

*Validez y nulidad de los testamentos**

Rafael Rojina Villegas

Nulidad absoluta

En el Art. 8º del Código Civil se dispone que los actos ejecutados en contra del tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley disponga lo contrario.

Con estos elementos podemos, por consiguiente considerar que en el testamento cuando se persiga un fin ilícito por el testador (cuando, por ejemplo, diga que se destinen sus bienes para la realización de actos que sean inmorales o delictuosos), estará afectado de nulidad absoluta. Cuando la ley no deroga esta regla general consagrada en el Art. 8º y sancionada por el 2225, la nulidad en principio tendrá el carácter de absoluta. Se necesita, entonces, precepto expreso que declare que en acto ilícito está afectado de nulidad relativa, atribuyéndole las características de la confirmación o de la prescripción, para derogar esta norma general. En el testamento no encontramos ninguna disposición especial que determine la nulidad relativa del acto, cuando el fin que se proponga el testador sea ilícito, y por tanto, debe clasificarse como una nulidad absoluta.

Quiere esto decir, que los perjudicados por el testamento podrán invocar en cualquier tiempo la nulidad; que la prescripción no puede purgar este vicio, cualquiera que sea el tiempo transcurrido. Tampoco es éste un acto susceptible de confirmación, porque si el testador revoca su testamento y hace uno nuevo en el que ya no se contenga aquella finalidad ilícita, no se tratará entonces de una ratificación, sino de un nuevo otor-

* Tomado de su libro *Compendio de Derecho Civil II*. Editorial Porrúa, vigésima segunda edición 1990.

gamiento, o sea un problema completamente distinto del que tratamos.

No obstante que la nulidad absoluta del testamento en cualquier tiempo se puede invocar (y que esta acción puede intentarse por los presuntos herederos legítimos, es decir, por los parientes consanguíneos a quienes perjudique el testamento, o por el ministerio público inclusive, así como por los instituidos en el testamento como herederos o legatarios), la ley fija un término para reclamar la herencia, y ese término es de diez años (acción de petición de herencia). De manera que no tendría interés para los presuntos herederos dejar pasar ese término después de la muerte del testador, porque aun cuando pudiesen impugnar el testamento como nulo después del plazo indicado, esta nulidad no les beneficiaría, ya que el término para reclamar la herencia habría transcurrido.

La acción, en este caso, vendría a beneficiar a la Secretaría de la Asistencia Pública, a quien se designa como heredera para el caso de nulidad de un testamento y de que no haya parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, o cónyuge supérstite que conforme a la ley tienen derecho preferente.

Estas consideraciones motivan que la acción de nulidad, tanto cuando el testamento está afectado de nulidad absoluta, como de nulidad relativa, debe entablarse antes del plazo de diez años (Art. 1652).

Respecto a las otras causas de nulidad, aun cuando en el acto jurídico originan siempre la nulidad relativa (es decir, la incapacidad, la existencia de vicios en la voluntad, la inobservancia de las formas en el testamento), no es posible dar desde luego la solución sin hacer un análisis particular que se hace necesario en nuestro sistema por ciertos preceptos del derecho positivo.

Se ha discutido qué clase de nulidad (absoluta o relativa), se presenta en los testamentos, en los casos de incapacidad, de vicios de la voluntad o inobservancia de las formas y las dos tesis tienen argumentos fundados en el derecho positivo para sostener una u otra solución.

Analizaremos cada uno de estos elementos de validez en el testamento:

Nulidad por incapacidad

La capacidad de ejercicio es un elemento que sólo se requiere para la validez en los actos jurídicos. Por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del contrato o del acto jurídico en general.

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 permite 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 16 años ejecutarlo.

Bonnecase, *Elementos de derecho civil*, traducción de José M. Cajica Jr. Puebla, T. III, págs. 381 y 382.

Nulidad relativa

La tesis que sostiene que el testamento hecho por un incapaz está afectado de nulidad relativa, se funda en que la acción es prescriptible. Si demuestra este argumento basta, aun cuando el acto sea inconfirmable y aunque la acción la pueda intentar cualquier interesado.

No existe un precepto expreso en el Código que imponga o fije un término de prescripción a la acción de nulidad respecto de un testamento hecho en estado de incapacidad. Sin embargo, encontramos un precepto general en el capítulo de la nulidad, el Art. 2236 que fija un término de prescripción en los casos en que el acto jurídico sea ejecutado por un incapaz. Este precepto general, según la tesis, debe aplicarse al testamento, ya que éste es un acto jurídico; pero la aplicación de este precepto suscita

problemas difíciles de interpretación. Debe intentarse esta acción en los plazos señalados en el Art. 638, que es el que provoca el problema. En efecto, según él, la acción de nulidad debe intentarse en los mismos plazos en que debe entablarse la acción real o la persona que origine el acto jurídico.

Cuando se trata de aplicar el precepto mencionado al testamento, encontramos una dificultad: en el testamento se transmite un conjunto de derechos reales y personales, y tendríamos entonces en cada caso un término especial y no sabríamos qué plazo aplicar.

La tesis que sostiene que la nulidad es relativa, se funda en el artículo 3º del Código Procesal, que dice que por virtud de las acciones reales, se exigirán la herencia y los demás derechos reales; es decir, ese Código ha determinado que la acción de herencia es una acción real, la cual prescribe en el término de diez años conforme al artículo 1652 del Código Civil. Por tanto, la acción es prescriptible y basta este solo dato para clasificar la nulidad como relativa.

También se invoca otro argumento: en materia de prescripción negativa se señala un plazo máximo; la prescripción negativa, en términos generales, en la doctrina, comprende no sólo la liberación de las obligaciones por no exigirse su cumplimiento, sino también la prescripción de acciones patrimoniales, ya sean reales, personales o de nulidad.

Nulidad absoluta

Además de esta tesis de que la nulidad es relativa, se ha sustentado el punto de vista contrario, es decir, de que la nulidad es absoluta, tanto porque la acción es imprescriptible cuanto porque el testamento no es susceptible de confirmación.

Aubry y Rau, Curso de Derecho Civil Francés 4ª ed., T. I, págs. 118-123. Baudry-Lacantinerie, *Precis*, 1905, T. I, págs. 54 a 66.

Para demostrar en nuestro derecho que la nulidad es absoluta, es necesario comprobar estas dos características necesarias en esta clase de nulidad y, además, que la acción puede intentarse por todo intestado.

Se considera que la acción es imprescriptible porque el

precepto del Código Civil que establece un plazo de prescripción en los casos de nulidad por incapacidad, o por error, es aplicable en materia de contratos, de obligaciones; pero no en materia de testamentos.

Se argumenta que el testamento hecho en estado de incapacidad, no llega a convalidarse por el tiempo, cualquiera que sea el lapso que transcurra entre la facción del testamento y la muerte del testador; no se purga el vicio de incapacidad porque la ley atiende al momento en que se hace el testamento para juzgar de la capacidad.

En materia de testamentos el término de prescripción no puede comenzar a correr sino hasta la muerte del testador. Cualquiera que sea el tiempo transcurrido, el término empieza con su muerte. Supongamos un testamento hecho por una persona a los diez años, que muere a los sesenta; el transcurso de cincuenta años de vida del testador no puede convalidar el testamento.

Según la tesis que estudiamos, como no hay un término expreso de prescripción y como el término general en nuestro derecho está limitado a las obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, es decir, exclusivamente a las acciones personales, se deduce de aquí que, entonces, al no existir ese término, ni aplicación del general de diez años, la acción será imprescriptible.

Por último, se considera que en materia de testamentos, no es posible la ratificación del acto, y este argumento nos servirá para todos los casos de nulidad, por cuanto que la ratificación desde el punto de vista jurídico requiere como elemento esencial la convalidación retroactiva del mismo; si no hay convalidación retroactiva no hay ratificación en términos jurídicos; podrá hablarse de una ratificación gramatical, lo que equivale en el derecho a un nuevo otorgamiento del acto.

En los testamentos no es posible la ratificación del acto, pues si el testador declara cuando ha sido víctima de violencia, error o dolo o cuando ha hecho su testamento en estado de incapacidad, que ratifica su testamento, no se tratará de ratificación, aunque se emplee el término. En efecto, el testamento surtirá sus efectos hasta la muerte del testador y no podrá

surtirlos desde la fecha en que se otorgó el acto, como sucede en los contratos.

En tal virtud, no hay prescripción ni ratificación cuando esto sucede, y, además, la acción puede intentarse por los presuntos herederos legítimos excluidos en el testamento, por el ministerio público, por el representante de la Secretaría de la Asistencia Pública, que tiene interés en la herencia, por los herederos o legatarios instituidos a quienes perjudique el testamento, porque no se les reconozca sino una parte menor de la que les correspondería como herederos legítimos. Es decir, se deduce de aquí que se trata de una acción que al invocarse por cualquier interesado, es de nulidad absoluta.

Los vicios de la voluntad

Además de la capacidad, es elemento de validez en el acto jurídico, la manifestación de voluntad libre y cierta, es decir, exenta de vicios. Si el testador manifiesta su voluntad sin libertad, es víctima de la violencia; si no la manifiesta en forma cierta, es víctima del error o del dolo.

Díaz Ferreira, Código Civil Portugués, T. II, Colón y Capitant, T. I, nos. 64 a 68.

En el acto jurídico unilateral no puede darse el caso de error destructivo de la voluntad, porque como se forma por la manifestación de una sola voluntad, basta con que se otorgue, aunque exista algún vicio o el sujeto sea un incapaz, como en el caso del enajenado o del menor, para que exista el elemento volitivo.

La ley no ha considerado que la enajenación o la minoría de edad destruyan la voluntad. La doctrina tampoco lo ha considerado así y, por tanto, sólo existirá un vicio en la voluntad, que originará nulidad y no inexistencia. Excepto en los casos de enajenación mental absoluta o respecto de los actos ejecutados por los infantes, pues en ambos casos no habrá voluntad para realizar el acto jurídico, por lo que éste será inexistente.

En el testamento, prescindiendo de este problema (de que la enajenación o la minoría de edad desde el punto de vista

psicológico pueden llegar a destruir la voluntad), no puede existir el error obstáculo, destructivo de la misma. Porque cualquiera que sea la manifestación que haga el testador, aunque esté viciada por incapacidad, error, dolo o violencia, existe una voluntad.

En cambio, el segundo grado del error, llamado error-nulidad, que vicia la voluntad, sí lo encontramos en el testamento. En general, el error-nulidad, tanto en el contrato como en el testamento, es el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, de tal manera que de haberse conocido no se hubiese celebrado el acto jurídico. Es error sobre la causa impulsiva y única que determinó la voluntad. Debe investigarse, por tanto, si es la causa impulsiva y única, porque si existen otras causas, de manera que en todo caso y a pesar del error, el acto jurídico se hubiese realizado, entonces el error es indiferente y no vicia la voluntad.

En materia de testamentos la ley, al hablar de nulidad, menciona sólo el dolo y la violencia, y en el capítulo respectivo no se refiere al error. Sin embargo, en un artículo especial habla de la causa errónea que sea la única determinante de la voluntad del testador, la cual origina la nulidad del testamento.

Según este precepto, las transmisiones hechas a título universal o particular por una causa errónea, que se exprese en el testamento y que sea la causa impulsiva y única que determinó la voluntad del testador, quedarán sin efecto jurídico alguno; es decir, serán nulas (Art. 1301).

Son, por consiguiente, requisitos del error-nulidad en los testamentos, *que aparezca en el texto* y que sea el único que haya determinado la voluntad del testador. Por ejemplo, si el testador dice: "Instituyo como mi único y universal heredero a mi sobrino, *porque mi hijo ha muerto*" y después se averigua que éste no ha muerto, de manera que sufrió un error; tenemos aquí expresada la causa en el testamento; el porqué se instituyó al sobrino, bajo la creencia falsa de que el hijo había muerto, y al mismo tiempo se dice que es la causa única y determinante de la voluntad del testador, porque de haber sabido que el hijo existía, no hubiese instituido al sobrino.

Para el error aplicamos, en materia de nulidades, las mismas conclusiones que hemos expuesto en materia de incapaci-

dad. Es decir existen las dos tesis: la que considera que la acción de nulidad es prescriptible y la que le da el carácter de una nulidad absoluta.

Nulidad por dolo

Tanto en materia de contratos como de testamentos, se alude al dolo como vicio separado del error, y tal parece que el dolo por sí mismo es motivo de nulidad. Sin embargo, al tratar del error y del dolo en los contratos, expresamente se dice que éste será vicio de la voluntad en tanto que induzca a error y que éste sea el motivo determinante de la voluntad.

Estas disposiciones de contratos son aplicables en materia de testamentos por determinación del artículo 1859, conforme al cual todo lo relativo a contratos será aplicable a los convenios y a los actos jurídicos en tanto que no contraríe la naturaleza de los mismos. En materia de testamentos únicamente se dice que es nulo el testamento captado por dolo o por violencia, y en la palabra "captado" tenemos un elemento suficiente para considerar que la voluntad ha sido falseada, es decir, que ha sido víctima de un error y que este error es su causa determinante, pues de lo contrario no se le habría captado (Art. 1487).

El problema de la nulidad en el caso de dolo es exactamente el mismo que el de la nulidad para el error, ya que el dolo originará la nulidad en tanto que induzca a un error determinante de la voluntad. *Por consiguiente, todo lo que hemos dicho a propósito de la nulidad por incapacidad o por error, se aplica a la nulidad por dolo.*

Se recordará que el artículo que invocamos para la nulidad en los casos de incapacidad también se refiere al error (Art. 2236), y este precepto nos sirve para hacer el razonamiento que ya hemos expuesto, de que esta acción de nulidad prescribe en el término de diez años, si la acción de herencia se considera como real y, consecuentemente, siendo prescriptible, la teoría más fundada en nuestro derecho positivo sería considerar esta nulidad como relativa; pero cabe también la otra tesis que expusimos, si se prescinde del concepto de que la herencia da lugar a una acción real.

Nulidad por violencia

La violencia en cuanto a los testamentos, no sólo puede ejercerse sobre el testador en su forma física o moral, sino también sobre sus parientes, sobre su cónyuge, y en uno y otro caso implicará la nulidad del testamento.

El Código, a propósito de la violencia en los testamentos, se refiere a la violencia moral; pero es una definición incompleta, ya que debe también comprenderse la física. El Art. 1485 supone el caso de amenazas, es decir, de violencia moral. En cambio, para los contratos se comprende la violencia física y la moral, y esta disposición debe ser aplicable a los testamentos por la razón ya expuesta (Art. 1819).

Según el Art. 2228, la falta de forma exigida 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.

A propósito de los testamentos se vuelve a plantear el problema que hemos venido estudiando para determinar la clase de nulidad que sea; pero el problema se complica, porque ya no encontramos un precepto expreso que pueda servirnos como en los casos de incapacidad y error, para admitir un término de prescripción. El único precepto que existe, señala la prescripción en la acción por violencia, pero refiriéndose expresamente a los contratos, y da un término de seis meses a partir del momento en que cese la violencia para que se ejercite la acción de nulidad. Fuera de este término, la acción prescribe (Art. 2237).

En los testamentos, el término de la prescripción debe contarse a partir del momento de la muerte del testador, de manera que si hizo un testamento bajo el imperio de la violencia debe correr el término de prescripción, no para él, sino para todos aquellos que tengan interés jurídico en nulificar el acto, a partir de la muerte del testador. El término de seis meses no podremos, por tanto, aplicarlo, porque se refiere a contratos y porque este término parte del momento en que cesa la violencia.

Ante esta dificultad, tendremos entonces que recurrir al término general de prescripción negativa, que según la doctrina debe considerarse aplicable no sólo para las obligaciones, sino

también para las acciones, ya sean éstas reales, personales o de nulidad, siempre y cuando el legislador no señale un término menor.

El fundamento de acuerdo con la doctrina es bastante para considerar que si hay un precepto que dice que el acto jurídico en los casos de violencia está afectado de nulidad relativa, y posteriormente la ley no reglamenta la prescripción de esta acción, se debe aplicar entonces el término general de diez años.

Fundándonos en las clasificaciones que hace la ley, y en el término máximo de prescripción negativa, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, se concluye entonces que la acción de nulidad es prescriptible. Por otra parte, el término que estatuye la ley para ejercitar la acción de petición de herencia es de diez años, y en todos los casos en que se ejercite esta acción reclamando una herencia es necesario pedir primero la nulidad del testamento, porque la reclamación de la herencia será una consecuencia de la nulidad. Entretanto no se nulifique el testamento que transmita los bienes a determinadas personas, los presuntos herederos legítimos excluidos, no podrán reclamar la herencia.

Hay que advertir que para la violencia, la tesis que sostiene la nulidad absoluta en el testamento, encuentra mejores fundamentos que en los casos anteriormente estudiados de incapacidad, error o dolo. Como en materia de violencia no hay término especial y en nuestra legislación el término máximo de diez años en forma expresa se aplica para la prescripción de las obligaciones, haciendo una interpretación literal de los textos, tendríamos que considerar que no hay término para ejercitar la nulidad en los casos de testamento hecho bajo el imperio de la violencia.

Por otra parte, como no es susceptible de ratificación, porque no puede haber efectos retroactivos según ya explicamos, encontraríamos las tres características fundamentales de la nulidad absoluta, o sea: la acción es imprescriptible, no puede desaparecer por la confirmación o ratificación del acto y, además, puede intentarse por todo interesado.

Nulidad por falta de forma

Veremos ahora la nulidad debido a la inobservancia de las formas prescritas por la ley. Los actos jurídicos se clasifican, en nuestro derecho, *en solemnes, formales y consensuales*.

En cuanto a los testamentos, el principio general es este: los testamentos son actos jurídicos solemnes en cuanto a la categoría o forma substancial que caracteriza para cada tipo la ley, al determinar las especies de testamento, como son el público abierto, el público cerrado, el ológrafo, etc.; pero dentro de cada una de esas categorías o formas substanciales, deben observarse determinadas formalidades, cuya violación originará la nulidad del testamento de que se trate. Se requiere siempre que la manifestación de voluntad del testador conste por escrito; pero excepcionalmente se admite que el testamento sea consensual, por cuanto que la manifestación de voluntad del testador puede hacerse en forma verbal, ante testigos.

Nulidad absoluta o relativa

Cuando no se observa la formalidad exigida por la ley para los testamentos ordinarios o para los especiales, el testamento es nulo.

Vuelve a presentarse aquí el problema de si la nulidad es absoluta o relativa. En el Art. 1491 se dispone que el testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley. No nos dice qué clase de nulidad es la que origina la inobservancia de la forma. Recurriendo al capítulo de nulidades para los actos jurídicos, encontramos el precepto que nos dice que en general la inobservancia de las formas origina la nulidad relativa del acto jurídico. Después existen artículos que son aplicables sólo en materia de contratos, permitiendo la confirmación o ratificación del acto, expresa o tácita, en los casos en que no se observa la forma legal, según dispone el artículo 2231.

Esta disposición no es aplicable a los testamentos, porque ya vimos que no puede haber confirmación en cuanto a los mismos, en el sentido estricto de revalidación retroactiva. El

Art. 2234 sólo es aplicable tratándose de obligaciones y contratos.

En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad, existe el mismo problema que ya analizamos para la violencia y, por lo tanto, llegamos a una conclusión semejante.

Cuando se observa substancialmente el *molde formal*, entonces al omitirse la *solemnidad*, el testamento será *inexistente*, y así lo da a entender el Art. 2228, al decir que la falta de forma establecida por la ley origina la nulidad relativa del acto jurídico, *si no se trata de actos solemnes*.