

747  
24



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“LA CAUSA EN EL TESTAMENTO”

T E S I S

Que para obtener el título de  
LICENCIADO EN DERECHO

presenta

MIGUEL ANGEL RUBIO ALVIRDE

México, D. F.



1990



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

LA CAUSA EN EL TESTAMENTO

A manera de prólogo.

CAPITULO I CARACTERISTICAS Y ELEMENTOS DEL TESTAMENTO.

1.-	DEFINICION . . . . .	7
2.-	CARACTERISTICAS . . . . .	9
3.-	ELEMENTOS ESENCIALES . . . . .	11
4.-	ELEMENTOS DE VALIDEZ . . . . .	17

CAPITULO II DERECHO COMPARADO

1.-	GRECIA . . . . .	32
2.-	ROMA . . . . .	35
3.-	FRANCIA . . . . .	42
4.-	ALEMANIA . . . . .	48
5.-	ESPAÑA . . . . .	53

CAPITULO III FORMAS DEL TESTAMENTO.

1.-	TESTAMENTOS ORDINARIOS . . . . .	58
2.-	TESTAMENTOS ESPECIALES . . . . .	64
3.-	FORMAS PROHIBIDAS . . . . .	70

CAPITULO IV LA CAUSA EN EL TESTAMENTO.

1.-	DOCTRINA CAUSALISTA . . . . .	75
2.-	CODIGO CIVIL DE 1884 . . . . .	95
3.-	CODIGO CIVIL VIGENTE . . . . .	100

### A MANERA DE PROLOGO.

El presente trabajo se encamina a acentuar los conocimientos relativos al testamento, a mi juicio, no es un tema nuevo, pero en realidad poco se ha discutido acerca de la causa - en el testamento, no obstante que la misma vive un momento de constante actualidad, me propongo a desarrollar en forma elemental clara y sencilla, lo que representa la causa en el testamento, conociendo al testamento através de las diferentes concepciones que nos ofrecen los grandes tratadistas del Derecho, las cuales servirán como base, ya que ello implica una fuente para la comprensión del tema.

En el Capitulo I, haré referencia a las características y elementos del testamento, cabe hacer mención que el testamento no es otra cosa que la sucesión en todos los bienes de -- una persona que fallece y en todos sus derechos y obligaciones que -- no se extinguen con la muerte; al establecerse que hay una sucesión en todos los bienes de la persona que fallece, se entiende que se -- transmiten los bienes, derechos y obligaciones del difunto o autor -- de la sucesión a los herederos.

Así mismo, la masa hereditaria, como patrimonio común de los herederos, se integra con los ( bienes muebles e inmuebles ), derechos, créditos y acciones que corresponden al autor de la sucesión en el momento de su fallecimiento, salvo el caso de -

derechos o créditos personales que por su naturaleza o por contrato o convenio se extingan con la muerte.

Por otro lado, se hace hincapié en que la sucesión se defiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley; a la primera se le llama testamentaria que es el tema - - que nos ocupa y a la segunda se le denomina legítima. En ambos casos existe como hemos comentado una transmisibilidad de derechos y obligaciones.

La sucesión testamentaria tiene su origen en la voluntad del testador para ser cumplida, después de su muerte, voluntad que debe ser inscrita o consignada en un documento llamado testamento; la cual no debe ser intervenida o manipulada por un tercero, en virtud de que la voluntad tiene una característica primordial para el otorgamiento del testamento.

En el testamento, se instituyen herederos y se designan legatarios, los primeros son las personas que quedarán en propiedad de los bienes que se mencionen en el testamento, transmitiéndoseles en su caso tanto activos como pasivos; los segundos, serán las personas que, sin ser parientes del autor de la sucesión, son señaladas para adquirir ciertos bienes, mismos que constituyen el legado.

Y en virtud de que el testamento es un - - acto jurídico, como tal debe cubrir ciertas características y contener elementos que sean suficientes para que produzca efectos jurídicos.

En el Capítulo II, se hace un breve estudio de Derecho Comparado se estudiara al testamento desde sus orígenes como lo es desde la época del Derecho Griego, prosiguiendo con la cuna de nuestro Derecho, continuando con el Derecho Francés, Alemán y Español Ciudades de gran importancia que contemplan al Derecho Testamentario con ideas propias; siendo inobjetable que el Derecho Europeo ha tenido gran influencia en nuestra legislación.

En el Capítulo III, se hace referencia a las formas del testamento en el se observan los requisitos que deben cubrirse, para que el efecto jurídico que produzca sea aceptado como válido, así en los Testamentos Ordinarios, aludiremos a los Testamentos Especiales se hará mención del Testamento Privado, Militar, Marítimo y el que se lleva a cabo en país extranjero en los que el contenido del testamento debe estar presidido por una persona, funcionario que tenga investidura o atributo especial para que se lleve a cabo, hará mención por lo que respecta a las formas prohibidas del testamento es necesario mencionarias ya que si se estuviera en presencia de algún testamento de este tipo, carecería de validez.

En el Capítulo IV, se hace el estudio de la teoría causalista en donde con razón, el Maestro RAUL ORTIZ URQUIDI, pone de manifiesto en su obra de Derecho Civil, que se ha discutido mucho y se sigue discutiendo sobre si la causa es también elemento esencial o elemento de validez o elemento esencial y elemento de validez al mismo tiempo del negocio jurídico o si por el contra-

rio carece de valor respecto a la existencia y a la validez de éste-  
me referiré a las teorías que se han opuesto a la teoría clásica de-  
la causa como lo es a la teoría anticausalista y teoría neocausalis-  
ta, así como su repercusión en nuestros Códigos Civiles de 1884 y vi  
gente.

## CAPITULO I

## CARACTERISTICAS Y ELEMENTOS DEL TESTAMENTO

1.-Definición; 2.-Características; 3.-Elementos Esenciales; 4.-Elementos de Validez

Quando queremos conocer algo adecuadamente el medio principal para hacerlo es la definición y sirve para complementarla el estudio de los elementos y caracteres que de ese algo -- pueden derivarse, así como sus relaciones con aquellos otros que se le asemenjen; antes de hablar acerca de la definición del Testamento, haré referencia a la sucesión de la cual, encontramos sus antecedentes desde el antiguo Derecho Romano, en donde no sólo se abarcaba el patrimonio del de cujus como elemento objetivo, sino que también comprendía las simpatías e ideales del autor de la sucesión en donde el heredero romano era considerado como un verdadero continuador de la personalidad del autor de la sucesión. "En su acepción genérica el termino sucesión, deriva del latín "successio", que significa acción de suceder y suceder, a su vez significa "seguir una persona a otra"; "Hereditas successio in ius difunti", la terminología clásica la definió como "successio in universumius o successio per universitatem" los compiladores la definieron de la siguiente manera " a la muerte de una persona, otra heres, asumia la totalidad de las relaciones jurídicas del difunto, con excepción de algunas consideradas como intransmisibles." (1)

(1).- LEMUS GARCIA RAUL.- Derecho Romano (Personas, Bienes y Sucesiones) Edit. Lima s.a. 1964 Hcx.D.F., LIBRO 3fo. Pag. 281.

La palabra sucesión tiene en el tecnicismo actual un sentido amplio equivalente a traspaso de derechos.

De tal concepto general, arrancó la distinción entre sucesión universal o a título universal y sucesión a título particular, según que se tratara de la adquisición del conjunto o totalidad de derechos correspondientes a una persona, la sucesión, implicaba para los romanos la transmisión de bienes derechos y obligaciones a la muerte de una persona a otra, así mismo, se diferenciaban tres clases de sucesiones; "la legítima", "la testamentaria" y "la oficiosa", la testamentaria, imperaba sobre la legítima; en la sucesión oficiosa, se podían corregir o modificar algunas disposiciones del testamento.

Siendo en este caso la sucesión testamentaria el motivo, del presente trabajo.

Por medio del testamento, se ponen de manifiesto declaraciones o cumplimiento de deberes que no pudo realizar en vida el otorgante, (verbigracia) el reconocimiento de uno o más hijos procreados fuera del matrimonio; consecuentemente de su transmisión, pueden derivarse cargas (deudas) ya que se considera que las personas que son llamadas a suceder a través del testamento, deberán continuar con la administración del patrimonio de quien así lo disponga.

1.- DEFINICION.- Los grandes tratadistas en la materia, se han avocado al estudio de la sucesión desde sus origenes y por medio de sus obras sabemos que desde el antiguo Derecho - Romano se definía el testamento, lo cual siguen haciendo nuestros con temporáneos.

MODESTINO.- Define al testamento de la siguiente manera. "Testamentum est voluntas nostrae iuxta sententia de oeo quod post mortem, suam fieri velit" (Dig. Lib. - XXVIII Tit. 1o. ley 1o.) Una justa disposición desición, de nuestra voluntad de - aquello que alguien desea que sea hecho pa ra después de su muerte."(2)

En nuestra legislación, el Código Civil de 1884, definía al testamento de una manera muy general y al efecto establecía en su Artículo 3237:

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

R. ROJINA VILLEGAS.- Define al testamento como "Un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre por el cual una persona capaz, transmite sus bienes de rechos y obligaciones que no se extin--

(2).- Citado por IBARROLA, ANTONIO DE.- "Cosas y Sucesiones" Editorial Porrúa año 1972 Pag. 549.

quen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para - después de la misma."(3)

El Código Civil vigente para el Distrito-Federal, es ya más objetivo y ofrece una definición más completa en su Artículo 1295 al poner de manifiesto.

"Testamento 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 su muerte."

En el concepto, las definiciones anteriores consideran al testamento, como un acto de disposición de bienes- que se perfecciona después de la muerte del testador.

Por lo que de una manera general, puedo - deducir que el testamento es un testimonio que lleva inserta la última voluntad de la persona que lo realiza y para que se cumpla es necesario que fallezca, además de lo ya manifestado, es necesario que- exista un patrimonio transmisible, algún derecho que ejercer o una - obligación por realizar.

(3).- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- "Compendio de Derecho Civil Bienes,- Derechos Reales y Sucesiones" Editorial Porrúa, año 1977, Pag. 379.

2.- CARACTERISTICAS.- De las anteriores - definiciones, se desprende que el testamento tiene las siguientes ca racterísticas.

a) Es un acto jurídico unilateral; por -- que basta la sola manifestación de voluntad de una persona para que produzca efectos jurídicos, a diferencia de otros actos jurídicos bi laterales regulados por la ley, no contiene acuerdo de voluntades. - Esta unilateralidad, se encuentra regulada en el Artículo 1295 del - Código Civil en vigor para el Distrito Federal.

b) Es personalísimo; por que el testador- no puede emitir su voluntad por medio de intermediario o representan te legal alguno, con ello, no se descarta la posibilidad de que el - testador pueda consultar con un tercero la forma de elaborar su tes- tamento, debe entenderse tanto en su redacción como en su contenido, el carácter de personalísimo, ya que un tercero no puede recibir el- encargo de instituir herederos ni fijar las porciones, en que deban- heredar; como lo disponen los Artículos 1295 y 1297 del Código Civil vigente.

c) Es solemne; ya que ha de sujetarse a - las formas previstas por la ley deberá hacerse por escrito, y no de- palabra como solía hacerse en el antiguo Derecho Romano en donde - existía el testamento nuncupativo que era de viva voz, lo cual ya no es válido en las legislaciones modernas, por la incertidumbre y lo - poco preciso de las memorias de los testigos.

d) Es revocable; el testador puede variar

u otorgar un nuevo testamento dejando sin efecto el anterior, se puede dar en cualquier momento de la vida del otorgante ya que quien ha redactado su testamento aun no se ha comprometido a nada, en virtud de que solo surtirá efectos a la muerte del causante.

e) Es libre; el testamento como todos los actos, debe de carecer de dolo, violencia y debe realizarse sin ninguna presión que pueda desviar la decisión del testador.

3.- ELEMENTOS ESENCIALES.- El testamento es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, asimismo se encuentra regulada por la norma jurídica, como tal deberá contener elementos esenciales y de validez, para que surta sus efectos jurídicos y dentro de los elementos esenciales, encontramos:

a) La Manifestación de Voluntad.

b) El Objeto.

a) "Manifestación de Voluntad; si no hay manifestación de voluntad no hay testamento, esto puede entenderse en dos sentidos: falta absoluta de disposición testamentaria por cuanto hace que una persona manifieste haber hecho un testamento, y no se contenga en él ninguna disposición de los que la ley reconoce para este acto jurídico, de tal manera que sólo tenga de testamento el nombre o bien, puede no existir la manifestación de voluntad desde el punto de vista jurídico, por tratarse de un enajenado mental<sup>(4)</sup>, o de un menor de edad hombre o mujer; cabe hacer mención que el Artículo 1307 del Código Civil, prevé el intervalo de lucidez del demente para darle validez al testamento si reúne los requisitos que la misma ley establece.

El Artículo 1489 del Código Civil vigente presupone este elemento esencial, pero además exige que la voluntad se exprese de manera clara por el testador, es decir no puede aceptarse ninguna manifestación hecha mediante señas o monosílabos, o -

(4).- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- Ob. cit. Pag. 383.

respuestas a preguntas que se hagan al testador cuando se encuentre imposibilitado para que claramente exprese su voluntad, a diferencia de otros actos jurídicos donde puede existir una manifestación de voluntad expresa ó tácita.

La expresión de voluntad testamentaria no deberá estar coaccionada por un tercero, y para que sea eficaz, no basta únicamente que la voluntad quede inscrita en un documento, sino que se realice con la forma exigida por el derecho.

Nuestra legislación fija reglas para poder entender el alcance que puede darse a la manifestación expresa del autor de la sucesión y al efecto, el Artículo 1302 del Código Civil en vigor, a la letra infiere:

"Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fué otra la voluntad del testador."

En caso de duda sobre la inteligencia o interpretación de una disposición testamentaria, se observa 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.

Lo cual quiere decir que cuando las palabras que se han empleado induzcan al error y denoten contrariedad, con lo que el autor ha querido significar, según se contempla en el

párrafo segundo, el legislador deberá interpretar el texto del propio testamento; por consiguiente la manifestación de voluntad deberá tener la intención de producir consecuencias de derecho; que la norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad y que tenga un objeto o sea el producir consecuencias de derecho.

b) El Objeto.- Considerado como el segundo elemento esencial indispensable para la existencia del acto jurídico consiste en la cosa que el obligado debe dar, o el hecho que deba hacer o no hacer.

Deberá existir en la naturaleza, ser determinado o determinable y estar en el comercio, tratándose del hecho de que el obligado deba hacer, debe ser siempre lícito y posible; se habla de ilicitud cuando es contrario a las leyes del orden público o de las buenas costumbres, en cuanto a las cosas que el obligado deba dar, si son futuras, pueden desprenderse de un mutuo acuerdo, lo que se considera imposible dentro del testamento en virtud de que éste surte sus efectos después de la muerte de su autor.- "Como en los testamentos el objeto consiste en la transmisión de los bienes que integran el patrimonio de la sucesión es necesario que estos existan o puedan 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 imposibilidad física para el objeto en el acto jurídico, en los contratos o en los testamentos."<sup>(5)</sup>

El Artículo 2224 del Código Civil vigente

(5).- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- Ob. cit. Pág. 385.

predispone que cuando el objeto es imposible el acto será inexistente.

"Por lo que se refiere al objeto, también como elemento de esencia, la doctrina actual distingue entre objeto-directo y objeto indirecto, el primero tendrá como finalidad, crear-modificar, transmitir o extinguir obligaciones, hipótesis que si encontramos en el testamento; y el segundo, el objeto de la obligación que ha nacido del acto jurídico que puede consistir en dar, hacer o no hacer así como en la prestación o abstención de la obligación que se trata de crear, modificar, transmitir o extinguir, también encontramos este objeto en el testamento."<sup>(6)</sup>

De acuerdo a lo establecido por los Artículos 1284 y 1285, del Código Civil, podemos decir que tanto el heredero como el legatario son sujetos del derecho hereditario, siendo ellos los que intervienen en la sucesión testamentaria, el primero de los mencionados a título universal y el segundo a título particular, es indispensable que el autor de la sucesión haga su transmisión sólo a título particular o sólo a título universal ya que puede disponer de su patrimonio, para que éste quede repartido una parte a favor del heredero y otra parte a favor del legatario, se hace la aclaración de que tanto el heredero como el legatario lo pueden ser uno o más de uno y para el caso de que la transmisión hereditaria se encuentre gravada con una carga es decir que surjan acreedores del autor de la sucesión los herederos responderán del pasivo hereditario, pero a bene-

(6).- AGUILAR CARVAJAL, LEOPOLDO.- "Segundo Curso de Derecho Civil" - (Bienes Derechos Reales y Sucesiones), Edit. Porrúa Tercera - Edición Págs. 303 y 304.

rio, pero a beneficio de inventario, es decir hasta donde alcancen - los bienes del haber hereditario, pero nunca con su propio patrimonio; en cambio los legatarios tienen la obligación de pagar el pasivo, es por ello que se dice que responde en forma subsidiaria.

Dentro de la sucesión testamentaria uno - de los supuestos que debe concurrir, lo es la existencia del propio testamento legalmente válido, al efecto el Artículo 1378 del Código Civil vigente pone de manifiesto:

"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."

De manera tal, "que no puede existir institución de heredero o el nombrado ser incapaz, o bien pueda renunciar la herencia .... En estos casos existe, no obstante, testamento." (7)

El Catedrático Raúl Lemus García en su obra de Derecho Romano, advierte la posibilidad del objeto de la herencia diciendo que éste, está constituido por el conjunto de bienes de derecho y obligaciones que integran el patrimonio del "de cujus" susceptibles de transmisión. Esto significa que existen algunos bienes derechos u obligaciones personalísimos del autor de la sucesión que por tal motivo no son materia de la herencia.

En efecto se excluyen los derechos acerca

(7).- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- Ob. cit. Pag. 384.

de las personas tales como la patria potestad, la tutela, curatela, la manus, etc.; determinados derechos relativos a los bienes, entre otros el usufructo, el uso, las pensiones vitalicias, la habitatio, asimismo determinadas obligaciones personales como pintar un cuadro, realizar una escultura, escribir un libro, desempeñar una función pública y, por último la responsabilidad penal proveniente de la comisión de hechos delictuosos."(8)

(8).- LEMUS GARCIA RAUL.- Ob. cit. Pag. 261.

4.- ELEMENTOS DE VALIDEZ.- Para que la -- propia existencia del testamento sea válida, deberá reunir ciertos - requisitos exigidos por la ley, los cuales se encuentran regulados - en el Artículo 1795 del Código Civil vigente, el cual al referirse - a la invalidez del contrato, se interpreta de la siguiente forma:

I.- Existencia de capacidad legal.

II.- La voluntad, deberá carecer de vicios; como lo son el error, dolo, mala fe, - violencia y lesiones.

III.- Deberá existir licitud en el objeto, - motivo o fin.

IV.- Y la forma establecida por la ley.

I.- Existencia de la capacidad legal; de la definición que acerca del testamento nos ofrece el Artículo 1295- del Código Civil vigente, se desprende claramente que la ley exige - la capacidad del otorgante testamentario; por otro lado el Artículo- 1306 del propio ordenamiento legal, establece las prohibiciones para testar al poner de manifiesto:

Primero los menores que no han cumplido -- dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres; y en segundo término los que habitualmente o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio.

Todas las personas hombres o mujeres - - -

habiendo cumplido los dieciseis años pueden otorgar testamento con -  
 única excepción del Testamento Ológrafo ya que en este caso el autor  
 de la sucesión debe ser mayor de edad, es decir que haya cumplido -  
 los dieciocho años.

El Catedrático Raúl Lemus García, en su -  
 obra de Derecho Romano, deduce dos formas de la capacidad testamen  
 ta: La testamenti factio activa o capacidad para formular un testam  
 ento y la testamenti factio passiva, o capacidad para ser instituid  
 do heredero legatario, y al respecto infiere:

A.- "TESTAMENTI FACTIO ACTIVA.- Por re--  
 gla general todos los ciudadanos romanos y aquellas otras personas -  
 en posesión del ius commercii, titulares de un patrimonio, tenían ca-  
 pacidad para formular un testamento."<sup>(9)</sup>

A contrario sensu, no la tenían los esclavos los que no tenían el ius commercii, los alieni iuris, entre -  
 otros los peregrinos y los latinos, así como aquellas personas que -  
 no tenían la capacidad de ejercicio como los impúberes, los locos -  
 salvo los que tenían intervalos de lucidez los prodigos y hasta la -  
 época del emperador Adriano, las mujeres, los sordos mudos y ciegos-  
 otorgaban su testamento de manera especial en el Derecho Justiniano.

"B.- Testamenti factio passiva.- Como -  
 principio general podemos afirmar que todas las personas en pleno -  
 uso de su capacidad de goce y de ejercicio tenían la testamenti fac-

(9).- LEMUS GARCIA, RAUL.- Ob. cit. Pag. 274.

tio passiva. ( Y continúa diciendo ).

El instituido heredero debía ser incapaz en dos momentos: 1.- En el momento de la confección del testamento y 2.- En el momento de la muerte del testador. No era necesario que tuviera capacidad durante el tiempo intermedio entre esos dos momentos, atendiendo al principio sancionado por el Derecho Romano; *media Tempora non nocent.*"<sup>(10)</sup>

Se observa que desde la existencia del Derecho Romano, ya se contemplaba la capacidad legal para la validez del testamento. Por capacidad legal, se entiende que es la aptitud que tienen las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para ejercitarlas por si mismos, se habla de la existencia de dos tipos de capacidades como lo es la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio:

La capacidad de goce es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y la capacidad de ejercicio, es la aptitud para ejercitar o hacer valer por si mismas esos derechos y obligaciones de que son titulares.

Por lo tanto la capacidad testamentaria, es la aptitud legal del sujeto para otorgar testamento, en este orden de ideas, el Artículo 1305 manifiesta:

"Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio -

(10).- LEMUS GARCIA, RAUL.- Ob. cit. Pag. 276.

de ese derecho".

Por regla general, se entiende que todas - las personas físicas tienen capacidad legal desde el momento de su - nacimiento como lo establece el Artículo 22 al señalar:

"..... Desde el momento que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley ....."

En este sentido el ser, que ha nacido, se le reconoce su capacidad de goce, más sin embargo en el tena que nos ocupa, habrá la necesidad del ejercicio de esa capacidad y al efecto el Artículo 450 nos dice quienes carecen de esa capacidad:

" Tienen incapacidad natural y legal:

- I.- Los menores de edad.
- II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o - - imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos.
- III.- Los sordos mudos que no saben escribir ni leer.
- IV.- Los ebrios consuetudinarios, y los - que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes."

De tal manera que todas las personas que no estén encuadradas en el precepto anterior, ni en el Artículo 1306 del propio ordenamiento, podrán ejercer el derecho de testar ya que dichos ordenamientos establecen la prohibición para llevarlo a cabo por consiguiente la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del testamento.

ANTONIO DE IBARROLA, al hablar acerca de la capacidad para hacer testamento refiere: "La existencia de una voluntad inteligente y libre, dueña de sí y segura de lo que esta haciendo es necesaria para todos los actos jurídicos; pero en los casos de testamento y donaciones la ley es particularmente exigente: podrán ser atacados desde luego los actos de una persona fallecida, y aun cuando jamás se haya solicitado su interdicción, y el acto aparezca razonable completamente, el querellante deberá probar que existía insanidad en el momento en que se realizó, u otra causa de incapacidad."<sup>(11)</sup>

Por otra parte ROJINA VILLEGAS nos dice: "La capacidad de ejercicio no es un elemento esencial en los actos, por cuanto que los celebrados por incapaces existen jurídicamente: son susceptibles de ratificación para quedar convalidados retroactivamente o bien, puede prescribir la ineficacia que los afecta.

La enajenación mental origina en los testamentos una forma de incapacidad, pero no es absoluta como en materia de contratos, por cuanto que cuando hay momentos de lucidez, se

(11).- IBARROLA, ANTONIO DE.- Ob. cit. Pag. 554.

mite testar, siempre que el testador se encuentre en un momento de esa naturaleza y bajo las formalidades que señala el Código Civil.

En cuanto a la edad, no obstante que el testamento implica un acto de transmisión, es decir, de dominio no sólo de bienes determinados, sino de un patrimonio, se permite al mayor de dieciséis años ejecutarlo."<sup>(12)</sup>

II.- La voluntad; el acto jurídico es la manifestación exterior de la voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley, por lo que en este orden de ideas podemos expresar que para el otorgamiento del testamento, la voluntad, al igual que en todos los actos jurídicos, deberá ser manifestada clara y libremente, es decir debe carecer de vicios los cuales generalmente son:

- A) El error
- B) El dolo
- C) La mala fe
- D) La violencia
- E) La lesión.

A) El error.- Es por definición la falsa creencia de la realidad; como vicio de la voluntad, el error puede afectar al testamento, tanto a la persona como el objeto, produciéndose en ambos casos nulidades absolutas, no pudiendo ser confirmada por el testador, puesto que el testamento únicamente surte sus  
(12).- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- Ob. cit. Pag. 392.

efectos jurídicos post mortem y si dentro de esta circunstancia - -  
 hubiere una revocación, antes del fallecimiento de la persona, se es-  
 taría en la posición del otorgamiento de un nuevo testamento los per-  
 judicados por el testamento podrán invocar en cualquier tiempo la nu-  
 lidad; el Licenciado Gutiérrez y González, clasifica al error en - -  
 tres formas:

"a) Error fortuito.- Es la falsa creen--  
 cia de la realidad que se adquiere, sin que haya intervención de - -  
 otra voluntad, del sujeto que lo sufre.

b) Error fortuito mantenido por mala fe  
 pero puede suceder que el sujeto que haya caído espontáneamente en -  
 el error, en cuyo caso la persona con la cual va a contratar esta en  
 la necesidad de hacerle ver su error. Si por el contrario esa perso-  
 na en lugar de sacarlo del error máquina para mantenerlo en él, se -  
 dice que el error siendo fortuito, es mantenido por mala fe.

c) El error provocado por dolo, ...", (13)  
 el cual es interpretado de la siguiente forma: es aquel cuando una -  
 persona, teniendo conocimiento del error en que un tercero se haya, -  
 abunda e induce a éste a caer en el error elaborando maquinaciones -  
 fraudulentas o en su caso ese error ha sido pasado por alto disimula-  
 damente por el beneficiado del error y generalmente es provocado por-  
 quien tiene interés de explotarlo.

(13).- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO.- "El Patrimonio Pecuniario y Mo-  
 ral o Derechos de la Personalidad", Edit. José M. Cajica Jr. -  
 Puebla Pue. Méx. año 1971 Pag. 546.

Nuestro Código Civil establece en el Artículo 1487.

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

Asimismo los Artículos 1301 y 1304 refieren al respecto:

"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."

"Artículo 1304.- La expresión de una causa contraria a derecho, aun que sea verdadera, se tendrá por no escrita."

B) El dolo.- Como se ha referido en el inciso c), relativo al error, el dolo lo prevé nuestra legislación como vicio de la voluntad y al igual que los anteriores producirá la nulidad absoluta de la sucesión testamentaria, ya que el error, pudo haber sido provocado o mantenido deliberadamente por maniobras o artificios realizados para obtener un provecho propio, el Artículo 1815 de nuestra legislación define el dolo diciendo:

"Se entiende por dolo en los contratos -

cualquiera sugestión o artificio que se -  
 emplee para inducir a error o mantener en  
 él a alguno de los contratantes; y por ma  
 la fe, la disimulación del error de uno -  
 de los contratantes, una vez conocido."

En materia testamentaria, podemos interpre-  
 tar al dolo diciendo que es aquel que proviene de un tercero ajeno a-  
 dicho acto y puede consistir en inspirar odio en contra de los herede-  
 ros naturales, o fomentar aversiones anteriores; hacer nacer en prova-  
 cho del culpable afección basada en causas ficticias y existe cuando-  
 se provoca ingerencia incesante y malévola en los asuntos del testa-  
 dor y calumnias contra la familia.

C) La mala fe.- La mala fe como el dolo -  
 viene siendo en el fondo la misma cosa así lo pone de manifiesto el -  
 ya mencionado Artículo 1815 salvo que el dolo supone una conducta ac-  
 tiva y la mala fe una omisión, lo cual se desprende de la simple lec-  
 tura del mismo precepto legal en mención ambas son meras formas de in  
 ducir al error, o mantener en él a una persona, al respecto el Artícu  
 lo 1816 pone de manifiesto:

"El dolo o mala fe de una de las partes y  
 el dolo que proviene de un tercero, sabién  
 dolo aquélla anulan el contrato, si ha si-  
 do la causa determinante de este acto jurí  
 dico."

D) La violencia.- La violencia, es otro-

vicio de la voluntad que encontramos dentro de los actos jurídicos,- Manuel Bejarano Sánchez se refiere a los requisitos de la violencia como vicio de la voluntad y al efecto refiere:

"1.- Debe ser determinante; es decir que haya sido la causa que indujo a aceptar la celebración del contrato.

2.- Debe ser injusta: el apercibimiento o advertencia que se haga a otro sobre las posibles consecuencias legales de su conducta, sobre el uso de vías de derecho para forzarlo a realizar ciertos actos, o sobre los perjuicios que puede sufrir no constituye violencia, tampoco lo es el temor reverencial, que es el deseo de no desagradar a las personas a las que se debe respeto o sumisión."<sup>(14)</sup>

Continúa exponiendo: "La violencia es un acto ilícito de mayor gravedad que el dolo; la voluntad presionada, expresada sin libertad, es menos eficaz - para integrar el acto que la obtenida por engaños; en el dolo se sanciona la actitud ilícita - del contratante más que el defecto o desvío de la voluntad mientras que en la violencia se atiende más al vicio caracterizado por la - ausencia de libertad."<sup>(15)</sup>

De esta manera se desprende que si en un momento determinado el testador al realizar su última voluntad se encuentra influenciado en su propia persona en forma directa, o que la influencia recaiga sobre su conyuge ó en alguno de sus parientes o -

(14).- BEJARANO SANCHEZ, MANUEL.- "Obligaciones Civiles" Edit. Harla S.A., de C.V." año 1980 Pag. 101.

(15).- idem. Pag. 102.

si de otro modo se atenta contra los bienes de los mismos, el testamento será nulo; el Código Civil hace alusión a la violencia moral - en sus Artículos 1485 y 1486, asimismo y en relación a los preceptos señalados, encontramos el Artículo 1819 del ordenamiento legal en - mención, el cual establece:

"Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de - perder la vida, la honra la libertad la - salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su conyuge de sus ascendientes, de sus descendientes o de - sus parientes colaterales, dentro del segundo grado."

E) La lesión.- Como último vicio de la voluntad, encontramos a la lesión en nuestro orden, la cual "consiste en la desproporción exagerada de las prestaciones que las partes se deban recíprocamente por el acto jurídico."<sup>(16)</sup> Al efecto, el Artículo 17 del Código Civil vigente, refiere:

"Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado, a lo que él por su parte se obliga, el perjudi-

(16).- BEJARANO SANCHEZ, MANUEL.- Ob. cit. Pag. 102.

cado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la redacción equitativa de su obligación, más el pago correspondiente de daños y perjuicios.

El derecho concebido en este Artículo - dura un año."

Al igual que los demás vicios de la voluntad, la presencia de la lesión en el testamento, provoca la nulidad - y podrá ser invocada por quien haya sufrido este vicio de la voluntad al respecto, los Artículos 2228 y 2230 ponen de manifiesto:

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

"La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios del consentimiento se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz."

III.- Deberá existir licitud en el objeto - motivo o fin; en este caso el objeto motivo o fin del contrato debe ser la cosa que se dá, el hecho que el obligado debe hacer o no - -

hacer y para cumplir con lo anterior, debe de cumplirse con las siguientes hipótesis:

- A) Existir en la naturaleza
- B) Ser determinada o determinable en cuanto a su especie y,
- C) Estar en el comercio.

De esta manera se está cumpliendo con las leyes de orden público y a las buenas costumbres, con esta expresión se entiende el concepto de moralidad prevaleciente en una comunidad, en un tiempo y un espacio determinado.

MANUEL BEJARANO, alude a la licitud motivo o fin diciendo que el acto de voluntad proviene " de una conjunción de móviles de diversa jerarquía, todos los cuales explican la decisión de obrar. Sin embargo, entre toda esa variedad de motivos -- existe alguno que es principal móvil propulsor, la razón fundamental que indujo a la persona a celebrar el acto y constituye precisamente el motivo o fin de su acción."<sup>(17)</sup>

IV.- La forma; siendo el acto jurídico -- una manifestación exterior de la voluntad, la forma es la manera como se externa esa voluntad; la cual podrá externarse verbalmente, -- por escrito, por mímica (signos inequívocos) o por conducta (tácita-

(17).- Ob. cit. Pag. 114.

mente, previendo que es necesaria una forma como requisito de validez para todos los actos jurídicos, ya que tienden a preservar un medio de prueba de la realización del acto.

Nuestra legislación establece diversos tipos de testamentos, en los que el testador, podrá exponer su voluntad, la cual se habrá de cumplir después de su muerte; así mismo - - hace la clasificación del testamento atendiendo a su forma siendo la siguiente:

- |               |                              |
|---------------|------------------------------|
|               | a) Público Abierto           |
| A) ORDINARIO. | b) Público Cerrado           |
|               | c) Ológrafo                  |
|               | a) Privado                   |
| B) ESPECIAL.  | b) Militar                   |
|               | c) Marítimo                  |
|               | d) Hecho en País Extranjero. |

Las formas establecidas por la ley tienen una finalidad indispensable para que pueda ejecutarse un testamento:

Las formas tienen como resultado inmediato el lograr una prueba plena preconstituída. Si no resulta una prueba plena, queda lugar a duda y la duda es en rigor, una carencia del -

conocimiento.

Sin embargo algunas de las exigencias de la ley constituyen realmente requisitos de forma y evidentemente producen la nulidad del testamento; pero hay otras que no pueden considerarse así. El que el Notario no de fe de que se llenaron los requisitos ¿nulificaría el testamento?. Seguramente que no. Ya que hay requisitos que tienen por objeto que, cuando haya de ejecutarse el testamento, se conozca de manera indubitable la voluntad.

En resumen, la forma únicamente es requisito de validez del acto: su falta no impide que éste sea creado o -- constituido, pero es causa de nulidad; en el Capítulo III, hablaré -- de las formas establecidas por la ley para la realización del acto, -- en donde también se hará referencia a las formas prohibidas para -- otorgar testamento.

## CAPITULO II

## DERECHO COMPARADO

- 1.- Grecia; 2.- Roma 3.- Francia  
4.- Alemania; 5.- España.

1.- GRECIA.- Por lo que respecta a la sucesión testamentaria, no había estabilidad jurídica en la Ciudad de Grecia, debido principalmente a la existencia de numerosos pequeños estados pertenecientes al imperio Griego con legislación diversa, - planteándose varios casos en los cuales cabe suponer hubo aplicación simultánea de leyes diferentes, tal es el caso en que "Isócrates en un discurso conocido con el nombre de Enginética, en un proceso realizado en Egipto Pueblo Griego, sobre la validez de un testamento de un difunto extranjero domiciliado en esa Ciudad, se refiere a las leyes sucesoriales de varios estados susceptibles de ser aplicadas; es decir en primer lugar, se aplicaba la ley de Egipto (Ley del lugar de la celebración del acto); después, la ley del último domicilio del difunto, posteriormente la ley nacional del testador y finalmente la ley de la Ciudad (de donde el pretendido heredero ab intestato era residente)". (18)

"El derecho de testar, es decir de disponer de sus bienes tras la muerte para transferirlos a otro distinto del heredero natural, estaba en oposición con las creencias religio-

(18).- PEREZNIETO CASTRO, LEONEL.- "Derecho Internacional Privado" - Edit. Universidad Nacional Autónoma de México 1987 Pag. 57.

sas que eran el fundamento del derecho de propiedad y del derecho de sucesión. Siendo la propiedad inherente al culto, siendo éste hereditario, ¿se podía pensar en el testamento?. Por otra parte la propiedad no pertenecía al individuo, sino a la familia, pues el hombre no la había adquirido por el derecho del trabajo, sino por el culto-doméstico. Asociada a la familia, transmitíase del muerto al vivo - no según la voluntad y la elección del muerto, sino en virtud de reglas superiores que la religión había establecido.”<sup>(19)</sup>

Para los Griegos, la regla para el culto - es que se transmita de varón en varón, la herencia seguía la regla - para el culto, y para continuar con el culto de sus antepasados se - excluía a la mujer por considerársele incapaz, la hija no es apta pa - ra continuar la religión paterna, pues al casarse renuncia al culto - del padre y adopta la del esposo; no posee en consecuencia, ningún - título a la herencia, sólo recibía cosas y dinero a título de dote - en ocasión de su matrimonio y podría usufructar los bienes paternos - solamente si se casaba con el heredero, no obstante que este fuera - hermano consanguíneo pero no uterino.

En Atenas el testamento se introdujo en -- tiempos de Solón, pero limitándolo al sólo caso en que no hubiere -- hijos legítimos.

En esta época, como la herencia formaba un todo con la familia, no podía admitirse la disposición de los bienes

(19).- FUSTEL DE COALANGES.- "La Ciudad Antigua" Estudio sobre el -- culto el Derecho, y las Instituciones de Grecia, y ROMA; estudio preliminar de Daniel Moreno "Edit.Porrúa S.A.," año 1974.

por testamento, sucediendo esto hasta una época muy avanzada, actualmente nuestra legislación no tiene ninguna semejanza con la antigua-Ciudad Griega; en virtud de que como, lo previene el Artículo 1305 - el testador puede disponer libremente de sus bienes, sea hombre o mujer, siempre y cuando la ley no le prohíba expresamente el ejercicio de ese derecho.

2.- ROMA.- "Si es necesario dar crédito al relato de ciertos historiadores los romanos quisieron primeramente ilustrarse por el estudio de una legislación célebre entonces: La de Grecia. Hacia el año 301, tres patricios fueron enviados a las - Ciudades Griegas de la Italia meridional donde las leyes de Solón y Licurgo estaban en vigor y acaso también lo que es mucho más dudoso, hasta Atenas,"<sup>(20)</sup> para la realización de su propia legislación, con feccionando en base a esas leyes la ley de las XII Tablas y según la reconstrucción que se ha hecho respecto a su distribución, encontramos que la Tabla V, hace referencia al Derecho Sucesorio.

Veremos brevemente la sucesión testamentaria dentro del Derecho Romano, en donde la familia está sometida al - pater y el Derecho Sucesorio supeditado a esta organización familiar- dentro de las diversas definiciones encontramos que Ulpiano, define a la sucesión testamentaria como:

"La manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente, para hacerla - válida después de nuestra muerte."<sup>(21)</sup>

En el Derecho Romano, era legalmente aceptable que en una sucesión testamentaria se establecieran condiciones- suspensivas, toda vez que en algunas situaciones la validez del testamento estaba subordinada a la voluntad de un tercero, dando una - gran inseguridad jurídica. La libertad testamentaria en sentido es-

(20).- PETIT, EUGENE.- "Tratado Elemental de Derecho Romano" Trad. José Fernández González. Edt. Epoca S.A. año 1977 Pag. 37.

(21).- LEMUS GARCIA, RAUL.- Ob. cit. Pag. 267.

tricto, no existió dentro del pueblo romano, en México, la libertad testamentaria sólo se ve limitada por las obligaciones que expresamente señala el Artículo 1368 de nuestro Código Civil vigente, al hablar del aseguramiento de los alimentos en Roma no se permitía que un "paterfamilias" otorgara testamento en favor de un extraño, ya que tal situación suscitaba un desamparo para sus descendientes.

La solemnidad de que se impregnó al testamento, se acentuó en la última fase preclásica; pero afortunadamente a fines de la misma, se otorgó mayor importancia a la voluntad expresada por el testador que al texto en sí.

Puede expresarse que el testamento en Roma nació como una ley especial, después fué contemplado como un contrato y finalmente se llegó a conceptuar como una declaración unilateral de voluntad, según se verá más adelante.

Considero que se deben tener en cuenta los distintos periodos de la evolución histórica del pueblo de Roma, y "para estudiar las formas del testamento es conveniente referirlas a estos tres periodos: A.- Antiguo Derecho; B.- Derecho Pretoriano; C.- Derecho del Bajo Imperio y D.- Derecho Justiniano,"<sup>(22)</sup> en virtud de que en este pueblo el Derecho se encuentra íntimamente relacionado con la vida romana y el cambio de régimen político repercute en el desarrollo del Derecho, en este orden de ideas nos referiremos a estos periodos:

A) DERECHO ANTIGUC.- La forma de los tes

(22).- LEMUS GARCIA, RAUL.- Ob. cit. Pag. 768.

tamentos en Roma varió según las épocas; y diferentes maneras de testar fueron admitidas sucesivamente por el Derecho Civil Antiguo, por el derecho pretoriano y por las constituciones imperiales."<sup>(22.A)</sup>

a) Testamento "Calatis Comitibus"; este testamento se podía otorgar en tiempo de paz ante los comicios por curias convocadas para este efecto y en presencia de los pontífices, se facultaba al testador a realizar dicho acto jurídico dos veces por año, a la sucesión, no solo le interesaba la transmisión del patrimonio, sino también la del culto privado. El testador declaraba ante los comicios reunidos a quien elegía como heredero y si aquellos daban su aprobación se hacía del testamento una ley.

b) Testamento "In Procintu" o Militar; esta forma de testar, se llevaba a cabo en tiempos de guerra y lo hacía delante del ejército el soldado que equipado y bajo las armas, marchaba a la guerra, antes de marcharse a combatir declaraba su voluntad delante de otros miembros del ejército quienes representaban la asamblea del pueblo, este testamento cayó en desuso antes de fines de la República Romana al ampliarse la facultad de testar en cualquier momento.

c) Testamento "Per aes et Libram"; gracias a sus conquistas Roma se convierte en un centro comercial de primera categoría, se transforman sus costumbres y el orden jurídico dejando con ello la posibilidad al testador de ya no tener que recurrir a los comicios para hacer su testamento ya que podía enajenar su patrimonio en favor del "Familiae Emptor" quien desempeñaba el pa

pel de comprador del patrimonio, entregando un precio simulado, con la obligación moral de transmitir ese patrimonio a los herederos, se realizaba ante cinco testigos y un "libripens".

El "Familiae Emptor" era realmente un intermediario y administrador de la herencia, considerándosele con el tiempo albacea, ya que éste recibía de manos del testador la "Tabulae" firmadas por los testigos, consignando de esa manera su voluntad, podía ser revocable, en virtud de que el testador que conservaba en su poder las tablas, tenía la facultad de destruirlas o modificarlas a su entera satisfacción convirtiéndose desde el final de la República y durante los primeros siglos del Imperio en la forma más común de testar.

d) Testamento "Nuncupativo"; "posterior al perfeccionamiento del testamento per aes et libras, fué admitido en Derecho Civil que un ciudadano pudiese testar., declarando en alta voz el nombre del heredero y sus últimas voluntades, delante de siete testigos." (22.B)

B) DERECHO PRETORIANO.- El pretor siempre dado a la simplicidad, introdujo modificaciones en la forma de testar. Sin tener en cuenta las ceremonias de la mancipatio, concedía la bonorum possessio secuntum tabulas a quienes apareciesen designados herederos en unas tabulae firmadas y selladas por siete testigos," (22.C) suprimiendo con ello ritos civiles en la forma de testar.

(22.B).- PETIT, EUGENE.- Ob. cit. Pag. 516.

(22.C).- VENTURA SILVA, SABINO.- "Derecho Romano" - Curso de Derecho Privado. Segunda Edición Edit. Porrúa S.A., 1966 Pag. 748.

C) DERECHO DEL BAJO IMPERIO.- Derecho Nuevo, constituido por las normas jurídicas establecidas en las constituciones de los emperadores y opuestas a los escritos de los juristas-consultos.

Durante el Imperio de Teodosio y Valentiniano III se simplifican más los testamentos, surgiendo el testamento "tripertitus" llamado así porque se tomó de diferentes legislaciones sus reglas; (Del Derecho Civil Primitivo, la presencia de testigos y la necesidad de realizar el testamento en un sólo acto; del Derecho Honorario la "subscriptio" de siete testigos con la grabación de sus sellos; y del Derecho Nuevo tomó las constituciones Imperiales, la firma del testador y los testigos); esta modalidad en la que la voluntad del testador podía ser emitida en un sólo acto, nuestro Código Civil vigente la adopta en su Artículo 1519, en donde se prevé que la formalidad del testamento debe llevarse a cabo en un sólo acto.

D) DERECHO JUSTINIANEO.- Derecho Posclásico o romano-oriente, contenido en las compilaciones de Justiniano. "Se pueden señalar en esta época dos tipos de testamentos: *privatum* y *publicum*.

El Testamento *Privatum*, requería la presencia simultánea de siete testigos, rogados, (invitados para actuar como tales) y capaces, y la *unitas actus*-o sea que se otorgara sin interrupción, ostensible."<sup>(22.D)</sup> Podía ser dicho testamento oral o escrito, en la forma oral la voluntad debía ser clara y comprensible expresándose en idioma conocido por los testigos; y el testamento es (22.D).- VENTURA SILVA, SABINO.- Ob. cit. Pag. 249.

crito podía hacerlo el testador de su puño y letra, debiendo presentarlo para sello y firma de los testigos, el testamento escrito podía ser Olografo si lo escribía otra persona por el testador, en este caso el testador declaraba a los testigos que esa era su voluntad.

"El Testamento Público, podía también - adoptar dos formas el - testamentum apud acta conditum - y el testamentum principioblatum -. El primero se hacía ante la Autoridad Judicial o Municipal la cual levantaba acta de las manifestaciones y palabras del testador. El segundo se entregaba escrito para ser registrado y custodiado en los archivos imperiales."<sup>(22.E)</sup>

A diferencia del Derecho Griego, en Roma, se le considera a la mujer capaz para otorgar testamento, en efecto, es el emperador Augusto quien introduce esa modalidad en favor de la mujer, extendiendo Adriano esa facultad a aquellas mujeres que se encontraban bajo tutela, con la condición de que obtuvieran una autorización de su tutor; también existieron testamentos especiales, como lo es el testamento del ciego el testamento del analfabeta, el testamento hecho en tiempo de peste etc.

Como se desprende lo anteriormente expuesto la voluntad del testador siempre era prioritaria a la del legislador, por lo que se considera que la voluntad del testador, no es una concesión de la ley, nuestro Código Civil le da a la voluntad testamentaria al igual que el Derecho Romano gran importancia, según lo establece

(22.E).- VENTURA SILVA, SABINO.- Ob. cit. Pag. 249.

ce el Artículo 1489 al declarar la nulidad del acto jurídico del - -  
cual tratamos, si no expresa cumplida y claramente su voluntad el -  
testador.

3.- FRANCIA.- La legislación francesa se basa principalmente en las recopilaciones legislativas del Derecho Romano; cabe hacer mención que en la legislación justiniana sólo existían colecciones de textos legales, en las que la ley conservaba su personalidad propia.

En Francia desde el principio de la revolución francesa se tuvo el propósito de codificar el Derecho Civil, es Napoleón quien nombra una comisión que se encarga de realizar una obra unitaria, constituida por una sola disposición legal debidamente ordenada en libros, títulos, capítulos y artículos de acuerdo con una sistemática lógica y con redacción técnica, siendo de esta manera como se editan 36 leyes que reunidas en un sólo Código de 2281 Artículos recibieron el nombre de Código Civil Francés, en el cual - - también se le da gran importancia a la sucesión testamentaria.

Considerando que el Derecho Francés ha tenido de igual manera influencia sobre nuestra legislación es menester señalar la importancia de conocer el concepto y encuadramiento del testamento dentro de la cultura gala.

El Código Napoleón define al testamento - en su Artículo 895 diciendo que 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."

Con la anterior definición debe sobreentenderse que el testamento es un acto y no un contrato; el testamento -- es un acto solemne, no basta que el acto sea hecho en las formas requeridas por la ley para ser testamento, el testador debe de disponer de todo o de parte de sus bienes, luego entonces es necesaria una disposición de bienes directa o indirecta.

La sucesión testamentaria en Francia, es -- una disposición a título gratuito y se encuentra enmarcada dentro de lo que la legislación francesa llama liberalidad, no obstante la definición que acerca del testamento refiere el Código Civil Francés es muy estrecha.

JULIAN BONNECASE en su obra Regímenes Matrimoniales y Derecho de las Sucesiones nos da su definición al poner de manifiesto: "a) En efecto el testamento es un acto jurídico que no -- solamente refiere a los bienes, pues comprende disposiciones de orden personal, su definición correcta es la siguiente: Un acto jurídico -- solemne, cuyo fin es dar a conocer la voluntad de su autor, para después de su muerte, tanto desde el punto de vista extrapatrimonial como económico. b) El testamento es un acto jurídico esencialmente revocable. c) No debe comprender, necesariamente en sus disposiciones, todos los bienes del difunto."<sup>(23)</sup>

Dentro del Derecho Francés, encontramos diversas formas de testamento las cuales son: 1.- El Testamento Ológrafa

(23).- BONNECASE JULIAN.- "Regímenes Matrimoniales y Derecho de las Sucesiones" Derecho Civil, Tomo III Edit. Cárdenas Editor Distribuidor. Traducción José M. Cajica año 1985 Pag. 346 y 347.

grafo; 2.- El Testamento Auténtico; 3.- El Testamento (místico) y --  
 4.- Los Testamentos llamados Privilegiados, de los que haremos un -  
 análisis a continuación:

1.- El Testamento Ológrafo, responde como-  
 las demás formas a la noción de acto jurídico solemne, no obstante -  
 que según se desprende de su propia redacción, no interviene ningún-  
 oficial público, el Artículo 970 del Código Francés establece:

"El Testamento Ológrafo, solo será valido -  
 si es escrito, fechado y firmado por el pu-  
 ño y letra del testador, y no está sujeto a  
 ninguna otra formalidad."

Con la teoría general del formalismo, se es-  
 tableció la noción de solemnidad, la cual no se encuentra rigurosa--  
 mente ligada a la intervención de un oficial público. "Ahora bien,-  
 la solemnidad consiste, según el Artículo 970, en la escritura, la -  
 la fecha y la firma por la propia mano del testador." (24)

- I.- LA ESCRITURA, que no es sino la pro--  
 pia redacción del testamento realiza-  
 da por el mismo testador.
- II.- LA FECHA, misma que debe estar inscri-  
 ta en el testamento.
- III.- LA FIRMA DEL TESTADOR, la cual debe -

(24).- BONECASE JULIEN, "Elementos de Derecho Civil" V. 2 Trad. de -  
 José M. Cajica Jr. Puebla, Méx. 1945 pag. 241.

estar incerta en el cuerpo del mismo documento.

Como se desprende del riguroso formalismo -- del Testamento Ológrafo, no requiere la presencia de fedatario público, ni se otorga ante testigos, es la expresión por excelencia de -- una declaración de última voluntad, completamente privada, la cual -- permanece en secreto y su contenido, es sólo conocido por el testador y por las personas a quien él quiera comunicarlo.

En el Derecho Francés al igual que en nuestra legislación se prohíben los testamentos conjuntos ya que para la elaboración del testamento, no podrían intervenir dos o más personas en el mismo acto, así lo estatuye el Artículo 968 del Código Civil -- Francés. Asimismo se prohíben los testamentos verbales, su prohibición resulta del formalismo a que están sujetos los testamentos y si estos no reúnen las condiciones de forma son inexistentes de acuerdo a la teoría sobre inexistencia de forma de los actos jurídicos.

El ejecutor testamentario, en Francia tiene gran relevancia en el otorgamiento del testamento, sin embargo, podrá desempeñar su cargo, cuando haya tomado posesión de los bienes -- éste tiene gran similitud con la función del "familiae Emptor" del -- Derecho Romano; en México se equipara al albacea.

2.- Testamento Auténtico o Público, de -- acuerdo a lo establecido por los Artículos 971, 973, 974 y 975 del -- Código Civil Francés este tipo de testamento, es suscrito por el testador ante dos notarios y ante dos testigos, el cual deberá ser fir-

mado por el testador, en presencia de los testigos y del Notario si no sabe firmar o no pudiese, deberá de expresarse la causa que le -- impida firmar, asimismo deberá ser firmado por los testigos; en este tipo de testamento no podrán ser testigos, los legatarios, los pa--- rientes por consanguinidad, ni por afinidad hasta el cuarto grado - inclusive ni los ayudantes de los notarios que autoricen el acto, ac tualmente la forma más usual de testar es por medio del Testamento - Ológrafo.

3.- Testamento Cerrado (místico), interpretando el Artículo 976 del Código Civil Francés podemos decir que es aquel en que el testador desea hacer su testamento cerrado o secreto y deberá al igual que en todos los testamentos, firmar sus disposi--- ciones ya sea por que las haya escrito por si mismo, o que haya enco<sup>u</sup> mendado a otra persona que la suscribiera, se realizará en un solo - acto y sin interrupción.

En este tipo de testamento, se puede apre--- ciar una contradicción, en el sentido de que si el testamento es un acto personalísimo entre los franceses, en la forma, de éste tipo de testamento, señalan que puede ser realizado por otra persona diferen<sup>te</sup> te al suscriptor del testamento.

4.- Testamentos Privilegiados, estas formas de testar, se encuentran reguladas por los Artículos que van del 981 al 100 inclusive del Código Civil Francés, entre los que se distinguen el Militar, el otorgado en tiempo de peste o enfermedad contagiosa general, el testamento hecho durante un viaje, el Marítimo y -

el de las regiones invadidas y el testamento hecho en País Extranjero.

Este tipo de testamentos privilegiados, son provisionales y deben de hacerse nuevamente según el Derecho común - dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que el testador se encuentre en posibilidad para ello, a excepción del otorgado en país extranjero, ya que este debe hacerse de acuerdo a las leyes del país en que se encuentren.

4.- ALEMANIA.- Como ya lo hemos comentado el Derecho Romano no sólo ha sido el fundamento de nuestra legislación, también lo ha sido para la creación de la legislación europea, tal es el caso de Alemania donde había una mezcla confusa de elementos romanos y germánicos, por lo que al igual que en Francia, en Alemania surge la aspiración de la aplicación de un Derecho Civil Único.

Es hasta el año de 1900 cuando entra en vigor el Código Civil Alemán, el cual se divide en cinco libros, siendo el Libro V, el que habla del derecho hereditario no obstante que la legislación fué codificada en lengua alemana, actualmente sigue siendo integrada por elementos romanos y germánicos.

En Roma, el testamento, era esencialmente el negocio jurídico mediante el cual el causante nombraba un heredero de modo que la institución de heredero constituía el contenido esencial del testamento. Era un negocio jurídico que debía servir precisamente para hacer disposiciones singulares mortis causa especialmente en favor de la Iglesia y de fundaciones pías.

"En el derecho germánico de la Edad Media se entiende por testamento un negocio jurídico que debía servir precisamente para hacer disposiciones singulares mortis causa, especialmente en favor de la Iglesia y fundaciones pías."<sup>(25)</sup>

El testamento es un negocio jurídico unilá

(25).- BINDER, JULIUS.- Derecho de Sucesiones. Trad. de la Segunda Edición Alemana y anotada conforme al Derecho Español por JOSE LUIS CRUZ BERDEJO, Edit. Labor S.A., año 1953 Pag. 38.

teral a causa de muerte y se llama de última voluntad porque expresa precisamente la última voluntad del disponente, siendo revocable este acto jurídico.

La capacidad para testar, no coincide con la capacidad negocial general, de acuerdo a lo establecido por el Artículo 2229 fracción II del Código Civil Alemán. "La capacidad de testar se adquiere a los dieciséis años y puede ejercerse sin intervención de representante legal."<sup>(26)</sup>

Lo anterior si tomamos en consideración - las circunstancias que influyen en la capacidad jurídica, toda vez - que "La ley distingue tres edades para los efectos generales: 1a.- La infancia, hasta los siete años cumplidos, los niños de esa edad - son incapaces de obrar; 2a.- La minoría de edad llega hasta los 21 - años(en derecho común duraba hasta los veinticinco). Los menores go - san de capacidad restringida; y 3a.- La mayoría de edad se obtiene - al cumplir los 21 años, o mediante anticipación de mayoría de edad - (venia aetatis)."<sup>(27)</sup> Ahora bien, aquellos cuya capacidad de obrar - haya sido limitada por incapacitación no pueden otorgar testamento.

Es decir, aún siendo mayores de 16 años,- no tienen capacidad para testar: los que se encuentran en un estado general de perturbación de la actividad mental por causa de enfermedad y los que han sido incapacitados por causa de debilidad mental,- prodigalidad o embriaguez.

(26).- VON TUHR, ANDREAS.- "Derecho Civil" Trad. Wenceslao Roces, - concordado con el Código Civil del D.F., Edit. Porrúa año - - 1945 Pag. 115.

(27).- idem. Pag. 50.

La capacidad para testar no significa la libertad para hacer entrar en el contenido del testamento toda disposición imaginable, ni el derecho de declarar la última voluntad en cualquier forma arbitraria, toda vez que el testador, es realmente el autor de la última declaración de voluntad expresada en el testamento, y para expresarla debe sujetarse a las formas establecidas por la ley.

"En determinados supuestos la ley establece también algunas formas testamentarias extraordinarias para disponer a causa de muerte, las cuales, en contra posición con el derecho común, facilitan en todos los aspectos el otorgamiento del testamento para casos especiales: en ninguno lo dificultan;"<sup>(78)</sup> lo cual se contempla en los Artículos del 2249 al 2252 del Código Civil Alemán- no obstante, en particular rigen las siguientes reglas:

A.- Forma testamentaria ordinaria, dentro de la cual encontramos el testamento Público y el testamento Privado.

1.- Testamento Público.- Se lleva a cabo en Alemania al igual que en el Derecho Romano en forma oral, consignando en una acta la última voluntad ante un tribunal o Notario; y en forma escrita consignando en un documento abierto o cerrado su última voluntad el testador, mismo que se entrega a la autoridad, con la declaración de que contiene la última voluntad.

2.- Testamento Privado.- Llamado también -  
(78).- BINDER, JULIUS.- Ob. cit. Pag. 45.

testamento Ológrafo, este último procedente del Derecho Francés, por ser más comodo y sencillo, en virtud de que el testador unicamente - hará constar su última declaración de voluntad, haciendo constar en el documento el contenido por medio de la escritura autografa de la declaración de última voluntad así como la indicación del lugar y - día del, otorgamiento de dicha disposición, en forma autografa, así mismo en forma autografa deberá llevar el contenido del testamento, - la firma del testador, con lo cual se llega a la plena convicción de que no ha intervenido ninguna mano extraña en su otorgamiento.

**B.- Formas testamentarias extraordinarias;-**

"El Derecho Romano y el común, conocieron ya formas testamentarias de excepción que pretendían servir a las especiales circunstancias de casos particulares, esto es, que habían sido previstas para aquellos casos en los cuales las formas ordinarias no eran suficientes o no podían ser completamente cumplidas.

"Por consiguiente existían formas en parte - facilitadas y en parte más difíciles de llenar. Esto último ocurría en el caso del testamento del ciego y lo primero en los testamentos - pestis tempore y ruri conditum; fuera de estos también tenían especialidades de forma el testamentum parentis inter liberos y la llama da diviso inter liberos. Según la más antigua práctica del Derecho - común, los testamentos en favor de la Iglesia y para finalidades piadosas - testamenta ad pias causas - debían poder ser otorgados sin - sujeción a forma alguna. El Código Civil ha limitado y transformado las formas testamentarias extraordinarias. En especial, no regula -

ya ninguna agravación de las formas testamentarias, como el derecho - común había hecho para el testamento del ciego."<sup>(29)</sup>

Dentro de las formas extraordinarias, encontramos el testamento militar y sus "Requisitos formales para la validez del testamento, son sólo la escritura autógrafa y la firma -- (no así la data), o la firma del testador y de dos testigos, en cuyo lugar puede aducirse un jefe u oficial del Ejército, o un acta de la declaración oral del testador otorgada ante tales jefe u oficial, en presencia de dos testigos o de otro jefe u oficial del Ejército, la cual sea leída al testador, aprobada por él, e inmediatamente firmada por las personas que concurren al otorgamiento."<sup>(30)</sup>

Con la anterior exposición, se ve claramente la protección que el Derecho Alemán concede a la última voluntad del testador, en virtud de que el testamento sigue límites materiales y formales que el ordenamiento jurídico le establece, ya que debe ser siempre una declaración de voluntad personalísima.

En sentido estricto, la voluntad del testador, se debe limitar a exteriorizar algo que pueda ser requerido - - efectivamente, y este algo es la reproducción de un determinado resultado imaginado por él declarante en el mundo exterior.

(29).- BINDER, JULIUS.- Ob. cit. Pag. 51.

(30).- idem. Pag. 54.

5.- ESPAÑA.- Al igual que las Ciudades - - Europeas que hemos visto anteriormente, el Derecho Español, no deja de ser la excepción, en virtud de que tiene su fundamento en el Derecho Romano aunado también al Derecho Francés, ya que de igual manera contempla a la sucesión como una forma más de adquirir la propiedad al fallecimiento del causante que ha previsto su última voluntad, me diante un acto previo.

El Código Civil Español, define al testamento en su Artículo 667 diciendo que es:

"El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bie nes o de parte de ellos."

Nuestro Código Civil de 1884, adopta integra mente la definición antepuesta, sin embargo nuestra propia legislación la hace a un lado y la reviste de un mejor formalismo en virtud de que no enfoca únicamente la transmisión de la propiedad, sino que prevé la declaración y cumplimiento de deberes al fallecimiento del otorgante, según lo establece el Artículo 1295, con lo cual encontramos una definición más completa.

El Código Civil Español, siguiendo la doctri na tradicional, admite la siguiente clasificación de testamento:

Artículo 676. El testamento puede ser común o especial. El común puede ser Ológrafo, - Abierto o Cerrado.

Artículo 677. Se consideran testamentos -  
 especiales el Militar, el Marítimo y el -  
 hecho en País Extranjero.

El Artículo 678 en relación con el Artículo-  
 688 del Código Civil Español señala que el testamento Ológrafo lo es  
 aquel que ha sido escrito y firmado por el testador en la forma y -  
 con los requisitos establecidos por la propia ley como lo es, que se  
 haya hecho por personas mayores de edad, expresando año, mes y día -  
 en que se otorgue, debiendo salvar el testador con su firma las pala  
 bras tachadas, enmendadas o entre renglones que contuviera su conte-  
 nido.

Testamento Abierto, es aquel mediante el - -  
 cual el testador manifiesta su disposición testamentaria ante los --  
 testigos que quedan enterados de la voluntad de aquél y la presencia  
 del notario que da fé del acto.

Testamento Cerrado, según el Código Civil -  
 Español, en su Artículo 680, manifiesta que un testamento cerrado, -  
 es aquél cuando el testador sin revelar su última voluntad, declara-  
 que ésta se halla contenida en el pliego presentado a las personas -  
 que han de autorizar el acto.

Dentro de los testamentos especiales, encon-  
 tramos el Testamento Militar, que se encuentra establecido en el Ar-  
 tículo 716, el cual debe ser otorgado con los requisitos que el Códi  
 go Civil Español señala; como lo es, en tiempo de guerra, por los mi  
 litares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás indivi

duos empleados en el Ejército, o que sigan a éste.

En el Artículo 722 encontramos al Testamento Marítimo, y según la legislación española, es aquél testamento abierto o cerrado otorgado por el causante durante un viaje marítimo y vayan a bordo de la nave.

El Artículo 732 regula al Testamento Extranjero, o testamento celebrado en país extranjero, el cual puede ser otorgado por los españoles cuando se encuentren en un país extranjero o navegando en barco extranjero.

El Artículo 663 del Código Civil Español, señala dos incapacidades para otorgar testamento, como lo son los menores de catorce años de ambos sexos, y los que habitualmente o accidentalmente, no se hallen en su cabal juicio.

Cada uno de estos testamentos, exigen determinados requisitos para su validez, existen también en España otras variedades de testamento que tienen una regulación particular para cada región foral.

Las diferentes legislaciones contemporáneas - han seguido fundamentalmente, como ya lo indicamos desde el principio los lineamientos generales trazados en el Derecho Romano.

## CAPITULO III

## FORMAS DEL TESTAMENTO.

1.- Testamentos Ordinarios; 2.- Testamentos Especiales; 3.- Formas Prohibidas.

Del estudio de Derecho Comparado que se ha hecho anteriormente, se desprende, que el testamento ha requerido -- siempre de una formalidad para manifestar la última voluntad, y poder confiar ésta de una manera justa.

En el otorgamiento del testamento, el derecho ha elegido ciertas formas que se hacen obligatorias para que la exteriorización de la última voluntad, sea apta y produzca consecuencias de derecho contenidas en ella; el testamento a diferencia de -- otros actos jurídicos, exige una forma especial presidida o sancionada por un Notario o funcionario que tenga fe pública, la formalidad se practicara acto continuo y el Notario dará fé de haberse llenado todas, de acuerdo a lo que establece el Artículo 1519 del Código Civil.

Un testamento puede ser totalmente nulo o sólo puede serlo en una de sus clausulas atendiendo a la forma, el Artículo 1491 del Código Civil señala:

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

Al exigirse al testador la formalidad se le advierte la seriedad del acto, se hace la distinción entre un proyecto de testamento del verdadero, se acredita la identidad del otorgante, su capacidad y sobre todo se hace notar la libertad en su relación así como la autenticidad de la voluntad, misma que deberá ser fielmente expresada, en un documento para que permanezca conservado sin posibilidad de ser alterado por terceros o que sea extraviado.

Nuestro Código Civil, es semejante al Francés y el Español en virtud de que hacen una clasificación de los testamentos, dividiéndolos en cuanto a su forma; nuestra legislación - los clasifica según el Artículo 1499 en Ordinarios y Especiales.

1.- TESTAMENTOS ORDINARIOS.- En ellos se hace constar por escrito la voluntad del testador, dentro de los Testamentos Ordinarios encontramos: A) Los Testamentos Público Abierto B) Público Cerrado y C) Ológrafo de acuerdo a lo que establece el Artículo 1500 del Código Civil, los cuales veremos a continuación:

A) Testamento Público Abierto, este testamento se encuentra regulado por los Artículos del 1511 al 1520 del Código Civil, es público porque se hace la declaración de voluntad en un instrumento público y es abierto porque la voluntad del testador es conocida tanto por el Notario como por los testigos que concurren a dicho acto.

El Notario deberá certificar la identidad del testador, asimismo redactará de manera clara la manifestación del otorgante, sujetándose estrictamente al tenor de ella, una vez hecho esto dará lectura al testamento, si el testador dá su conformidad, se firmará tanto por éste como por el Notario y tres testigos que concurren a dicho acto. Otro requisito que debe cumplirse en este tipo de testamento, es el señalar el lugar, día y hora en que se realiza.

El Notario tiene la obligación de certificar que el testador se encuentre en pleno uso de sus facultades, y que se encuentra libre de toda coacción. Puede ser testigo cualquier persona siempre y cuando se observen las prohibiciones que estatuye el Artículo 1502 para los testigos en general.

El Artículo 1516 señala las reglas aplica---

bles a la persona que sea completamente sorda; si sabe leer él mismo le dará lectura a su testamento y si no sabe leer o no puede hacerlo designará a otra persona de su confianza para que lea su testamento. Cuando este tipo de testamento sea hecho por un invidente, se dará doble lectura del testamento, una por el Notario y otra por persona que designe el testador ( Artículo 1517 en relación al 1517 ).

Cuando el testador ignore el idioma del país donde otorgue su testamento, será necesario la presencia de dos -- interpretes, los testigos que concurren a este acto deberán hablar el idioma del testador, si puede, escribirá de su puño y letra su testamento en su idioma y en el caso de que no sepa o no pueda escribir manifestará su voluntad a los intérpretes y uno de ellos escribirá el testamento que dicte aquél haciendo la traducción al español, esta traducción se transcribirá como testamento en el protocolo del Notario, debiendo el mismo Notario archivar el original de la traducción en el apéndice correspondiente.

B) Testamento Público Cerrado. (Se le llama a la última voluntad del testador que se contiene en un pliego cerrado). El Código Civil contempla este tipo de testamento en sus Artículos del 1521 al 1549, asimismo el Código de Procedimientos Civiles lo refiere en sus Artículos del 870 al 880.

El Artículo 1521 del Código Civil establece que:

"El Testamento Público Cerrado puede ser escrito por el testador o por otra perso-

na a su ruego y en papel común."

La validez del Testamento Público Cerrado de pende de que se contenga en el mismo los requisitos señalados en los diversos preceptos mencionados al inicio de este inciso.

Tanto el Notario como los testigos que en un total de tres, intervienen en éste acto, unicamente para hacer constar en la cubierta del sobre que lo que contiene, es la manifiesta--ción del testador, ya que los que intervienen deberán firmar en la -cubierta, el Notario deberá además poner su sello.

Cuando el testador es sordo-mudo deberá ser-escrito por él su testamento, y presentarlo al Notario ante cinco -testigos, escribiendo en presencia de todos que aquel documento contiene su última voluntad, pero si no supiere o no pudiere hacerlo, -podrá rubricar y firmar por él otra persona a su ruego y en su nom--bre, ésta concurrirá con el otorgante a la presentación del pliego -cerrado, con la declaración del testador de que aquella persona ru--bricó y firmó en su nombre, quien también deberá firmar la cubierta--con los testigos y el Notario.

Una vez cerrado y sellado el testamento, ya-  
autorizado, se entregará al testador, y el Notario pondrá razón en -  
el protocolo del lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fué  
autorizado y entregado; el Testamento Público Cerrado que carezca de  
alguna de las formalidades establecidas por la ley, quedará sin efec-  
to.

Este testamento puede conservarlo el testador puede darlo a una persona de su confianza o puede depositarlo en el - Archivo Judicial, a la muerte del otorgante de un Testamento Público-Cerrado, quien tenga conocimiento tanto de la muerte como del testamento, lo hará del conocimiento del Juez de lo Familiar quien se encargará de citar al Notario y testigos que intervinieron en ese acto para dar fé de que el sobre se haya en iguales condiciones que cuando fué entregado por el testador si no pueden comparecer todos los que - en un principio intervinieron, bastará con la mayoría de ellos y el - Notario para que ratifiquen sus firmas, una vez cubiertas estas formalidades, el Juez procederá a la apertura y protocolización del testamento.

C) Testamento Ológrafo. Este testamento se - encuentra regulado en nuestra legislación por los Artículos que van - del 1550 al 1564 del Código Civil vigente y del 881 al 883 del Código de Procedimientos Civiles.

Esta forma de testar requiere que su otorgante sea mayor de edad, quien deberá realizar su testamento de su puño y letra, con la expresión del día, mes y año en que se otorgue.

Si en la redacción del testamento existen palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, el testador las salvará con su propia firma.

El testador deberá hacer su Testamento Ológrafo por duplicado debiendo imprimir en cada ejemplar, además de su firma su huella digital. El original dentro de un sobre sellado y lacrado

do, se depositará en el Archivo General de Notarias y con la nota en la cubierta de "Dentro de este sobre se contiene mi testamento." depósito que hara en forma personal el testador, quien en caso de no ser conocido por el encargado de la Oficina deberá presentar dos testigos que lo identifiquen; además deberá agregarse en el sobre, la -expresión de el lugar y la fecha que se hace el depósito debiendo --firmar esta nota el propio testador, el encargado de la Oficina y --los testigos de identificación; el duplicado del testamento también -cerrado en un sobre lacrado y con la nota de "Recibí el pliego cerrado que el señor (.....) afirma contiene original de su Testamento - Ológrafo del cual según afirmación del mismo señor existe dentro de este sobre un duplicado" puesto por el encargado de la Oficina de ---biéndose agregar la fecha y el lugar en que se extiende la constan- -cia, poniéndose al calce también la firma del testador y la de los -testigos de identificación cuando estos intervengan, serán devueltos al mismo testador.

Quando el testador se encuentra imposibilitado para concurrir a las Oficinas Notariales a hacer su depósito, el -encargado de la Oficina podrá concurrir hasta donde aquél se encuen- -tre para cumplir con las formalidades del depósito.

Ya depositado el testamento, el encargado -del Archivo tomará nota de él en el libro respectivo a fin de que el -testamento pueda ser identificado, conservando el original bajo su -estricta responsabilidad hasta que proceda a hacer su entrega al propio testador o al Juez competente en la inteligencia de que el testador podrá en cualquier momento personalmente o por medio de mandata-

rio, por poder solemne y especial, retirar el testamento depositado-  
haciendose constar la entrega en una acta firmada por el interesado-  
y el encargado de la Oficina.

2.- TESTAMENTOS ESPECIALES.- Esta clasificación es importante por que debe entenderse en el sentido de que só lo se autorizan las formas especiales del testamento en los casos y con las limitaciones que la ley determine expresamente, y lo son - - aquellos en los cuales no se pueden cubrir los requisitos necesarios exigidos por nuestra propia ley para los Testamentos Ordinarios, en virtud de que se observan circunstancias especiales de casos particulares relativas a la persona del testador o al lugar en el que se - encuentre éste.

De acuerdo a lo establecido por el Artículo-1501 del Código Civil vigente, los Testamentos Especiales pueden - ser: A) Testamento Privado, B) Testamento Militar, C) Testamento Marítimo y D) Testamento Hecho en País Extranjero mismos a los que nos referiremos a continuación:

A) Testamento Privado.- Este testamento se encuentra regulado en los Artículos que van del 1565 al 1578 del Có-digo Civil y conforme a lo establecido por el Artículo 1565, solamente es permitido, cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra Notario a hacer el testamento, o por la imposibilidad de que el testador pueda otorgar Testamento Ordinario es decir, Público Abierto, Público Cerrado u Ológrafo.

Este testamento puede ser escrito u oral, - en ambos casos es válido, en caso de que se haga oralmente deberá - existir imposibilidad absoluta de que el testador o los testigos re- dacten por escrito el testamento, lo cual debe ser probado pues cong

tituye requisito necesario para que se den las causas previstas en el precepto del que se habla, como lo son:

- I.- Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurre Notario o hacer el testamento.
- II.- Cuando no haya Notario en la Población, o Juez que actúe por receptoría.
- III.- Cuando, aunque haya Notario o Juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurren al otorgamiento del testamento.
- IV.- Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

La redacción del testamento, deberá hacerla el mismo testador o bien puede encomendarla a uno de los testigos de biendo concurrir por lo menos cinco, quienes además deberán declarar a ciencia cierta sobre las circunstancias que establece el Artículo-1574, con la versión sobre:

- I.- El lugar, la hora, el día, el mes y año en que se otorgó el testamento.
- II.- Si reconocieron, vieron y oyeron cla

ramente al testador.

III.- El tenor de la disposición.

IV.- Si el testador estaba en su cabal -  
juicio y libre de cualquiera coac--  
ción.

V.- El motivo por el que se otorgó el -  
Testamento Privado.

VI.- Si saben que el testador falleció o  
no de la enfermedad, o en el peli--  
gro en que se hallaba.

El testamento, surtirá sus efectos si el tes  
tador fallece de la enfermedad, o en el peligro que se encontraba o  
dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.

B) Testamento Militar.- Este testamento se  
encuentra establecido en los Artículos del 1579 al 1582 del Código -  
Civil, y está autorizado para el militar o asimilados del ejército -  
en el momento de entrar en acción de guerra; además si estando en -  
campaña resulta hérido en el campo de batalla, también se acepta pa-  
ra los prisioneros de guerra.

Pueden otorgarse en forma verbal o escrita -  
declarando su última voluntad ante dos testigos o entregando a los -  
mismos el pliego cerrado que contenga la última disposición de su pu  
ño y letra firmada.

El Testamento Militar otorgado por escrito, - deberá ser entregado luego que se muera el testador por aquel en cuyo poder hubiere quedado, al jefe de la corporación, quien lo remitirá al Secretario de la Defensa y éste a la Autoridad Judicial competente.

Si el testamento se hubiere otorgado de palabra los testigos instruirán de él desde luego al jefe de la corporación quien dará parte en el acto a la Secretaría de la Defensa y ésta a la Autoridad Judicial, para que proceda a hacer una declaración formal del testamento similar a la del testamento privado, surtiendo sus efectos de igual manera que el testamento privado.

C) Testamento Marítimo.- Se encuentra regulado en los Artículos del 1583 al 1592 del Código Civil, este testamento especial, se autoriza únicamente a los que se encuentran en el mar a bordo de navíos de la marina nacional de guerra o mercante y será siempre escrito en presencia de dos testigos y del capitán del navío extendiéndose dos ejemplares que conservará el propio capitán y tomará razón en el Libro diario del buque; en la inteligencia de que si el testador lo fuere el mismo capitán, desempeñara el cargo - el que deba sucederle en el mando; un ejemplar del testamento otorgado, tendrá que ser entregado en el primer puerto al Agente Diplomático o Cónsul o Vicecónsul mexicanos que hubiere, exigiendo el capitán recibo de la Autoridad que lo reciba quien deberá dar parte al funcionario judicial competente, para que se proceda a la apertura de la sucesión con citación de los interesados.

D) Testamento Hecho en País Extranjero.- -

Los testamentos hechos así surtirán sus efectos en el Distrito Federal, siempre y cuando hayan sido formulados de acuerdo con la ley - del país en que se otorgo éste testamento especial, se encuentra pre visto en los Artículos del 1593 al 1598 del Código Civil.

Puede sujetarse a las formalidades de la ley- extranjera o bien puede otorgarse ante los Secretarios de Legación,- Cónsules y Vicecónsules mexicanos quienes podrán hacer las veces de- Notarios o de encargados de registros en el otorgamiento de los tes- tamentos de los nacionales en el extranjero, el funcionario que in- -tervenga en su depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el término de diez días, al encargado del- Archivo General de Notarías.

El Testamento Hecho en País Extranjero, es - otorgado en caso de urgencia, inminencia de muerte, catástrofe, pes- te etc.

Los funcionarios antes mencionados, remitirán copia autorizada de los testamentos que ante ellos se hubieren otorga- do, al Ministerio de Relaciones Exteriores, para los efectos que pre- viene el Artículo 1590 del Código Civil.

Artículo 1590.- Los Agentes Diplomáticos, Cón- sules o las Autoridades Maritimas levantarán- luego que reciban los ejemplares referidos - una acta de la entrega, y la remitirán con - los citados ejemplares, a la posible brevedad al Ministerio de Relaciones Exteriores, el -

cual hará publicar en los periodicos la noticia de la muerte del testador para que - los interesados promuevan la apertura del-testamento.

3.- FORMAS PROHIBIDAS.- Nuestro Código Civil vigente, deja en posibilidad al testador de elegir él mismo a sus sucesores, es decir, a nombrar herederos y atribuirles su herencia y dejar ciertos bienes a legatarios por medio de este acto jurídico sin embargo la formalidad testamentaria rígida tiene por objeto entre otros, el asegurar, la identidad, capacidad y libertad del testador.

El hecho de que el testador tenga la facultad de hacer testamento, no quiere decir que la manera en que lo hecho deba tener validez, por lo que si un testamento no llena los requisitos propios exigidos por la ley, podrá ser declarado inexistente porque en tal documento no consta la capacidad y libertad del que lo hizo; el Código Civil basado en circunstancias especiales, establece que ciertas personas no podrán hacer testamento en algunas formas determinadas.

En la sucesión testamentaria el testador es un sujeto del derecho hereditario cuya conducta jurídica se encuentra regulada no solo para dictar válidamente su testamento sino también para definir hasta donde alcanza el poder de su voluntad por reconocimiento de la norma y en qué aspectos debe subordinarse a disposiciones prohibitivas o imperativas que lo obligan a disponer en cierta forma de sus bienes, como lo es cuando en circunstancias especiales el testador se somete a la necesidad jurídica de asegurar alimentos a ciertas personas con la sanción de que en caso de que no se haga así, el testamento será inoficioso como lo refiere el Artículo 1374 del Código Civil.

asimismo en nuestra legislación encontramos la prohibición del otorgamiento de los testamentos conjuntos o recíprocos; el Artículo 1296 establece:

"No puedan testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero."

Por lo que cuando en un acto único dos o más personas hacen un testamento en favor de otra estamos en presencia de un testamento mere simultaneum; en el caso de que se beneficien recíprocamente estaremos en presencia de un testamento recíproco, no bastará el hecho material de haber escrito el testamento en la misma hoja, sino que es necesaria la unidad del acto, es decir que los dos hayan hecho testamento a favor de otro o recíprocamente en favor suyo con una disposición única.

La prohibición para otorgar testamento también alcanza a aquellos que no han cumplido 16 años, según lo establece en su fracción primera el Artículo 1306 del Código Civil, sean hombres o mujeres, produciendo para el caso de que sea otorgado en estos términos una nulidad absoluta, no pudiendo ser convalidado ni confirmado con efectos retroactivos.

Y de acuerdo a la fracción segunda del Artículo que he referido con anterioridad, los que no están en sano juicio están incluidos en esta prohibición, no solamente los sujetos a interdicción sino los que por cualquier circunstancia aunque sea --

transitoria, no pueden dar testimonio en el acto de testar. Hay Códigos que señalan la edad de 16 años como lo son el Código Francés y el Alemán; el Código Español permite a los menores de 14 años testar en nuestra legislación existe una excepción en cuanto al otorgamiento del Testamento Ológrafo ya que el Artículo 1551 refiere "sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad."

Asimismo los testigos que intervengan en el acto, tendrán que ser capaces con lo cual se crea una garantía de la autenticidad y veracidad del otorgamiento en virtud de que si los testigos no son capaces o no concurren a la manifestación de voluntad del causante en el Testamento Abierto, o a la entrega y consiguiente declaración en el Testamento Cerrado, propiamente no llega a nacer el negocio jurídico mortis causa, siendo preciso que el testigo vea y entienda lo que ante él se realiza y pueden serlo todo - - aquel que no esté excluido expresamente por la ley.

Dentro de las formas prohibidas para el otorgamiento de los testamentos, encontramos A) Los Codicillos y B) Las Memorias:

A) "Los Codicillos eran disposiciones me-nos solemnes de última voluntad, en las Leyes de Partida se les consideraba como "escritos pequeños que hacen los hombres después de -- hechos sus testamentos, para crecer, disminuir o cambiar algunas de-- las disposiciones que hubiesen hecho en ellos."<sup>(31)</sup> Estos escritos se ad

(31).- ARAUJO VALDIVIA, LUIS.- "Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones Editorial Cajica Puebla Pue. Mex. año 1965 Pag. - - 404.

juntaban al testamento cuando el testador quería cambiar alguna disposición testamentaria.

B) Las Memorias Testamentarias, eran los escritos autógrafos del testador o por lo menos firmados por él y que complementaban un testamento anterior.

Debe entenderse que las disposiciones testamentarias son inseparables unas de otras y deben ser agrupadas " uno contextu " concentradas en un solo acto que es la regla de continuidad del acto jurídico.

Nuestro Código Civil de 1884, en su Artículo 3463, autorizaba las memorias para dejar legados, estableciendo a cargo del heredero o de quienes el testador hubiese dejado expresamente el encargo de cumplirlo, la obligación de revelárselos al Juez de la testamentaria y al Agente del Ministerio Público, antes de que se aprobaran los inventarios, para que así pudieran saber si eran o no contrarios a las leyes.

Actualmente ninguna de estas dos formas tienen eficacia en nuestra legislación ya que declara la nulidad para los testamentos que han empleado memorias o comunicados secretos, al respecto los Artículos 1484 y 1491 del Código de la materia señala:

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

Artículo 1491.- El testamento es nulo - -

cuando se otorga en contravención a las -  
formas prescritas por la ley.

Es así como el testador tiene que sujetarse -  
a todo conjunto de normas jurídicas referentes a su capacidad para -  
testar; a las formalidades para otorgar su testamento; a la licitud-  
en el objeto y fin de las instituciones que haga en favor de herede-  
ros y legatarios, y a la validez de las condiciones que pueda impo-  
ner a unos y otros.

## CAPITULO IV

## LA CAUSA EN EL TESTAMENTO

1.- Doctrina Causalista; 2.- Código Civil de 1884; 3.- Código Civil Vigente.

" En el campo del derecho, la palabra "causa" tiene diferentes sentidos mediante ella se designa la "causa - eficiente" esto es, la fuente de la cual nace o se origina la obligación como el contrato, el cuasicontrato o la ley; la "causa motivo" - que es el móvil determinante de la voluntad siempre contingente y - subjetivo, que varía de persona a persona y la "causa fin" que constituye el fin o propósito que se persigue al contratar o realizar el acto jurídico."<sup>(32)</sup>

Como lo refiere la Enciclopedia Jurídica-Omeba, la palabra "causa" ha sido empleada en el campo del derecho - con múltiples sentidos sin embargo adopta las mismas acepciones, señaladas anteriormente por Luis Araujo Valdivia, y que son las siguientes:

" 1.- Causa eficiente.- La palabra causa aquí, se emplea en el sentido de "fuente" de la cual nace o se origina la obligación es decir el contrato, el cuasicontrato, delito, cuasidelito o ley del cual emerge.

(32).- ARAUJO VALDIVIA, LUIS.- Ob. cit. Pág. 413.

2.- Causa motivo.- Es el móvil determinante de la voluntad del individuo, que lo lleva a contratar, testar etc., el motivo es contingente y subjetivo, varía de persona a persona, el que compra un bien inmueble puede hacerlo para habitarlo, venderlo, para donarlo, etc., las variantes pueden llegar al infinito.

3.- Causa fin.- Que constituye el fin o propósito que se persigue para contratar o realizar el acto jurídico."(33)

Toda persona que consiente en obligarse a otro, lo hace por la consideración de un fin que se propone alcanzar este fin varía según la naturaleza del contrato que origina la obligación; por lo que la obligación no es más que un medio para alcanzar un fin.

" Puede decirse, en efecto, que la consideración del fin determina al deudor a obligarse que es, por consiguiente, la causa de su consentimiento."(34)

" El motivo es la razón contingente subjetiva, y por lo mismo variable de individuo a individuo, que determina a una persona a hacer un contrato."(35)

El motivo ejerce una influencia decisiva sobre la voluntad del que contrata; es lo que determina a obligarse.

(33).- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo II "B-C" Editorial Bibliografía Argentina Pag. 880.

(34).- CAPITANT, HENRI.- "De la Causa de las Obligaciones", Trad. de Eugenio Tarragato y Contreras, Madrid año 1927 Pag. 21.

(35).- idem. Pag. 23.

De las observaciones que preceden se deduce que la causa se encuentra en toda obligación voluntaria es decir en toda obligación originada por la voluntad del deudor. Existe no solamente en las obligaciones contractuales, sino también en las obligaciones que tienen su origen en acuerdo unilateral y en los legados. En efecto, el testador y el donante aspiran a un fin determinado." (36)

El Maestro Rojina Villegas al referirse a la causa pone de manifiesto: "La causa es un elemento esencial o es un elemento de validez en el acto jurídico, o bien este supuesto elemento no tiene ningún valor respecto a la existencia ni respecto a la validez del acto?"

Si se resuelve el problema como lo hace la doctrina llamada causalista, resultará que además de los elementos reconocidos como indiscutibles del acto jurídico, tanto de existencia como de validez, hace falta este nuevo elemento llamado "causa" por que si falta el acto jurídico sería inexistente. Si la causa es ilícita o falsa, el acto jurídico existirá, pero estará afectado de nulidad, por la ilicitud o falsedad de la causa." (37)

Buscando una solución al planteamiento antes expresado, analizaremos 1.- La teoría clásica de la causa, - 2.- La teoría anticausalista y 3.- La teoría neocausalista, partiendo primeramente de las ideas del Derecho Romano su evolución y la ca

(36).- CAPITANT, HENRI.- Ob. cit. Pag. 75.

(37).- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- Ob. cit. Pag. 386.

nera en que ha sido aplicada al testamento en nuestro Código de 1884 y el Código Civil Vigente.

1.- TEORIA CAUSALISTA.- La especulación doctrinal desde luego, parte de Roma; "En materia de obligaciones - los jurisconsultos romanos emplean la palabra causa en acepciones - muy diversas. Bien designan por ellas las fuentes mismas de las - - obligaciones civiles ... bien califican de causa las formalidades - que deben añadirse a la convención para la perfección de ciertos contratos: las palabras en los contratos verbis, la escritura en los - contratos litteris, la tradición de una cosa en los contratos re.

"Por último, la palabra causa sirve aún - para expresar el motivo jurídico del consentimiento del que se obliga. Así, en una venta, la causa de la obligación que contrata el - vendedor es el pago del precio, a lo cual está obligado el comprador. En la estipulación puede ser una deuda anterior que el que hace la - promesa se compromete verbis a pagar al acreedor." (38)

Entre los romanos el concepto de causa - fue empleado en muy distintos sentidos: primeramente como causa - - eficiente de la obligación; en segundo lugar se llamaba causa al -- hecho necesario para obligar a las partes en los contratos sinalagmáticos.

En cuanto a las liberalidades testamentarias, los jurisconsultos romanos analizan más detalladamente todavía los diversos factores que influyen en la voluntad del testador. Colocan en primer lugar la existencia de la intención liberal, elemento esencial e indispensable de la institución de heredero, así como de los legados; y de la intención liberal separan los motivos que la (38).- PETIT, EUGENE .- Ob. cit. Pag. 332.

han determinado, a los cuales designan con el nombre de causa o de -  
Ratio." (39)

Más tarde, en el Derecho Canónico se con-  
templa ya en forma más profunda el concepto de causa entre los cano-  
nistas como expresa Henri Capitant en su obra "De la causa de las -  
obligaciones" algunas veces la causa era, considerada como el fín mo-  
ral de esa acción.

El Derecho Canónico instituía que el con-  
tratante se obligaba cuando la prestación prometida era cumplida, a  
contrario sensu, la causa de la obligación se extinguía cuando la -  
obligación no se cumplía; es ante tal afirmación en donde se halla -  
realmente el germen de la teoría de la causa.

De esta manera a través del tiempo la teo-  
ría de la causa se va formando; "Domat no la ha inventado; la expuso  
simplemente por primera vez, en términos claros y precisos", (40) sien-  
do precedido por algunos jurisconsultos como Francisco Cannano, Pa-  
pón, Charondas el Caron quienes prepararon el camino que Domat poste-  
riormente seguiría en torno a la teoría de la causa, dándola a cono-  
cer posteriormente en su obra "Leyes Civiles", considerando a la -  
causa como elemento de un negocio jurídico.

Cuando este autor escribe sus "Leyes Civi-  
les", las distinciones romanas entre pactos nudos y convenciones - -  
obligatorias, entre contratos formales y consensuales, entre contra-  
tos nominados y contratos innominados quedan definitivamente sin nin-  
(39).- CAPITANT, HENRI.- Ob. cit. Pag. 171.  
(40).- idem. Pag. 126.

gún efecto.

Domat estudia las convenciones, su naturaleza y modos que se verifican, y considera que la convención es un nombre general que comprende toda suerte de contratos, tratados y pactos de cualquier naturaleza al poner de manifiesto:

"Las relaciones y negocios útiles a las personas y a las cosas son de cuatro clases que constituyen cuatro especies de convenciones. Pues los que contratan entre sí o se dan recíprocamente una cosa por otra, como en la venta y permuta, o hacen alguna cosa en beneficio recíproco como cuando se encarga uno de los asuntos del otro; o bien el uno hace y el otro da alguna cosa como si uno da su trabajo por cierto precio; o, finalmente, uno solo da o hace sin que el otro dé o haga nada, como cuando una persona se encarga gratuitamente de los negocios de otra o cuando uno hace cierta donación por simple liberalidad."<sup>(41)</sup>

Domat nos expresa que " en las donaciones y en los otros contratos en que del lado de una sola de las partes está el dar y el hacer, y la otra no hace ni dá nada, la aceptación perfecciona el contrato, y la obligación del que dá se fundamenta en un motivo razonable y justo, como por ejemplo, un servicio prestado o algún otro mérito del donatario, o el solo placer de hacer bien. Y este motivo hace las veces de causa de quien recibe y no dá nada."<sup>(42)</sup>

(41).- CAPITANT, HENRI.- Ob. cit. Pag. 163.

(42).- idem. Pag. 164.

Y define Domat, la causa de las obligaciones diciendo que: "Las relaciones entre personas por razón de servicios de ellas o de uso de ciertas cosas, son de cuatro clases, - que cristalizan en otras tantas especies de convenciones. En efecto encontramos casos en que dos individuos se relacionan o dan recíprocamente cosa por cosa, como sucede, por ejemplo en la venta y en la permuta, o se prestan mutuamente algún servicio, como ocurre al encargarse cada uno de los asuntos del otro. Este servicio puede - ser prestado también mediante remuneración como en el arrendamiento de servicios, u ocurrir, por último que solo sea una de las partes la que da o hace, sin contraprestación alguna, cual sucede en el desempeño gratuito de los negocios ajenos o en las donaciones por pura liberalidad."<sup>(43)</sup>

La concepción de Domat, estriba principalmente en afirmar que la causa de una obligación en los contratos bilaterales es la obligación de la otra parte, es decir que en todo - contrato bilateral una parte se obliga única y exclusivamente por - la que la otra lo hace, pues hay una correlatividad de obligaciones.

En los contratos sinalagmáticos, declara que la obligación de uno, es el fundamento de la otra parte contratante, es decir, que ambas obligaciones se sirven mutuamente de - causa.

Pothier, jurisconsulto francés, también se ocupa de la causa de las obligaciones y es quien continúa la teoría- (43).- Citado por DABIN, JEAN.- "La teoría de la causa", trad. de -- Francisco de Pelasmaeker Biblioteca de la "Revista de Derecho Privado" Serie B. Vol. X, Madrid 1979 Pag. 15.

propuesta por su antecesor "incluye la causa entre los elementos - esenciales de los contratos, al lado del consentimiento y el objeto y hace una distinción entre contratos interesados u onerosos y contratos a beneficencia o gratuitos; definiendolos de la siguiente manera: "en los contratos onerosos (intereses) la causa del compromiso (engagement) contraído por una de las partes, radica en lo que la otra le dá o se compromete a entregarle, o aun en el mismo riesgo - que asume. En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere ejercitar respecto a la otra, es causa suficiente de la obligación no tiene causa alguna, o, lo que es lo mismo, - cuando es falsa la causa de la obligación, esta será nula y, por lo tanto, nulo también el contrato que la contiene."<sup>(44)</sup>

El Código de Napoleón se inspiró en la - teoría clásica de la causa cuyos máximos exponentes lo fueron Pothier y Domat; dicho ordenamiento, menciona a la causa como elemento esencial en las condiciones necesarias para la validez de los contratos; estableciendo en uno de sus Artículos a saber el 1108 que los elementos del contrato son el consentimiento, el objeto la capacidad y una causa lícita.

El legislador francés consideró como elemento necesario la causa lícita en la obligación, para la validez de los contratos.

Interpretando Bonnecase la doctrina clásica nos dice, que la causa final es el fin abstracto, inmediato rigurosamente idéntico en cada categoría de contratos que en forma fatal y - (44).- Citado por DABIN, JEAN.- Ob. cit. Pág. 45.

necesario se proponen las partes al contratar y que fatal y necesariamente se desprende de la naturaleza del acto.

La causa final se nos presenta en forma mas explicita en un contrato bilateral, ya que en toda clase de contratos de este tipo, el fin es abstracto y rigurosamente idéntico.

Es abstracto, porque la finalidad no depende del contratante, sino de aquello que la ley determina, es decir, de la naturaleza propia del acto.

Es idéntico, por que es el mismo fin en cada categoría de actos jurídicos.

De lo anterior, podemos afirmar que la causa final deriva de la definición misma de los contratos.

La doctrina causalista contemporánea interpreta al concepto de "causa" considerando los motivos personales de las partes la intención o el móvil determinante inmediato del acto y el interés como motor de esa intención determinante. De este modo, el concepto de la causa se vincula a la voluntad jurídica a la intención en los actos voluntarios que producen consecuencias de derecho.

Según Aubry y Rau, "señalan como causa de la obligación en los contratos:

- 1) A título oneroso: Al motivo jurídicamente suficiente que lo determina a obligarse.
- 2) A título gratuito: La intención de - -

ejercer un acto de liberalidad o de prestar su servicio."<sup>(45)</sup>

2.- "En contra de esta teoría se ha desarrollado la tesis anticausalista, que sostiene que la causa no es un nuevo elemento del acto jurídico: que éste existe cuando hay manifestación de voluntad y objeto, que para nada tiene que intervenir - el elemento llamado causa y que lo que ha hecho la doctrina causalista es confundir la causa con la manifestación de voluntad en algunos casos y en otros con el objeto."<sup>(46)</sup> (lo cual ocurre en los contrastalagnáticos) ya que los causalistas consideran que primero nace una obligación que será causa de la obligación de la otra parte, sosteniendo que una obligación es causa de la otra, lo que es falso para los anticausalistas ya que consideran que en los contratos bilaterales nacen las obligaciones simultáneamente, al mismo tiempo, es imposible que cada una de ellas sea causa de la otra; entre los anticausalistas encontramos a Ernst, Laurent y Planiol entre otros.

Ernst - dice - creemos que los redactores del Código Civil confundieron dos cosas distintas: la causa de que por error hicieron una de las condiciones sustanciales del contrato, y la causa de la obligación. Si por esta última expresión, se entienden las fuentes legales de las obligaciones, es verdad que no puede existir una obligación sin causa; en este sentido, las convenciones mismas son una causa y la causa más común de las obligaciones las obligaciones de esta clase se llaman convencionales, para distinguir

(45).- Enciclopedia Jurídica Omeba.- Ob. cit. Pag. 887.

(46).- IBARROLA, ANTONIO DE.- Ob. cit. Pag. 631.

guirse de aquellas que tienen otro origen y que se derivan de la - -  
 autoridad de la ley, de los cuasicontratos, de los delitos o de los-  
 cuasidelitos."(47)

"En los contratos a título oneroso, según la concepción de Pothier, la causa del compromiso contraído por una-  
 de las partes, está constituida por la que la otra da o se obliga a  
 dar, o en el riesgo que asume";(48) siendo, bajo esta concepción con-  
 fundida la causa con el consentimiento o con el objeto, toda vez que  
 en los contratos bilaterales una parte se obliga en relación con lo  
 que la otra también hace; así lo que la Doctrina Clásica conoció co-  
 mo causa, no es más que el objeto que ambos se deben. En cuanto a -  
 los contratos gratuitos, la liberalidad, es el consentimiento; enton-  
 ces la causa en tal situación es confundida con la manifestación de-  
 voluntad, puesto que el "animus donandi" es precisamente una expre-  
 sión de voluntad.

Bonnetcase, en su obra "Elementos del Dere-  
 cho Civil", expresa que Ernst, estaba convencido del correcto funda-  
 mento de la tesis que sostenía, pues como lo expresa el mismo autor-  
 "no es necesario ser jurisconsulto para comprender que un contrato -  
 no puede existir sin la voluntad sin la capacidad de las partes con-  
 tratantes y sin el objeto que forma la materia de la obligación; pe-  
 ro no es tan fácil concebir que la causa esté situada al lado de es-  
 tos elementos sustanciales y que se eleve a la categoría de una cuar-  
 ta condición necesaria para la validez de los contratos;...."(49)

(47).- Citado por ORTIZ URQUIDI, RAUL.- Ob. cit. Pag. 359.

(48).- Citado por DABIN, JEAN.- Ob. cit. Pag. 50

(49).- BONNETCASE, JULIAN.- Ob. cit. Pag. 752.

Laurent, critica la doctrina clásica de la causa, expresando que "la teoría causalista confunde, en los contratos a título oneroso la causa con el objeto "es decir con la cosa que una de las partes se obliga a dar o a hacer". "Respecto de los contratos bilaterales esto está admitido por todo el mundo pues (según la teoría) la cosa prometida por el comprador (el precio) es la causa de la obligación del vendedor y la cosa prometida por éste, es la causa de la obligación de aquél lo cual es indudable respecto a la venta y de todos los contratos bilaterales."<sup>(50)</sup>

"Para Laurent, la causa consiste en el interés que los guía a contratar y no es necesario que la ley le imponga como condición a los hombres que no pueden contratar sin interés."<sup>(51)</sup>

Laurent declaró que: "La teoría del Código sobre la causa no es jurídica...., y que la ley, erróneamente distingue la causa del objeto, haciendo de ella una nueva condición esencial para la validez de los contratos,"<sup>(52)</sup> refiriéndose desde luego al Código Francés.

"Inspirándose en Ernst, ha criticado la misma teoría, supuesto que, según ella, en los contratos a título oneroso la causa se confunde con el objeto, en los contratos unilaterales la causa de la obligación del deudor es la cosa, o el hecho que es prestado por la otra parte, y que da nacimiento al contrato -

(50).- Citado por ORTIZ URQUIDI, RAUL.- Ob. cit. Pag. 360.

(51).- Enciclopedia Jurídica Omeba.- Ob. cit. Pag. 883.

(52).- ORTIZ URQUIDI, RAUL.- Ob. cit. Pag. 357.

y en este sentido, también el objeto del contrato es el que forma la causa, y que en la donación la causa se confunde con el consentimiento del donante, o sea, con la voluntad de hacer un beneficio, de donde resulta que el contrato existe y es válido desde que existen el consentimiento, la capacidad y el objeto."<sup>(53)</sup>

Finalmente, Laurent se refiere a los contratos a título gratuito, exponiendo que en esta clase de convenciones la causa consiste en el "animus donandi", como lo expresaron los causalistas, pero con la modalidad de que esta causa es el consentimiento del donante pues la causa en una donación es la voluntad de conferir un beneficio. Roberto de Ruggiero nos ofrece un ejemplo para poder establecer la diferencia entre la causa de obligación y la causa del contrato, poniendo de manifiesto que la causa de la obligación es la fuente de donde el vínculo deriva y puesto que entre las fuentes está el contrato no puede confundirse con éste la causa del contrato; en virtud de que el Código Civil Español, habla de la causa en relación con la obligación, ya en relación con el contrato y al efecto manifiesta:

" En la venta es causa la obligación del vendedor de dar la cosa, la obligación del comprador de pagar el precio y viceversa, y, más brevemente que la causa es para el vendedor el precio y para el comprador la cosa; y continúa diciendo - que en el mutuo es causa de la obligación de restituir que tiene el mutuario la precedente entrega de la suma etcétera - Que - Esto no es - - (53).- BORJA SORIANO, MANUEL.- "Teoría General de las Obligaciones"- edit. Porrúa año 1985 Pag. 160.

inexacto pero nos ofrece la causa contemplada, subjetiva y unilateralmente como razón que determina a cada parte a asumir la obligación suya, no la causa en su orgánica unidad objetiva que es la razón ( y única razón) para ambas partes; la causa del contrato no es la causa particular de uno u otro de los contratantes, sino que esta en la esencia de todo contrato."<sup>(54)</sup>

Podemos manifestar que la causa en todos los tipos de contratos debe ser fundamentalmente lícita. Al hablar de causa ilícita y falsa nos debemos percatar que ésta tiene una mayor relevancia, ya que el Código de Napoleón establece que cuando un contrato tenga una causa ilícita, dicho acto podrá ser declarado nulo. A contrario sensu la doctrina causalista considera que cuando el objeto es ilícito, no es suficiente para que el acto sea nulo en su totalidad.

Los causalistas sostienen que el objeto en la obligación debe desvincularse de su fin, tomándose únicamente en cuenta la prestación misma.

Planiol, sostiene que la teoría de la causa es falsa y es inútil al poner de manifiesto que: "los autores causalistas no pueden aplicar su idea de nulidad por ausencia de causa, sino a los contratos sinalagmáticos: Si la cosa vendida no existe, la obligación del vendedor es nula por falta de objeto: la del comprador es nula por falta de causa porque la obligación del vendedor,

(54).- RUGGIERO, ROBERTO DE.- "Instituciones de Derecho Civil" Traducción de la 4a. Edición Italiana anotada y concordada con la legislación Española por Ramón Serrano Suñer y José Sta.-Cruz Teijeiro. Edit. Reus, Tomo Primero Pag. 287.

que debía hacer las veces de causa, no ha nacido. Se puede llegar - al mismo resultado sin hacer intervenir la idea de causa, por la simple naturaleza sinalagnática del contrato que supone prestaciones recíprocas: Cada una de las partes no tiende a ligarse sino en consideración de la ventaja que la otra debe procurarle, y esta conexidad, que liga sus dos obligaciones es una relación de dependencia mutua, - enteramente distinta de una relación de causalidad."(55)

3.- Teoría Neocausalista; en 1922 Henri Capitant desarrolla una nueva corriente a la que se le denomina neocausalista, este autor "busca salvar todos los escollos con el concepto de "causa fin".(56)

Para los neocausalistas, la causa es el - fin concreto y personal que en cada caso particular ha considerado - el otorgante del acto, y no consiste en la obligación, como lo concibió la doctrina clásica, sino en su ejecución.

Henri Capitant, mantiene la distinción en tre causa y motivo, determinante al poner de manifiesto que "el motivo es un factor psicológico que no está comprendido en el acto de voluntad que crea la obligación, y por esto no es un elemento constitutivo del convenio de voluntades, al paso que la causa es parte integrante de este acto de voluntad, y por consecuencia del contrato.

No es posible confundir el uno con el otro

(55).- Citado por BORJA SORIANO, MANUEL.- Ob. cit. Pag. 181.

(56).- Enciclopedia Jurídica Omeba.- Ob. cit. Pag. 883.

y hay que guardarse de decir, como lo hacen ordinariamente los autores, que la causa es el móvil inmediato, directo (causa próxima) y - el motivo la causa secundaria lejana (causa remota), que mueve a -- obrar."(57)

"Baudry - Lacantinerie et Berde, critican también la teoría de la causa, considerándola absolutamente superflua y diciendo, entre otras cosas, que según esa teoría el mismo - elemento será unas veces causa u objeto y que otras veces el mismo - elemento se llamará consentimiento y causa."(58)

Capitant, al expresar que si una de las - partes incumple, la otra no está obligada a cumplir, teniendo ésta - última acción para pedir la rescisión del contrato, al expresar ésto el mencionado autor está en lo correcto, pero no debemos olvidar que la rescisión opera únicamente cuando el contrato es válido y el tema de la causa no se plantea en referencia con esta figura jurídica, si no con la procedencia de validez o nulidad de un acto jurídico.

La jurisprudencia francesa que estuvo - - aplicando el concepto clásico de la causa hasta 1832, cambia radicalmente para formular un concepto de causa totalmente distinto. Propone que la causa final no se tome en cuenta en los actos jurídicos, - por ser realmente un elemento innecesario dada la duplicación que se ha hecho respecto a los elementos del propio acto jurídico. Indica en cambio que debe considerarse como verdadera causa a la impulsiva. No (57).- CAPITANT, HENRI.- Ob. cit. Pag. 25.

(58).- Citado por BORJA SORIANO, MANUEL.- Ob. cit. Pag. 161.

es la causa final a la que se ha querido referir el Código de Napoleón, por que ésta no tiene sentido,<sup>(59)</sup> basandose en la célebre - sentencia emitida por el tribunal francés, sobre el famoso caso Pendariés, en virtud de que en 1817 aparece un testamento otorgado por Jeanne Marie Dugour, en favor de su hijo menor de edad, de nombre - Francois Ilpid Pendariés, mencionandose en el mismo, que en el caso de que no pueda recibir por cualquier causa la herencia, su menor - hijo, entonces dona todos sus bienes en favor de su cuñado Francois-Pendariés, padre del menor cuyo reconocimiento se hizo en el Registro del Estado Civil.

De acuerdo a la sentencia, se consideró - que la causa es ilícita cuando es contraria a las buenas costumbres y al orden público; por lo que las liberalidades hechas en favor de un hijo adulterino o incestuoso del donante, es indiscutiblemente - contraria a las buenas costumbres.

La jurisprudencia francesa acepta que la causa impulsiva que no tomó en cuenta la doctrina clásica debe ser - la que refiere el Código de Napoleón como causa ilícita.

La causa impulsiva - dice Demolombe citado por Julian Bonnescase - "no es sino el motivo que impulsa a cada - una de las partes en lo particular, a contratar; el motivo del contrato es cur contraxit, y no el motivo de la obligación, cur promissit, dos diferencias la distinguen de la causa final. En primer lugar no es un elemento intrínseco o constitutivo de la obligación - - (59).-- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.-- Derecho Civil Mexicano T. 14 Edit.- Porrúa año 1985 Sexta Edición Pág. 306.

sino extrínseco y exterior. Por ello es relativo y personal a cada uno de los contratantes en particular y continúa diciendo efectivamente en tanto que la causa final siempre es idénticamente la misma en todos los contratos idénticos, la causa impulsiva es esencialmente variable; y en efecto, casi siempre es diferente, en los mismos contratos, para las partes que los celebran."<sup>(60)</sup>

La Doctrina Causalista contemporánea interpreta el concepto de "causa" considerando los motivos personales de las partes la intención o el móvil determinante inmediato del acto y el interés como motor de esa intención determinante. De este modo el concepto de la causa se vincula a la voluntad jurídica y a la intención en los actos voluntarios que producen consecuencias de derecho."<sup>(61)</sup>

Bonnescase señala el alcance de la causa en materia de contratos, al señalar "la causa puede producir, según los casos, la inexistencia del contrato o su nulidad absoluta. Implicará inexistencia cuando haya falsa causa ó ausencia de esta. Por el contrario, producirá la nulidad absoluta cuando la causa sea ilícita o inmoral."<sup>(62)</sup>

"A Duguit, se debe el término de "fin o motivo determinante de la voluntad" como elemento del acto jurídico. Precisa que además de la voluntad y del objeto, del motivo o fin determinante, existen móviles que son secundarios, y no constituyen

(60).- BONNECASE, JULIAN.- Ob. cit. Pag. 249.

(61).- ARAUJO VALDIVIA, LUIS.- Ob. cit. Pag. 414.

(62).- BONNECASE, JULIAN.- Ob. cit. Pag. 307.

elementos para juzgar desde el punto de vista jurídico. Cuando el fin o motivo determinante, es ilícito o falso, origina la nulidad del acto jurídico;"<sup>(63)</sup> Bonnacase sostiene la misma tesis.

"Josserand, se refiere a los móviles abstractos y a los móviles concretos y precisa que además del móvil abstracto de cada acto jurídico, que no depende de la finalidad que se proponga su autor sino de la naturaleza del acto, existen móviles concretos que determinan la voluntad del autor del acto jurídico para producir consecuencias de derecho."<sup>(64)</sup>

(63).- IBARROLA, ANTONIO DE.- Ob. cit. Pag. 739.

(64).- ARAUJO VALDIVIA, LUIS.- Ob. cit. Pag. 414.

2.- CODIGO CIVIL DE 1884.- La codificación del Derecho Civil en nuestro país arranca del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1870, con principios del Derecho Romano; de la antigua legislación española; de Francia; y otros; que pasan a formar parte de éste Código.

"El Código Civil de 1870 fué redactado - por una comisión que tomó como base el proyecto de don Justo Sierra (padre) quien a su vez se inspiró en el proyecto del jurisperito - español don Florencio García Goyena quien es a su vez influenciado - por el Código de Napoleón." (65)

"Entre el Código Civil de 1870 y el de - 1884 también del Distrito Federal, no existe gran diferencia sino modificaciones de mera forma salvo la supresión que hizo el segundo - de la legítima forzosa y el establecimiento en su lugar de la libre-testamentación. Este último Código estuvo en vigor desde el 10 - de junio de 1884 hasta septiembre de 1928 en que entro a regir el - Código Civil conocido como el Código Civil de 1928, por ser este año en que se publicó y se dió a conocer." (65.A)

La libertad testamentaria a la que se refieren ambos Códigos está aunada a la libertad de garantías individuales y al derecho de propiedad que se encuentran reguladas en nuestra carta magna.

Con ello se constituyó una garantía en - los particulares de preservar el patrimonio adquirido en vida.

(65).- AGUILAR GUTIERREZ, ANTONIO Y DERBEZ MUÑOZ JULIO.- "Panorama de la Legislación Civil de México" Edit. Imprenta Mexicana México 1960 Pag. 5.

(65.A).- *idem*.

Asimismo los Artículos 830 y 831 del Código Civil establecen:

Artículo 830.- El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes."

Artículo 831.- La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, - sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

Por lo que el individuo al adquirir alguna fortuna en el trabajo que realiza, tiene el derecho de disponer de ella de la manera que crea conveniente, con la esperanza de que después de su muerte, sus bienes serán de las personas a quien designe libre y voluntariamente, siendo con ello alentado y estimulado para redoblar esfuerzos y afanes de progreso, lo cual contribuye al beneficio de la riqueza pública.

"Con respecto a la causa, Borja Soriano, - considera que ambos Códigos fueron anticausalistas ya que al establecer las condiciones que deben reunir los contratos, no la mencionan;" (65.B) y que asimismo emplean esa palabra relacionándola con el error en los contratos es decir, siguen la Teoría de Ernst y Laurent, la cual dice Borja Soriano, queda incluida ya en el objeto, ya en el consentimiento, considerando a la falsa causa dentro de los vicios del consentimiento.  
(65.B).- BORJA SORIANO, MANUEL.- Ob. cit. Pág. 168.

No obstante el Código Civil de 1884 establecía en sus Artículos 3243 y 3244:

Artículo 3243.- La expresión de una falsa causa será considerada como no escrita, a no ser que del mismo testamento resulte que el testador no habría hecho aquella disposición, conociendo la falsedad de la causa.

Artículo 3244.- La expresión de una causa contraria a derecho aunque ésta sea verdadera, se tendrá por no escrita.

Estos Artículos son arrancados literalmente de los Artículos 3380 y 3381 respectivamente del Código Civil de 70 donde se desprende que utilizaron a la causa como elemento en los testamentos.

"Es decir, la teoría anticausalista reconoció con otras palabras, lo que se llamaba causa errónea; pero argumentaba que era una forma del error en los actos jurídicos."<sup>(66)</sup>

En ambos Códigos se considera que el error puede recaer sobre el motivo o sobre el objeto del contrato y en tal situación el acto jurídico se nulifica, cuando se prueba que únicamente por este motivo se contrató.

En efecto, el Artículo 1296 fracción II - (66).- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- Compendio.- Ob. cit. Pag. 390.

del Código Civil de 1884 estipula:

" El error de hecho anula el contrato:

II.- Si recae sobre el motivo u objeto -  
del contrato declarándose en el acto de ce  
lebración o probándose por las circunstan-  
cias de la misma obligación, que es el fa  
so supuesto que motivó el contrato y no -  
por otra causa se celebró éste."

El maestro García Rojas, sostiene una po-  
sición contraria al afirmar que nuestros antecedentes legislativos -  
son causalistas y para respaldar tal afirmación, invoca el Artículo-  
1281 del Código de 1884 el cual refiere:

"El juramento no producirá ningún efecto -  
legal en los contratos y jamás en virtud -  
de él, ni de la promesa que lo sustituye,-  
podrá confirmarse una obligación, si no -  
hubiere causa legal que lo funde."

"Justamente, por esta discusión en los tér  
minos propusieron Duguit, Bonnecase y Josserand emplear terminología-  
más precisa que todo mundo pudiese aceptar de manera que los jueces -  
no tuvieran dificultad al interpretar los preceptos respectivos y en  
tonces propusieron el término "motivo o fin determinante de la volun-  
tad", inspirándose en la jurisprudencia contemporánea francesa que -

cambió el concepto clásico de la causa."<sup>(67)</sup>

(67).- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- Compendio.-Ob. cit. Pag. 390.

3.- CODIGO VIGENTE.- Para la elaboración del Código Civil actual, la Secretaría de Gobernación, designó una comisión para que redactara un proyecto de Código, formada por Francisco H. Ruiz, Ignacio García Téllez, Angel García Peña y Fernando Moreno, quienes reproducen en gran parte el Código Civil de 1884, una vez elaborado, entra en vigor el 19 de octubre de 1932, después de ser reformado y revisado, pero es conocido como el Código Civil de 1928 por ser este año en el que se publicó en el Diario Oficial de la Federación.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente establece siete especies de testamento, clasificándolos en tres ordinarios y cuatro especiales, mismos a los que ya me he referido en el Capítulo III del presente trabajo, la única diferencia con el Código de 1884, radica en que el Testamento Ológrafo debe ser redactado de puño y letra del testador que aquél Código no aceptaba. En él, siguiendo en esto a los Códigos de 1870 y 1884, no se hace mención alguna de la causa como elemento del contrato, sin embargo a la causa como elemento de validez del acto jurídico, se le ha definido como el motivo determinante de la voluntad, siempre distinto en cada especie de contrato.

Nuestro Código Civil usa el término de "motivo o fin determinante de la voluntad", adoptando con ello la transformación que la jurisprudencia francesa aceptó a partir del año de 1832, aplicando de esta manera el concepto moderno de causa, con lo que nos damos cuenta que esta nueva concepción es muy importante para la práctica del Derecho Civil, ya que es posible anular todos -

aquellos actos cuyo motivo o fin determinante sea ilícito o erróneo.

Al enumerar las causas de invalidez, del contrato señala la ilicitud del objeto de su motivo o fin, al tratar de los vicios del consentimiento señala en su Artículo 1813.

"El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

El Código Civil, concede a los particulares la facultad de otorgar testamento, pero regula su propia conducta, por lo que gozan de cierta libertad de acción por el ejercicio de su voluntad autónoma; esa autonomía por lo tanto, tiene por límite la ley, pues el objeto de este acto jurídico, el fin que induce a su celebración y las condiciones que en ellos se impongan, no deben contradecir o contrariar las normas establecidas en la ley; por lo que el sujeto que por medio de este acto unilateral de voluntad, se opone a lo prescrito por la norma general obligatoria, dicho acto no surtirá efecto alguno al respecto, el Artículo 1301 establece:

"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."

Asimismo y en este orden de ideas, el Ar tículo 1304 determina:

"La expresión de una causa contraria a derecho aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita."

No obstante que "el legislador mexicano se coloca en este punto en una posición francamente anticausalista, no considerando la causa ni como elemento esencial, ni como elemento de validez del contrato."<sup>(68)</sup>

Nuestra legislación vigente, es como lo afirma el Doctor Ortiz Urquidí, neocausalista, "pués pasa del concepto de causa final de la teoría clásica al de la causa impulsiva de la jurisprudencia francesa a partir del famoso caso Pendariés, existiendo por ello que para que dicha causa impulsiva sea tomada en cuenta, no debe quedar en el fuero interno del autor o las partes, sino que debe exteriorizarse en el acto de celebración o desprenderse necesariamente de las circunstancias en que el negocio fue celebrado."<sup>(69)</sup>

Debemos tomar en consideración que la cau

(68).- PINA, RAFAEL DE.- "Derecho Civil Mexicano" Elementos de Derecho Civil Mexicano, Edit. Porrúa año 1977 Pag. 297.

(69).- ORTIZ URQUIDI, RAUL.- Ob. cit. Pag. 384.

sa final es un elemento intrínseco y constitutivo de la obligación - es decir es el fin directo o inmediato que el contratante se propone alcanzar obligándose, mientras que la causa impulsiva, es el motivo que induce a cada una de las partes a contratar, es decir es extrínseca esencialmente variable.

Luego entonces se deduce que si la causa tiene un vínculo estrecho con la voluntad y ésta última es un elemento de existencia en el testamento, de acuerdo a lo establecido por el Código Civil vigente, por lo tanto la causa debe ser -- considerada como elemento de validez en el testamento por constituir el fin objetivo extrínseco de la voluntad del acto jurídico, - asimismo nuestra legislación al igual que la de 1884 reconocen que la causa determinante de la voluntad cuando es falsa, priva de efectos al testamento.

## CONCLUSIONES.

- 1.- El testamento es un acto jurídico, por medio del cual se transmiten derechos, bienes y obligaciones, estableciéndose de esta manera una situación jurídica que surtirá efectos, después de la muerte del otorgante.
- 2.- El testamento debe reunir elementos de existencia y elementos de validez que todo acto jurídico debe contener.
- 3.- En el testamento, la voluntad juega un papel muy importante, - al ser exigida como elemento esencial.
- 4.- Atendiendo a su forma, el testamento puede revestir diferentes modalidades, sin que por ello pierda la estructura esencial - que dicho acto requiere.
- 5.- La teoría causalista habla de la causa como la causa final, es decir la consideran como elemento de un negocio jurídico; los anticausalistas se oponen a este criterio considerando que los causalistas confunden a la voluntad con el objeto mismo del acto jurídico; los neocausalistas hablan de la causa como "el motivo o fin determinante de la voluntad, estos últimos tomando en consideración la teoría moderna de la causa impulsada por - la jurisprudencia francesa a partir de 1832.
- 6.- El testamento es un acto unilateral formal y solemne en el que se presenta, independiente, la causa de la voluntad.

- 7.- En el testamento se contempla un espíritu de liberalidad de bienes, derechos y obligaciones, el cual se exterioriza.
- 8.- La causa es necesaria y distinta como elemento de validez, del testamento.
- 9.- El testamento tiene una causa propia.
- 10.- Nuestro Código Civil de 1884 es considerado al igual que su similar de 1870, anticausalista, en virtud de que no consideran a la causa como elemento necesario de un contrato.
- 11.- Nuestra legislación vigente, es neocausalista, ya que adopta el concepto de causa impulsiva (fin personal que cada parte se propone en el acto jurídico), prefiriendo asimismo abandonar el concepto clásico de causa y sustituirlo por el de "fin o motivo determinante de la voluntad."
- 12.- Ya que la causa tiene un vínculo estrecho con la voluntad y esta última es un elemento esencial en el testamento, por consiguiente debe ser considerada (la causa) como elemento de validez que regulada por la norma jurídica, no debe ser contraria a las leyes del orden jurídico.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- AGUILAR CARVAJAL LEOPOLDO "Segundo Curso de Derecho Civil (Bienes Derechos Reales y Sucesiones), Tercera Edición Editorial Porrúa.
- 2.- AGUILAR GUTIERREZ ANTONIO Y DERBEZ MURO JULIO "Panorama de la Legislación Civil de México" Editorial - Imprenta Mexicana, 1960.
- 3.- ARAUJO VALDIVIA LUIS "Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones" Editorial Cajica, Puebla Pue. - - Méx., 1965.
- 4.- BEJARANO SANCHEZ MANUEL "Obligaciones Civiles" Editorial Harla S.A. de C.V., - - 1980.
- 5.- BINDER JULIUS "Derecho de Sucesiones" Traducción de la Segunda Edición Alemana y anotada conforme al Derecho Español, - por José Luis Crus Berdejo, - Editorial Labor S.A., 1953.
- 6.- BONNECASE JULIAN "Regimenes Matrimoniales y - Derecho de las Sucesiones" - Editorial Cárdenas, traducción de José M. Cajica, 1985.
- 7.- BONNECASE JULIAN "Elementos de Derecho Civil" Traducción de José M. Cajica Jr. Tomo III Puebla Pue. - - Méx. 1945.
- 8.- CAPITANT HENRI "De la Causa de las Obligaciones", traducción de Eugenio Farragato y Contreras, - Madrid 1928.

- 9.- COULANGES FUSTEL DE "La Ciudad Antigua" Estudio sobre el culto al Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma estudio preliminar de Daniel Moreno, Editorial Porrúa S.A., 1974.
- 10.- DABIN JEAN "La Teoría de la Causa", traducción de Francisco Pelamater, Segunda Edición, Madrid 1955.
- 11.- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO "El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad" Editorial José M. - Cajica Jr. 1971.
- 12.- IBARROLA ANTONIO DE "Cosas y Sucesiones" Editorial Porrúa 1972.
- 13.- LEMUS GARCIA RAUL Derecho Romano (Personas, - Bienes, Sucesiones) Editorial "Limsa" México D.F., Libro Tercero 1964.
- 14.- ORTIZ URQUIDI RAUL "Derecho Civil" Editorial Porrúa 1977.
- 15.- PEREZNIETO CASTRO LEONEL "Derecho Internacional Privado" Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, - 1982.
- 16.- PETIT EUGENE "Tratado Elemental de Derecho Romano", traducción de - José Fernández González, - - Editorial Epoca S.A., 1977.
- 17.- PINA RAFAEL DE "Derecho Civil Mexicano" Elementos de Derecho Civil Mexicano Editorial Porrúa, 1977.

- 18.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL "Compendio de Derecho Civil-Bienes Derechos Reales y Sucesiones", 1977.
- 19.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL Derecho Civil Mexicano, Tomo XIV, Sexta Edición Editorial Porrúa, 1985.
- 20.- RUGGIERO ROBERTO DE "Instituciones de Derecho Civil" Tomo I, traducción de la Cuarta Edición Italiana - anotada y concordada con la Legislación Española por Ramón Serrano Suñer y José - - Sta. Cruz Teijeiro Editorial Reus.
- 21.- VENTURA SILVA SABINO "Derecho Romano" Curso de Derecho Privado, Segunda Edición Editorial Porrúa S.A., - 1966.
- 22.- VON TUHR ANDREAS "Derecho Civil", traducción de Wenceslao Roces concordada con el Código Civil del - D.F., Editorial Porrúa 1945.

ENCICLOPEDIA CONSULTADA

- 1.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo II, "B-C" Editorial Bibliografía Argentina.

## I N D I C E

A manera de prólogo . . . . .	1
CAPITULO I CARACTERISTICAS Y ELEMENTOS DEL TESTAMENTO . . . . .	5
Definición . . . . .	7
Características . . . . .	9
Elementos Esenciales . . . . .	11
Elementos de Validez . . . . .	17
CAPITULO II DERECHO COMPARADO . . . . .	32
Grecia . . . . .	32
Roma . . . . .	35
Francia . . . . .	42
Alemania . . . . .	48
España . . . . .	53
CAPITULO III FORMAS DEL TESTAMENTO . . . . .	56
Testamentos Ordinarios . . . . .	58
Testamentos Especiales . . . . .	64
Formas Prohibidas . . . . .	70
CAPITULO IV LA CAUSA EN EL TESTAMENTO . . . . .	75
Doctrina Causalista . . . . .	79
Código Civil de 1884 . . . . .	95
Código Civil Vigente . . . . .	100
Conclusiones . . . . .	104
Bibliografía . . . . .	106