos que exige el artículo 1494, es decir, deberá llenar los requisitos del testamento posterior perfecto que anteriormente analizamos.

El principal problema se presentaría entonces al llegar al objeto del testamento-“documento revocatorio”-, ya que el mismo no tendrá más objeto que, precisamente eso, revocar un testamento que hasta ese momento se encontrara vigente, y no se encontraría dentro del objeto ni la transmisión de bienes ni derecho, o la declaración o cumplimiento de deberes y obligaciones. Al faltar ese elemento, el objeto, el testamento “documento revocatorio” no tendría el calificativo de “PERFECTO” elemento esencial en la revocación, y por lo tanto no tendría ningún efecto revocatorio.

Con esa crítica no quiero aparecer como esas personas que a todo encuentran la condición, al contrario, yo estoy a favor de la revocación expresa, y al igual que los maestros encuentro ridículo el obligar al testador a hacer un legado de veinte centavos para revocar su testamento, sin embargo quiero apuntar la realidad que aqueja a nuestra legislación en materia de revocación testamentaria, en donde debido a lo estrecho de la regulación se pueden presentar problemas muy serios.

Al hablar anteriormente acerca de la revocación testamentaria en otros países observamos lo notoriamente evolucionado que se encuentra ese campo en Italia y en Francia, y en un menor grado en España. En todos esos países se reglamenta la

revocación expresa, aun cuando en España deba de ser interpretada y no tenga artículo expreso, no presenta los problemas que ocasiona en nuestra legislación el calificativo de “perfecto” al testamento que revoque uno anterior.

Si estos problemas encontramos en nuestra legislación cuando existe la voluntad manifiesta de revocar, existen también problemas y quizás mayores con la revocación tácita que contempla el artículo 1494, ya que pueden darse y casi con seguridad se han dado un sinnúmero de casos injustos, debido a que si nuestra legislación regula varias formas de otorgar testamento, y como explicábamos al analizar cada una de ellas no siempre se cuenta con el asesoramiento de un profesional del Derecho, que aconseje al testador sobre las distintas instituciones jurídicas que contempla nuestro Derecho, así como la mejor forma para que su voluntad tenga efectos para después de su muerte, y por tal motivo al no tener a alguien que le asesore y quizás también por la avaricia o el ánimo de ahorro, prefieren otorgar un testamento ológrafo, o bien, un público cerrado, y tal vez sin querer y con el objeto de hacer una disposición complementaria, estén sin quererlo revocado su testamento anterior.

Cierto es que el artículo 21 de nuestro Código Civil establece aquello de que “La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento...”, por lo cual al ser tajante la norma en que se establece que el testamento posterior perfecto revocará al otorgado con anterioridad, no podrá el testador o bien sus herederos alegar el desconocimiento de esa forma, ni decir que el segundo testamento solamente era complementario del primero.

Comparando nuestra legislación con la Italiana y la Francesa en materia de revocación testamentaria, encontramos la marcada diferencia de que en esos dos países, la revocación tácita se da cuando se otorga un testamento posterior, pero solamente revocará este al anterior en las cláusulas que fueran contradictorias o incompatibles, siendo esto algo que evita muchas injusticias aún cuando puede ocasionar problemas interpretativos. Consideraría yo una sana medida que se incluyera en nuestra legislación este sistema, ya que con el podrían salvarse muchas injusticias.

Pongamos como ejemplo el caso de una persona que no tenga herederos legítimos, y consciente de esta situación otorga un primer testamento, ya que no desea morir intestado; en el mismo instituye como único y universal heredero a su mejor amigo; al poco tiempo de otorgado el testamento, o bien pasados los años, decide legal su automóvil a persona diversa, para lo cual piensa necesario otorgar un nuevo testamento en el que se contenga la institución del legatario, y aun cuando tiene presente en la mente el primer testamento, no hace mención alguna del mismo en el testamento posterior, ya sea por no saber que debía expresar en éste su voluntad de que aquél subsistiera en todo, o bien, por haber otorgado un testamento Ológrafo o Cerrado; así sin darse cuenta y sin quererlo, al otorgar el segundo testamento de conformidad con el artículo 1494 y por presunción de la ley el primer testamento que otorgó ha quedado revocado, y por tanto se abre la sucesión legítima, y como es el caso de que el autor de la herencia no tiene herederos legítimos pasarán los bienes a la beneficencia Pública; situación a todas luces injusta, ya que al voluntad del testador era otra, y nunca fue su intención el morir intestado ni en todo ni en parte.

Aun cuando nuestra la ley se inclina abiertamente al sistema Romano de revocación tácita, en que el testamento posterior revoca completamente al otorgado con anterioridad encontramos una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en que aparentemente nuestra máxima autoridad jurídica se inclina a creer, en contra de lo que dispone el artículo 1494 del Código Civil, que un testamento posterior sólo revoca cuando contiene disposiciones contrarias o incompatibles:

“TESTAMENTO, REVOCACION DE: Es un principio jurídico, generalmente reconocido y que especialmente informa nuestra legislación civil, el que proclama que el testamento es un acto esencialmente revocable hasta el último momento de la vida del testador. La doctrina distingue entre la revocación expresa, tácita y legal; en la primera el testador declara explícita y solemnemente su deseo de privar de eficacia en todo o en parte a sus anteriores disposiciones; la segunda puede consistir en que el autor formule un nuevo testamento en el que no inserte la declaración de revocar el anterior pero cuyas disposiciones sean contrarias e incompatibles; la última es obra del legislador

quien, en determinadas circunstancias, asume el oficio de intérprete de la presumible voluntad del testador de revocar su testamento.”

(Tomo CXXXI Pág. 1373 y 1374 Semanario Judicial de la Federación, Chávez Flores José y Coags).

De acuerdo con el criterio sustentado por la suprema corte en esta ejecutoria, se vislumbra un rayo de esperanza para la solución del problema planteado, ya que si el testamento anterior es revocado por el anterior sólo en cuanto sea contrario o incompatible con el primero, en el ejemplo propuesto no se revocaría el primer testamento, sino que se adicionaría con un legado que en nada es incompatible con el primer testamento, por lo que serían ambos testamentos complementarios el uno al otro.

3.- LA INTERPRETACION DE LOS TESTAMENTOS .

La solución lógica para resolver los problemas que se plantean siempre que las disposiciones testamentarias sean oscuras, inexpresivas, incompletas, ambiguas, o contradictorias, es la interpretación de los testamentos, y es en mi concepto la solución para el caso de que se adoptara el sistema de que en la revocación tácita solamente quedarán revocadas aquellas cláusulas del testamento anterior que fueran incompatibles o totalmente contrarias a las del testamento posterior, esta consideración se hace en virtud de la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia, que deja entrever un criterio de que un testamento posterior llegue a ser complementario del anterior, sin revocarlo más que en las cláusulas contrarias o incompatibles, además del ejemplo que nos dan las legislaciones Italiana y Francesa.

Rojina Villegas señala que “a pesar de que se exige que en todo testamento se manifieste en forma clara y expresa la voluntad del testador, pueden presentarse problemas de interpretación que la ley resuelve fijando normas generales.

Cuando del texto claro del testamento se desprenda en forma también manifiesta la intención del testador, no existe problema de interpretación, es decir, coinciden la letra con la intención en la manifestación de la voluntad. El problema se presenta cuando el texto resulta distinto o contrario a la voluntad del testador que se desprende del contenido total del testamento, es decir, cuando se emplean palabras que inducen a error o a duda y que aparecen contrarias con lo que el testador ha querido significar, según se infiere de todo el documento. En este caso se cita como regla de interpretación la misma que se admite para los contratos en el Código vigente: debe prevalecer la intención sobre el texto del documento”.¹¹⁷

Nos señala el maestro Froylán Bañuelos Sánchez que “Interpretar es, establecer el verdadero sentido de las disposiciones testamentarias según la voluntad del disponente”.¹¹⁸

Santiago C. Fassi, (citado por Bañuelos Sánchez), en su obra Tratado de los Testamentos, habla acerca de la importancia de la interpretación de los testamentos diciendo que “La interpretación es una exigencia intelectual en la comprensión de todo pensamiento. Por eso debe interpretarse la ley, el acto jurídico bilateral y el acto jurídico unilateral, en particular el testamento”.¹¹⁹

Continúa diciendo que es más difícil interpretar los testamentos que la ley o los contratos, ya que la primera esta redactada por órganos legislativos ilustrados, y los contratos siendo actos bilaterales tendrán el interés de las partes de estar asesoradas para no perjudicarse. “En cambio, el testador, sobre todo al redactar su testamento Ológrafo, o el pliego del secreto, ésta sólo, librado a sus propias fuerzas, raramente consulta. No posee el lenguaje técnico ni sabe de la instituciones típicas que le permitan ajustar su voluntad a la ley; comprende su propia terminología y la cree clara, cuando puede ser en

¹¹⁷ ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Op. Cit. Pág. 383

¹¹⁸ BAÑUELOS SANCHEZ FROYLAN.- Op. Cit. Pág. 154

¹¹⁹ IDEM

extremo confusa. Todo se suma para hacer difícil la búsqueda de la voluntad en la maraña de las frases que forman el testamento”.¹²⁰

Nos señala el maestro Antonio de Ibarrola que la hermenéutica es el arte que se ocupa de interpretar los textos para fijar su verdadero sentido, y que se usa en especial para la interpretación de los textos sagrados.

La interpretación tiene como fin primordial, señala el maestro De Ibarrola, determinar el contenido de una voluntad dudosa.

El maestro Arce y Cervantes nos indica que “La interpretación corresponde a los tribunales, a los Notarios cuando ante ellos se tramita la sucesión y, en algunos casos, a los albaceas. El testador mismo, en un testamento posterior, puede fijar la interpretación que debe darse a disposiciones testamentarias suyas anteriores que no estén revocadas”.

121

Nuestro Código Civil contiene como norma para la interpretación de los testamentos el artículo 1302 el cual a la letra dice:

“Artículo 1302.- Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fue otra la voluntad del testador.

En caso de duda sobre la inteligencia o interpretación de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que a este respecto pueda rendirse por los interesados”.

El maestro Rojina Villegas, señala que nuestra legislación, ha elegido entre la interpretación objetiva y la subjetiva; es decir, entre la voluntad declarada y la interna, y

¹²⁰ BAÑUELOS SANCHEZ FROYLAN.- Op. Cit. Pág. 154

¹²¹ ARCE Y CERVANTES JOSE.- Op. Cit. Pág. 65

acepta ésta última; “prefiere interpretar un contrato o un testamento según la intención que se releva o se manifiesta a través de todo el acto y no llevar a cabo una interpretación simplemente objetiva, sujetándose a los términos literales de un testamento o contrato”.¹²²

Señala Froylán Bañuelos Sánchez que el artículo 1302 del Código Civil, es insuficiente e incompleto para fines interpretativos, en cuanto a la aplicabilidad de la teoría objetivista o voluntad declarada del testador, habida cuenta de que, si al testamento se le encuadra como un negocio jurídico, unilateral y no recepticio y si por acto jurídico o negocio jurídico en general, reconocemos que es una manifestación de voluntad que se realiza con el objeto de producir determinadas consecuencias de derecho, es forzoso recurrir al artículo 1859 en el cual se afirma que las disposiciones sobre contratos serán aplicables a otros actos, jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de los mismos. Continúa señalando que “Por tanto, con base en este razonamiento de hermenéutica legal y aun doctrinario, son aplicables también, para la interpretación testamentaria, el contenido de los artículos 1853, 1854 y 1855”.¹²³ ello naturalmente por aplicación analógica no sin antes aplicar a toda disposición testamentaria la interpretación de la teoría subjetivista o voluntad interna.

Y agrega el maestro que “Por tratarse de una declaración de voluntad no recepticia, es decisiva en el testamento la voluntad real del declarante pudiendo el juzgador, sin embargo, atender en su interpretación a circunstancias exteriores al testamento (los llamados medios de prueba extrínsecos), pero siempre que, dado el carácter formal de éste, el sentido averiguado y desenvuelto tenga una expresión, cuando menos incompleta en el documento y pueda así la declaración formal ser configurada, por sí sola, como una declaración del contenido de la voluntad del testador”.¹²⁴

¹²² ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Op. Cit. Págs. 383 y 384

¹²³ BAÑUELOS SANCHEZ FROYLAN.- Op. Cit. Págs. 150 y 151

¹²⁴ BAÑUELOS SANCHEZ FROYLAN.- Op. Cit. Pág. 159

Apunta el maestro De Ibarrola que la Ministro Gloria León Orantes, insistía alguna vez que acerca de la interpretación “Debe imperar en el ánimo del magistrado el más amplio sentido común”.

“To place himself into the shoes of the testador” (Ponerse el mismo dentro de los zapatos del testador), citando la frase de la jurisprudencia inglesa sobre la interpretación.¹²⁵

¹²⁵ IBARROLA ANTONIO DE.- Op. Cit. Pág. 721

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Para exponer las propuestas, esencia de esta tesis, es necesario, exponer los puntos medulares de los temas desarrollados a través de toda la exposición.

- 1.- El testamento es por esencia y por definición de la ley un acto revocable.
- 2.- La revocación, al igual la caducidad y la nulidad producen la ineficacia del testamento.
- 3.- En materia testamentaria no hay nulidad relativa, sino solo nulidad absoluta, bien de todo el testamento o de alguna o algunas de sus cláusulas.
- 4.- En mi concepto no puede hablarse de testamentos inexistentes, sino de testamentos afectados de nulidad absoluta.
- 5.- En mi opinión, en nuestro Derecho, aun cuando algunos autores opinan lo contrario, sólo existen dos tipos de revocación:
 - a) Tácita.
 - b) Real o Material.
- 6.- La revocación de un testamento, puede configurarse en el momento en que se otorgue un testamento posterior perfecto, cualquier tipo de testamento que se trate, siempre que el nuevo testamento llene los requisitos de perfección que marca el Código Civil.

Cabe hacer mención especial, que hay un supuesto en el cual, aunque el testamento sea revocado, hay actos contenidos en el mismo, que continúan siendo válidos, tal es el caso del artículo 367 del Código Civil, en el cual, si un reconocimiento de un hijo, se hace a través de un Testamento, y éste se revoca, por cualquier causa, no se tiene por revocado el reconocimiento, ello demuestra, que es posible revocar parcialmente un testamento, en nuestro derecho, aunque sea en este único caso.

7.- Tomando como ejemplo la legislación y la doctrina extranjera, sería recomendable en beneficio del Derecho Mexicano, y con el fin de lograr una mayor justicia, y una seguridad jurídica, reformar el Código Civil vigente, incluyendo en el mismo una serie de artículos que trataran en una forma clara y amplia el tema de la revocación de los testamentos, para lo cual propondría:

- a) Tratar la revocación expresa, en la cual fuera posible revocar el testamento anterior por medio de un acto jurídico, que llenase las formalidades esenciales del testamento, aun cuando no contuviese disposición testamentaria o liberalidad alguna. sino solo la revocación simple y llana, entendiéndose el deseo del testador de morir intestado, o de que su sucesión se tramite por la vía legítima.

Lo anterior, en nuestro Código, no se contempla plenamente, sin embargo, hay una disposición en la que se podría llegar a interpretar que esto es posible, se trata del artículo 1496, en el cual se dice a la letra: "El testamento anterior recobrará, no obstante, su fuerza, si el testador, revocando el posterior, declara ser su voluntad que el primero subsista." Después de una lectura de este artículo, se puede llegar a pensar que una persona que revoca su testamento otorgando un segundo testamento, y posteriormente quiere que su sucesión se tramite en los términos del primer testamento, otorgare una declaración, la cual tendría que hacerse siguiendo las mismas formalidades que para otorgar Testamento, en la cual su única voluntad es esa. revocar el segundo, y declarar válido el primero, sin ser esa declaración un testamento en sí mismo, sino tan solo la revocación del segundo testamento, y la declaración de que su sucesión se tramite conforme al primero.

Tomando en cuenta lo anterior, y viendo que el legislador si tomo en cuenta la posibilidad de otorgar un acto jurídico cuya única finalidad sea la de revocar un testamento, como el caso ya expuesto del artículo 1496, sería recomendable reformar el Código para que fuera posible la revocación de un testamento sin tener por necesidad que otorgar uno nuevo, en todos los casos, no solo en el ya comentado anteriormente.

- b) Sobre la revocación tácita, apartarse del sistema romano y adoptar el sistema que propone que el testamento posterior sólo revoque al anterior en lo que fuere contrario o incompatible. Esto, nos salvaría, entre otras cosas, de la aberración jurídica que se pudiere llegar a presentar en el caso de que una persona que ya otorgó un testamento, adquiere un inmueble, y conforme al artículo 1549 bis del Código Civil vigente, otorga un Testamento Público Simplificado, en el cual, debido a su naturaleza, solo puede disponer del bien que en ese acto adquiere, por lo que toda su sucesión, exceptuando la vivienda que en ese momento adquiere, al momento de su fallecimiento, se tendría que tramitar por la vía legítima, supuesto que creo es notoriamente inconveniente, y muy lejos de la voluntad del legislador, por lo que creo que dicha regulación sería de suma importancia.

8.- La solución a los problemas que se susciten en virtud de la revocación de los testamentos, debe darse en base a la interpretación de los mismos, mientras no se legisle ampliamente en materia de revocación testamentaria.

BIBLIOGRAFIA

- ARCE Y CERVANTES JOSE.- “SUCESIONES”, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, D.F..
- ASPRON PELAYO, JUAN MANUEL, “SUCESIONES”, Editorial Mc Graw-Hill. Primera Edición, México, 1996
- BOLAFFIO, ROCCO, VIVANTE.- “Derecho Comercial” Tomo XVI,
- BAÑUELOS SANCHEZ FROYLAN.- “De la Interpretación de los Contratos y de los Testamentos”, Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México, .D.F 1979.
- BONNECASE, JULIEN.- “Tratado Elemental de Derecho Civil”, Editorial Harla, Volumen 2, México D.F., 1997, Pág. 501.
- CABANELLAS GUILLERMO.- “Diccionario de Derecho Usual”, Bibliografía Omeba, Sexta Edición, Buenos Aires.
- CICU ANTONIO.- “El Testamento”, Editorial Revista de Derecho Privado, traducción y notas al español por MANUEL FAIREN MARTINEZ, Madrid 1959.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Editorial Porrúa Sextagésima Séptima Edición, México, D.F. 1998.
- D’ORS, ALVARO. “DERECHO PRIVADO ROMANO” EUNSA, Octava Edición, Pamplona, España, 1991.

- IBARROLA ANTONIO DE.- “Cosas y Sucesiones”, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México, .D.F., 1991.
- IGLESIAS, JUAN. “DERECHO ROMANO. HISTORIA E INSTITUCIONES”. EDITORIAL ARIEL, UNDECIMA EDICION, BARCELONA, 1993.
- DEL PINO ESPEJEL ENRIQUE.- “El Testamento público abierto Trascendencia Jurídica del Mismo”, Tesis Profesional, UNAM Facultad de Derecho, México, .D.F., 1969.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.- Editorial Bibliográfica Omeba, Argentina, 1968.
- GARCIA MAYNEZ EDUARDO.- “Introducción al Estudio del Derecho”, Editorial Porrúa, Cuadragésima Quinta edición, México, D.F. 1993.
- HEINECCIO J. GOTTL.- “Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta”, Editorial Librería de Garnier Hermanos Tercera Edición, París 1888.
- MANFREDI MARCOS.- “Compendio de Derecho Romano”, Talleres de la Ciencia Jurídica, México, D.F. 1901.
- MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS.- “El Derecho Privado Romano”, Editorial Esfinge, S.A., Séptima Edición, México D.F. 1977.
- MAZEAUD JEAN, HENRI Y LEON.- “Lecciones de Derecho Civil”, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina, Parte IV, Tomo II, 1965.
- MUÑOZ LUIS.- “Comentarios a los Códigos Civiles de España e Hispanoamérica” Ediciones Jurídicas Herrero, México D.F. 1953.

- ORTIZ URQUIDI RAUL.- “Derecho Civil Parte General”, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, D.F. 1986.
- RADBRUCH, LE FUR, DE LOS, CARLYLE.- “Los fines del Derecho”, Dirección General de Publicaciones, UNAM, Primera reimpresión en español, México, D.F. 1975.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- “Compendio de Derecho Civil”, Tomo II, Editorial Porrúa, Vigésimo Quinta Edición, México, D.F. 1994.
- TENA RAMIREZ FELIPE.- “Leyes Fundamentales de México 1808-1992”, Editorial Porrúa, Décimo Séptima Edición México, D.F. 1992.