

# La nulidad de los testamentos por falta de idoneidad de los testigos. (testamentos otorgados hasta el 13 de septiembre de 1995)

*The invalidity of the wills for lack of suitability of the witnesses. (testaments granted until september 13, 1995)*

Abelardo Sánchez Castellanos

Abogado por la Universidad de Guadalajara, División de Estudios Jurídicos. Maestro en Derecho por la Universidad Panamericana. Profesor de la Universidad de Guadalajara. Correo electrónico: abelardosann@prodigy.net.mx

*¿Triunfar en la vida es difícil?*

*Sí...*

*¿Mucho?*

*Si...*

*Pero no tanto...*

*El autor.*

**Resumen:** El Código Civil del Estado de Jalisco preveía hasta 1995 la necesidad de la comparecencia de tres testigos al otorgamiento de un testamento público abierto; la falta de la presentación de los testigos o su idoneidad, era causa de nulidad de la disposición testamentaria. A partir del Código Civil que entró en vigor en septiembre de 1995, el legislador suprimió el requisito de los testigos, debido a que su presencia no era indispensable, ya que la fe pública del notario era suficiente, además que muchas de las veces, ocurrido el fallecimiento, los testigos

**Abstract:** The Civil Code of the State of Jalisco until 1995 provided for the need for the appearance of three witnesses to the granting of an open public testament (Will); the failure of the witness presentation or their suitability was a cause for the probate provision to be null the testament. From the Civil Code which entered into force in September 1995, the legislature abolished the witness requirement, because its presence was not indispensable, since the notary's public faith was sufficient, moreover, that many times, death occurred, witnesses were solemn-

Recibido: 15 de junio de 2020. Dictaminado: 03 de julio de 2020.

referían que nos se cumplió alguna solemnidad o que el testador era incapaz, lo que generaba inseguridad jurídica. De este modo, no debería decretarse la nulidad de un testamento otorgado antes de septiembre de 1995, aún y cuando no se presentasen testigos idóneos, al haberse suprimido el requisito.

**Palabras clave:** Testamento. Nulidad. Retroactividad. Testigos.

ty of the content of the will or the ability of the testator, which created legal uncertainty. Thus, a will granted before September 1995 should not be nullified, even if no suitable witnesses were presented, since the requirement has been abolished.

**Keywords:** Testament (Will). Nullity. Retroactivity. Witnesses.

---

**SUMARIO:** I. EL TESTAMENTO. II. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS TESTAMENTOS. III. CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO 1995. IV. LA APLICACIÓN DE LAS LEYES EN EL TIEMPO. V. TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS. VI. DEROGACIÓN DE PENAS. VII. CONSECUENCIAS DE LA NO COMPARECENCIA DE TRES TESTIGOS IDÓNEOS AL OTORGAMIENTO DE UN TESTAMENTO. VIII. CONCLUSIONES.

---

## El testamento

Origen del término. Para algunos juristas como Justiniano y Alfonso El Sabio, la palabra testamento procede de *testatio-mentis*, que significa el testimonio de la mente; otros piensan la que la palabra deriva de la combinación o juego de las palabras: *testibus-mentio*, que hacen referencia a la mención de los testigos.<sup>1</sup>

### Definición

Según Modestino *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*: El testamento es la justa de-

---

1. Instituto de Investigaciones Jurídicas. (1997). *Diccionario Jurídico Mexicano*. (Décima Edición. ed., Vol. IV). Ciudad de México., México: Editorial Porrúa. Pág. 3084.

claración de nuestra voluntad respecto a aquello que cada uno quiere que sea hecho después de su muerte.<sup>2</sup>

Para Ulpiano *testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat*: el testamento es una justa declaración de nuestra voluntad, hecha con solemnidad, a fin de que valga después de nuestra muerte.<sup>3</sup>

De acuerdo al Código Civil del Estado de Jalisco que estuvo vigente hasta el 13 de septiembre de 1995, el 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*.<sup>4</sup>

Respecto al testamento público abierto señala: *es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos*.<sup>5</sup>

Por su parte el Código Civil del Estado de Jalisco vigente refiere: *El testamento es el acto jurídico, unilateral, personalísimo, libre y solemne por medio del cual una persona física capaz para ello, dispone de sus bienes y derechos; declara o cumple deberes para después de su muerte o realiza reconocimiento de hijo*.<sup>6</sup>

En cuanto al testamento público abierto señala lo siguiente: *es el que se otorga y dicta de una manera clara, precisa y terminante por el testador ante el notario, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente*.<sup>7</sup> El siguiente artículo señala, por excepción, el caso que deben acudir dos testigos ante el notario ante el cual se otorgue el testamento y que se refiere, entre otros casos, el que no sepa leer y escribir, el sordo, mudo o ciego o cuando el testador ignore el idioma español.

---

2. Acosta Romero, M., Martínez Arroyo, L. A., Muñoz Islas, M. E., & Almazán Alaniz, J. A. (2002). *Código Civil para el Distrito Federal. Comentarios. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*. (Vol. III). Ciudad de México: Porrúa. Página 44.

3. Idem.

4. Art. 1229.

5. Art. 1445.

6. Art. 2666.

7. Art. 2841.

## Requisitos de validez de los testamentos

Para que un testamento sea válido, es necesario que se otorgue por una persona capaz, de la forma establecida en el Código Civil del Estado; cada tipo de testamento tiene formalidades y solemnidades diferenciadas de acuerdo a su naturaleza.

Nuestro objeto de estudio, como se señaló previamente, es analizar los requisitos de validez del testamento público abierto, en particular lo referente a comparecencia de tres testigos a que hacía referencia el Código Civil del Estado de Jalisco, vigente hasta el 13 de septiembre del 1995.

La comparecencia de los testigos, es para corroborar que la voluntad del testador es la que refleja la escritura pública otorgada ante notario, confirmando así la validez del acto.

Incluso hoy día, tanto en la legislación del estado de Jalisco, como en el Código Civil aplicable para la Ciudad de México, así como en otras entidades federativas, se prevé la comparecencia de testigos instrumentales, pero esto se limita a casos excepcionales, como cuando: el testador no sabe leer y escribir; el testador sea sordo, ciego o mudo, o bien cuando el testador no conozca el idioma español.<sup>8</sup>

No obstante, el aspecto particular que se quiere abordar, es el requisito general de la comparecencia de tres testigos idóneos, que establecía para todos los casos el Código Civil del Estado de Jalisco, vigente hasta el mes de diciembre de 1995.

Aunque el requisito de la comparecencia de tres testigos, ya no fue reiterado en la legislación civil actual, de acuerdo al OCTAVO<sup>9</sup> artículo transitorio del decreto que promulgó el Código Civil del Estado de Jalisco, vigente a partir del 14 de septiembre de 1995, pudiera interpre-

---

8. El Código Civil Federal en sus artículos 1513, 1514, 1516 y 1517 prevé esta disposición,

9. “OCTAVO. *Los derechos y obligaciones derivados de hechos y actos jurídicos celebrados bajo la vigencia del código anterior se regirán por el mismo*”.

tarse que tiene aplicación para los testamentos que se otorgaron con anterioridad a esa fecha.

## **Código Civil del Estado de Jalisco 1995**

En la exposición de motivos que se plasmó en la iniciativa que dio origen al Código Civil del Estado de Jalisco, se hizo mención de las razones por las cuales se suprimió el requisito de la comparecencia, en todos los casos, de tres testigos idóneos para el otorgamiento del testamento público abierto.

En dicha iniciativa, se expresan las razones que llevaron al legislador a suprimir esa formalidad en el otorgamiento de ese tipo de testamentos. Como ésta es una de las bases esenciales para la postura que hoy se presenta, conviene invocar algunos fragmentos de dicha iniciativa:

...El título relativo a la “forma de los testamentos”, se modifica en esta iniciativa por lo que corresponde a los testigos instrumentales, que más que ser un elemento de seguridad en este acto solemne, en la actualidad se estaban constituyendo precisamente en lo contrario, ya que han sido varios los casos que recientemente han conocido los tribunales en los que personas interesadas en anular algún testamento aducen alguna falta de solemnidad y para probar su dicho, llaman a declarar ante el tribunal a los testigos instrumentales, quienes tomando partido por algunas de las partes en contienda y quizá por motivos inconfesables, sus declaraciones son a complacencia de quien los presenta.

De esta forma llega al absurdo de algunas sentencias que al valorar lo afirmado por el notario en el testamento público abierto, contra lo dicho por los testigos instrumentales ante la autoridad judicial y conforme a la letrística interpretación del Código Procesal Civil, al hacer una valorización de las pruebas, dan crédito suficiente al dicho de los testigos con los sofismas de que es el dicho de tres contra uno y peor aun cuando se señala, que como el notario es responsable de esas irregularidades, el dicho del fedatario es parcial e interesado en el procedimiento judicial.

Todo esto ha traído inseguridad para la validez de los testamentos y como resultado que los señores notarios ante el cúmulo de dificultades que ello les acarrea, optan por mejor no autorizar testamentos, con los consiguientes trastornos sociales que ello implica.

La menguada credibilidad a lo afirmado por el fedatario, se traduce en que se considera a este funcionario como no depositario de la fe pública en su totalidad, ya que necesita complementarla con otros elementos como es la presencia de testigos. Se ha echado también a la borda la profesionalización que actualmente ha tomado la actividad notarial, ya que conforme a las leyes vigentes desde hace 20 años en el Estado, sólo pueden obtener la posibilidad del ejercicio notarial quienes demuestren tener la honorabilidad que se requiere para ello, pero además la práctica y desarrollo académico que acrediten ser capaces para el desempeño; ya que se ha instituido el sistema de oposición para la obtención del fiat respectivo; además los fedatarios son vigilados en su actividad en forma permanente por parte del Ejecutivo por conducto de la Procuraduría de Justicia y del Colegio de Notarios; por ello se requiere, debe considerarse a los fedatarios como plenos depositarios de la fe y la confianza públicos, y por ende suficiente su dicho para que se otorguen ante su fe las disposiciones testamentarias, sin necesidad del concurso de los testigos instrumentales, salvo los casos especiales que ahí se indican y que vienen a ser la excepción.

El testamento público abierto es el más común en la actualidad, ya que su redacción y eficacia quedan a cargo del notario, a quien se hace responsable de ello, pero no quiere decir que por esta generalización sea la forma mas segura y eficaz de cumplir con la esencia de una disposición testamentaria. Las principales objeciones que se hacen a esta forma de testar se encuentran, en que la voluntad del testador puede no ser la auténtica, ya que está sujeta a la interpretación del notario, pero hay otra mas; al quedar estampadas estas disposiciones en los libros del protocolo y además remitirse copia de ellas al Archivo de Instrumentos Públicos, el secreto notarial que se exige a los fedatarios es sumamente vulnerable, porque bastará cualquier deslealtad de algunos empleados de la propia notaría o del Archivo de Instrumentos Públicos, para que den la información a personas que

diciéndose interesadas, quisieren conocer el sentido y alcance de una disposición testamentaria; violando con ello el derecho a la reserva que le asiste al testador con motivo de su testamento...

Conviene mencionar que la autoría de muchos elementos que integran la iniciativa que dio origen al decreto que promulgó el Código Civil vigente, se atribuye al destacado jurista Jalisciense Don Manuel Bailón Cabrera, con ayuda de otros intelectuales y de un grupo de estudiantes entusiastas que apoyaron en la formulación del proyecto.

Son claras, pues, las razones que dieron origen a la supresión del requisito de tres testigos instrumentales, en el otorgamiento de todos los testamentos públicos abiertos en el estado. Conviene señalar que este requisito, en la actualidad tampoco existe en el Código Civil del Distrito Federal, aplicable en la Ciudad de México y como antecedente tenemos, los Códigos Civiles de 1870, 1884 y de 1928 donde sí se preveía ese requisito, pero actualmente ya no se prevé.<sup>10</sup>

## **La aplicación de las leyes en el tiempo**

El aspecto que es objeto de nuestro estudio, como antes se anticipó, es hacer un planteamiento de la aplicación que debe darse a la legislación civil que derogó el requisito de la comparecencia de testigos instrumentales, si el testamento se otorgó durante la vigencia del Código Civil derogado y el autor de la sucesión fallece previo o una vez que entró en vigor el Código Civil vigente.

La pregunta que se pretende responder es la siguiente:

¿Si el legislador deroga una causa de nulidad en el ámbito del derecho privado, por razones sociales y de justicia, es posible, en base

---

10. UNAM, I. d. (2013). *www.juridicas.unam.mx*. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx>. Código Civil Comentado. Tomo III pág. 115.

a esa causa, invalidar un acto, cuando el acto se otorgó previo a su derogación?

Para lo anterior resulta indispensable analizar la aplicación de las leyes en el tiempo y con esto la aplicación retroactiva de la ley. La respuesta que el operador jurídico realice a esta pregunta también tendrá que ver con el planteamiento iusfilosófico desde el que se parta en el análisis, no siendo lo mismo lo que responderían probablemente Kelsen que Dworkin a esta misma pregunta.

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la aplicación retroactiva de una ley en perjuicio de persona alguna.<sup>11</sup> De lo establecido en dicho precepto se anticipa que no existe una prohibición total de la aplicación retroactiva de una ley, la prohibición se centra en el perjuicio que se puede causar a un gobernado por dicha aplicación.

Existen dos aspectos que deben considerarse para determinar si una ley o porción normativa puede aplicarse a hechos o actos acontecidos con anterioridad a su vigencia, sin incurrir en la prohibición de la garantía constitucional que prevé el precepto constitucional antes mencionado. Uno de ellos es determinar si existe un derecho creado y, el otro, si ante la eliminación de una pena o sanción, puede seguirse aplicando la pena respecto de hechos o actos ocurridos previo a su derogación.

## **Teoría de los Derechos Adquiridos**

Bajo esta teoría, no pueden tener aplicación ordenamientos legales que se promulgaron una vez celebrado el acto o acontecido el hecho. El particular habría obrado conforme a la legislación vigente al momento que se obligó o de acuerdo a las circunstancias aplicables al hecho ju-

---

11. CPEUM. Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

**330** La nulidad de los testamentos por falta de idoneidad de los testigos. (testamentos otorgados hasta el 13 de septiembre de 1995)

rídico, por tanto, si estas condiciones cambian, se afectaría la garantía constitucional de seguridad jurídica que debe prevalecer.<sup>12</sup>

El gobernado tendría incorporado a su patrimonio ese derecho, por tanto, una ley posterior no podría modificarlo sin afectar su esfera jurídica.

En este aspecto también es necesario considerar la Teoría de los Componentes de la Norma, en virtud de la cual se distingue el momento en que el acto se perfecciona y si las consecuencias de su celebración producen o no sus efectos. Conforme a dicha teoría, las consecuencias jurídicas de un acto deben analizarse de acuerdo a la legislación vigente al momento en que produce sus efectos y no a la que aplicaba en la fecha de la celebración del acto, de modo que debe analizarse de forma separada cada una de las consecuencias del acto y la fecha en que ocurrieron, para así determinar la legislación aplicable. La Suprema Corte de Justicia de la Nación explicó y delimitó en jurisprudencia los alcances de dicho principio.<sup>13</sup>

Conforme a lo anterior es posible que una ley o norma despliegue sus efectos hacia el pasado, siempre y cuando esto no suponga la afectación de un derecho creado, aunque ciertamente no es el único elemento a considerar.

En cuanto a este tema María Teresa Díaz Aznarte<sup>14</sup> analiza la eficacia de las leyes en el tiempo y aunque reconoce que puede adoptarse la teoría de los derechos creados, debido a que la legislación civil se creó con base a esa teoría, señala que, ni siquiera en la época que la

---

12. Garantía constitucional prevista en el artículo 14 CPEUM.

13. Pleno. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tomo XIV, Octubre de 2001. P./J. 123/2001. Registro: 188508.

14. Díaz Aznarte, M. T. (2002). Teoría General de la Sucesión de las Normas en el Tiempo. (Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes). Valencia, España.: Tirant lo Blanch. Pág.68.

legislación se promulgó, esta teoría constituyó una “opción pacífica” para el legislador.<sup>15</sup>

En cuanto a los derechos creados es necesario distinguir entre derecho adquirido (*ius quaesitu*) y mera expectativa (*ius existens in spe*).<sup>16</sup> En el primer caso el particular podría alegar que se encuentran incorporados a su patrimonio el derecho conforme a la ley vigente en la fecha en que se celebró el acto o aconteció el hecho jurídico, mientras que en el segundo sólo representaría una expectativa de lo que pudo ser.

Se considera que la nueva ley tendrá efectos retroactivos cuando se aplique a situaciones jurídicas o hechos pasados y a los efectos de la ley anterior ya consumados, en el momento en que aquella entra en vigor.

Sin embargo, si los efectos de la ley anterior no han acontecido, no se podría asegurar que ésta es la norma que debe aplicar, cuando la ley posterior prevé efectos diferentes.

De este modo, es importante diferenciar en esta teoría, si la expectativa de derecho ya se transformó en un derecho consolidado, para que así el particular lo asuma como parte de su patrimonio, que el legislador no pudiera privarle de ese derecho.

En este tema Elvira Villalobos Chaparro de González,<sup>17</sup> en cuanto a la vigencia de la ley y su aplicación retroactiva, confirma que existen dos excepciones de la prohibición de la aplicación retroactiva de la norma y que se presentan cuando son: a) en beneficio de las personas particulares, individuales o colectivas y b) en beneficio de la sociedad y del bien común.

---

15. Idem. Pág.69.

16. Idem, Pág. 74 y 75.

17. Villalobos Chaparro de González, E. (2014). *Manual de Derecho Civil I. Intruducción al Derecho Civil y de Personas.*(Primer Edición.2017 Ebook) Ciudad de México: Porrúa. Pág. 37-38.

Aclarado lo anterior, la interpretación en cuanto a una expectativa de derecho y un derecho creado no puede realizarse de una manera rígida; el derecho es cambiante y es evidente la evolución que sufre con el tiempo. Una muestra clara de lo anterior, es la progresividad en la aplicación de los derechos humanos.

Por tanto, al analizar la teoría de los derechos creados, debe hacerse bajo un análisis progresivo, atendiendo los valores fundamentales contenidos tanto en los derechos humanos, como en los principios generales de derecho, de modo que esta teoría no sería suficiente para descalificar *a priori* la aplicación de una norma que entró en vigor, una vez que se celebró el acto o aconteció el hecho.

### **Derogación de penas**

Ahora bien, la aplicación de las penas o sanciones previstas en la legislación, no puede tener el mismo tratamiento que el previsto en la teoría de los derechos creados, ya que el tratamiento que debe de dárseles, cuando son derogadas, obedece a razones jurídicas diferenciadas.

Conforme a la garantía constitucional prevista en el artículo 14 de la Carta Magna, no es posible la aplicación retroactiva de una ley en perjuicio de persona alguna; no podría haber un perjuicio en contra de persona alguna si: lo establecido en la legislación derogada no habría consolidado un derecho a su favor de forma tal que lo incorporase a su patrimonio, de igual manera, no podría haber un perjuicio en persona alguna, si el legislador elimina la ilicitud de un acto acontecido conforme a la ley anterior.

De este modo, si el legislador elimina del texto de la ley, la ilicitud de una conducta o la ineficacia que se actualiza al no observarse una formalidad no podría invocarse la ley derogada para declarar su ineficacia, aún y cuando el acto se haya concretado conforme a la ley anterior.

### *Ilicitud*

Es importante en este punto analizar cuando una conducta o acto es ilícito y la pena que trae consigo dicha ilicitud.

La licitud proviene del latín *licitus*, justo, permitido. De este modo, será ilícito, todo aquello que sea injusto o prohibido.<sup>18</sup>

En este aspecto, Samuel Antonio González Ruiz, al citar a Kelsen<sup>19</sup> señala que suele decirse que un acto está sancionado porque es ilícito, sin embargo, de acuerdo al propio Kelsen, la proposición correcta es que el hecho o acto es ilícito porque está sancionado. Entonces, dejará de ser ilícito aquella conducta que no esté sancionada.

### *Pena*

La ilicitud lleva consigo la imposición de una pena o sanción, el estado impone dichas penas o sanciones para evitar que ocurran esos actos o conductas ilícitas. La pena tiene dos finalidades, la primera es recriminar y sancionar a quien incurrió en ella y la otra, servir de ejemplo para que otros gobernados no incurran en dichos actos ilícitos.

La pena proviene del latín *poena* y es un castigo impuesto conforme a la ley, por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta<sup>20</sup>; también es definida como castigo impuestos por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta, pero esta sanción o falta no es exclusivo de las leyes penales.

La comisión de un injusto penal lleva consigo la imposición de una pena privativa de libertad e incluso una multa, pero esto no quiere decir que las penas o sanciones sean propias de la ley penal. Existen otras penas o sanciones; en materia fiscal o administrativa el legislador pre-

---

18. Instituto de Investigaciones Jurídicas. (1997). *Diccionario Jurídico Mexicano*. (Décima Edición. ed., Vol. III). Ciudad de México., México. Pág. 2039.

19. *Idem* 17.

20. Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, España: Espasa. Pág. 1719.

**334** La nulidad de los testamentos por falta de idoneidad de los testigos. (testamentos otorgados hasta el 13 de septiembre de 1995)

vé la imposición de multas, como penas por incurrir en conductas prohibidas; en materia civil en cambio, la sanción es la ineficacia del acto.

Un hecho ilícito civil lleva consigo varias consecuencias; además de la obligación de resarcir los daños y perjuicios que con su conducta se hayan causado, puede dar origen a la ineficacia de un acto, como pena a la violación a la ley.

### *Nulidad*

La nulidad es una forma de ineficacia y ésta se declara cuando en un acto se incurre en una ilicitud, de modo que, el estado, como sanción por incurrir en dicho supuesto, sanciona al gobernado con la ineficacia del acto. Manuel Borja Soriano asegura que la nulidad es una sanción; señala que tiene como razón de ser, la procuración de la observancia de la regla que sanciona y si la regla es violada, debe reparar del mejor modo posible esta violación, preservando los intereses que la regla violada estaba destinada a proteger.<sup>21</sup> Según lo refiere el propio autor, para determinar si un acto es nulo o no, deben analizarse las reglas y su razón de ser, para conocer o desentrañar qué es lo que ha querido proteger el legislador.

Entonces, la nulidad es la “*sanción impuesta por la norma a las actuaciones particulares no conformes con aquella, por enfrentarla*”. Ha escrito Amorós Guardiola, esa sanción consigue el restablecimiento del orden jurídico roto por violación de la norma, de manera que el valor organizador de ésta no se haga depender de la voluntad, caprichosa, arbitraria, rebelde, de los particulares.<sup>22</sup>

Conforme los expresado hasta ahora, un hecho ilícito lleva consigo la imposición de una pena; en materia civil la sanción por la no ob-

---

21. Borja Soriano, M. (2000). *Teoría General de las Obligaciones. (Décimo Séptima Edición)* Ciudad de México: Porrúa. Pág. 99

22. Fundación Tomás Moro. (1998). *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid, España. Espasa Calpe. Pág. 691.

servancia de una norma es la nulidad, como una especie de ineficacia, además de otras consecuencias que pudieran derivarse en cuanto al daño emergente y lucro cesante.

### *Consecuencias de la eliminación de la sanción*

Ahora bien, si una conducta o acto deja de ser ilícito, o se suprime una formalidad para la eficacia del acto, quiere decir entonces que el legislador no consideró reprochable aquel acto o falta de formalidad, entonces, siguiendo la idea de Kelsen, el acto no es ilícito ya que la ley no lo considera reprochable.

Es comúnmente aceptado el reconocer que si el legislador suprime una pena o deja de considerar una conducta como delito, sus efectos se retrotraen hacia el pasado y puede, incluso, dejarse de recriminar una conducta o hecho que ocurrió cuando la norma lo consideraba ilícito.<sup>23</sup> De hecho este aspecto es uno de las excepciones de la retroactividad.

Podría darse una explicación fácil y señalar que dicha consecuencia no va en contra de lo dispuesto por la garantía constitucional contenida en el artículo 14 constitucional, ya que no es, en perjuicio, sino en beneficio de alguien, sin embargo, la explicación merece una respuesta más completa. No es suficiente decir que es en beneficio de alguien, en este caso el sujeto activo de la conducta, ya que pudiera negarse, bajo esa interpretación, la reparación del daño a la víctima. La consecuencia de supresión de la pena beneficiaría a quien incurrió en la conducta, pero perjudicaría a quien aspira a una reparación del daño por resentir los efectos de esa conducta antijurídica.

La consecuencia de la supresión de una pena, más que interpretarse bajo un análisis si es en beneficio o perjuicio de alguien, debe entenderse desde el punto de vista, que el estado dejó de considerar como ilícita aquella conducta o acto, entonces, no podría recriminarse

---

23. Castellanos, F. (1996). *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Ciudad de México: Porrúa. Pág.106.

o tener una consecuencia por conductas o actos llevados a cabo con anterioridad al momento en que se suprimió la pena.

Ahora bien, como se adujo antes, las penas no son exclusivas de la materia penal, por tanto, si una conducta deja considerarse antijurídica, o un requisito es suprimido, no podría sancionarse con la ineficacia, la celebración de un acto por falta de alguna solemnidad, cuando dicho aspecto fue eliminado del texto normativo.

### *Precedentes*

Conviene mencionar que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia que decidió una contradicción de tesis, confirmó lo que ahora se menciona, en el sentido de que la aplicación retroactiva de la ley en beneficio de persona alguna no es propio de la materia penal, sino que tiene aplicación también en materia fiscal, por lo ilustrativo que resulta a continuación se invoca dicho criterio.<sup>24</sup>

PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA NORMA POSTERIOR MÁS FAVORABLE. PROCEDE APLICARLO EN BENEFICIO DEL GOBERNADO CUANDO LA NUEVA DISPOSICIÓN DEJA DE CONSIDERAR ANTIJURÍDICA LA CONDUCTA SANCIONADA CON MULTA FISCAL. Si se toma en cuenta que esta Segunda Sala en la jurisprudencia 2a./J. 8/98 de rubro: “MULTAS FISCALES. DEBEN APLICARSE EN FORMA RETROACTIVA LAS NORMAS QUE RESULTEN BENÉFICAS AL PARTICULAR.”, determinó que el principio de retroactividad de la norma más favorable, que tradicionalmente se vinculaba exclusivamente con los delitos y las penas, se ha extendido a las multas fiscales dada la similitud que guardan con las penas, por identidad de razón el citado principio resulta también aplicable cuando lo que se modifica no es la norma sancionadora, en sí misma, sino la que considera antijurídica la conducta del administrado, o la que fija el alcance de ésta, y como consecuencia de ello deja de ser punible la conducta en que incurrió

---

24. Segunda Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 2. Tesis: 2a./J. 22/2013 (10a.) Registro: 2003349.

el gobernado con anterioridad a su vigencia, en virtud de la repercusión que esa modificación tiene en la sanción respectiva. Empero, el beneficio de la aplicación retroactiva de la norma posterior más favorable respecto a las multas fiscales, opera siempre que dicha norma se expida o cobre vigencia cuando aún no se emite la resolución correspondiente o se encuentra transcurriendo el plazo legal que tiene la autoridad para hacerlo.

La Segunda Sala al resolver la contradicción de tesis, determinó que el principio de retroactividad de las normas que beneficien al particular que rige en materia penal aplica también para las multas fiscales, que pertenecen al género del derecho administrativo sancionador, toda vez que la especial naturaleza de las normas que establecen sanciones, permite considerar como excepcional la aplicación de una norma en forma retroactiva, cuando con ello se beneficie al gobernado, siempre que se haya producido una sucesión de normas sancionadoras, de modo que la norma sancionadora posterior haya derogado o modificado a la norma sancionadora anterior y que la norma sancionadora posterior resulte más benéfica que la anterior.

Señaló además que: *“...El principio de retroactividad de la norma más favorable resulta aplicable también cuando lo que se modifica no es la norma sancionadora, en sí misma, sino la que considera antijurídica la conducta del administrado, cuya consecuencia es la desaparición de la sanción aplicable a esa conducta...”*<sup>25</sup>

Podría señalarse que el anterior criterio no podría extenderse al derecho común, debido a la precisión realizada en el precedente que se invoca, pero no es así, existen otros precedentes que confirman que lo relevante en la aplicación retroactiva de la norma, no es propio de alguna materia, sino que el texto normativo suprimió una sanción como antijurídica, entonces, no puede recriminarse al gobernado esa conducta o falta de forma, cuando dejó de considerarse como ilegal o necesaria.

---

25. Idem 17.

En materia de derecho privado, propiamente en el caso de testamentos otorgados ante notario público y de forma específica en las sanciones que lleva consigo la falta de solemnidades en su otorgamiento existe un precedente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que interpreta que no puede imponerse una sanción cuando el legislador suprimió de la norma dicha pena, aún y cuando se hubiese actualizado previo a que la sanción se derogara.<sup>26</sup> El precedente es el siguiente:

NULIDAD DE TESTAMENTO. NO PROCEDE DECRETAR LA PÉRDIDA DEL OFICIO DEL NOTARIO SI AL MOMENTO DE DECLARARSE JUDICIALMENTE LA NULIDAD YA NO ESTABA VIGENTE LA DISPOSICIÓN QUE LA ESTABLECÍA.

De acuerdo con el principio de irretroactividad de la ley previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como con las diversas teorías que definen la ley que debe regir los actos o los hechos jurídicos en el tiempo, puede establecerse que el artículo 1520 del Código Civil para el Distrito Federal derogado, que prevé la pérdida del oficio de notario con motivo de la nulidad de un testamento, es inaplicable si al decretarse ésta, dicho precepto ya no estaba vigente, no obstante que al presentarse la demanda respectiva estuviera en vigor. Lo anterior es así, pues dicha pérdida constituye sólo una expectativa de derecho, al ser una consecuencia de la declaración de nulidad del testamento, ya que la validez de los actos jurídicos debe presumirse mientras no se demuestre su nulidad, de forma que se requeriría la declaración judicial sobre la nulidad del testamento, para que se actualizara el supuesto de pérdida del oficio del notario público que intervino en su otorgamiento. Lo mismo puede considerarse conforme a la teoría de los componentes de la norma, pues si el supuesto normativo para el cual se preveía la pérdida del oficio de notario tuvo lugar cuando la norma ya había sido derogada, debe prevalecer esta última situación y, por ende, no cabe acudir a

---

26. Primera Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Libro 43, Junio de 2017, Tomo I. 1a. LXVII/2017 (10a.) Registro: 2014648.

la vigente antes de actualizarse el mencionado supuesto (declaración de nulidad). Asimismo, no podría servir de base para la aplicación retroactiva de ese precepto legal el hecho de que los efectos de la nulidad se retrotraigan a la fecha en que se celebró el acto jurídico conforme al artículo 2226 del código citado, porque esto último sólo se relaciona con los efectos de dicho acto, es decir, los derechos y las obligaciones consecuentes y los actos realizados en su ejecución o cumplimiento; en cambio, una consecuencia, como la pérdida del oficio del fedatario que participa en el otorgamiento del acto, es una situación que no está directamente relacionada con los derechos y las obligaciones nacidos del testamento anulado, sino que se trata de una consecuencia extrínseca y ajena a éstos.

Como se advierte del anterior precedente, el Código Civil para el Distrito Federal preveía en su artículo 1520, la revocación de nombramiento de notario, o como se denominaba “*la pérdida de oficio*”, como sanción por el otorgamiento de testamentos sin respetar las formalidades establecidas, sin embargo, a partir de las reformas publicadas el 23 de julio del 2012, dicho precepto fue derogado. El caso que interpretó la Primera Sala no sólo ocurrió durante la vigencia del referido precepto, sino que la demanda ya había sido presentada. Lo anterior confirma que la derogación de penas y su aplicación no va en torno al beneficio o perjuicio que se ocasione, sino en que el legislador determinó la eliminación de la pena por determinada conducta.

### **Consecuencias de la no comparecencia de tres testigos idóneos al otorgamiento de un testamento**

De acuerdo al artículo 1445 del Código Civil del Estado de Jalisco vigente hasta septiembre de 1995, el otorgamiento de un testamento público abierto requería, en todos los casos, la comparecencia de tres testigos idóneos; a partir de la entrada en vigor de la legislación que sustituyó dicho código, se suprimió dicho requisito.

**340** La nulidad de los testamentos por falta de idoneidad de los testigos. (testamentos otorgados hasta el 13 de septiembre de 1995)

La falta de la comparecencia de los testigos o de la idoneidad de éstos, no podría ser suficiente para decretar la nulidad de una disposición testamentaria.

El bien jurídico tutelado, al requerir la norma la presentación de tres testigos idóneos es darle certeza a la disposición testamentaria, sin embargo, si el legislador suprimió dicho requisito con posterioridad a su otorgamiento, esta circunstancia no podría dar lugar a la invalidez del testamento.

La falta de forma se sanciona con la ineficacia del acto, que finalmente es la sanción impuesta por la ley, por no observar las formalidades establecidas en ésta, sin embargo, si el requisito de forma es suprimido con posterioridad a su otorgamiento, no se podría aplicar la consecuencia o sanción por no respetar dicha formalidad, puesto que se estimó innecesaria.

También conviene destacar que la falta de forma establecida en la ley da lugar únicamente a la nulidad relativa del acto de acuerdo a lo que establece el Código Civil<sup>27</sup>, de modo que ésta no habría operado de pleno derecho.

Existen tres elementos que pueden ayudar a confirmar lo que se sostiene, a saber: los beneficiarios de la ineficacia del testamento no habrían incorporado a su patrimonio ningún derecho; la teoría de conservación de los actos jurídicos; y, la interpretación progresiva de la norma, procurando en todo momento el respecto a los derechos humanos.

#### *No se incorporó al patrimonio de los interesados*

La ineficacia que podría generarse ante la falta de forma de un testamento público abierto, por la no comparecencia de tres testigos

---

27. Artículo 1765. La falta de forma establecida por la ley, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, la reticencia, y la incapacidad de ejercicio de cualesquiera de los autores del acto produce la nulidad relativa del mismo.

idóneos, no podría generar la incorporación al patrimonio de los interesados un derecho.

Si la muerte del testador ocurrió después a la entrada en vigor de la legislación que suprimió el requisito, la legislación que debe aplicarse, es la que estuvo vigente a partir de su fallecimiento, ya que el testamento surte sus efectos una vez ocurrida la muerte del testador, de modo que los interesados en decretar su ineficacia, no podría aducir la adquisición de derecho alguno, puesto que éste no se pudo haber actualizado al no darse la condición *sine qua non* y que consiste, precisamente, en la muerte del testador. Con apoyo a lo anterior habría que acudir a las definiciones de testamento que se invocan en este mismo trabajo.

Luego, si la muerte ocurrió previo a la entrada en vigor de la legislación que suprime el requisito, tampoco podría considerarse incorporado al patrimonio de los interesados, ya que en este supuesto es necesario considerar que la supresión de un requisito de forma lleva consigo la eliminación de la pena que esto provocaría, por tanto, el juzgador no podría imponer una sanción que ya no deriva de la ley aplicable, de modo que los interesados no podrían aducir la incorporación de un derecho.

Es importante resaltar que los beneficiarios de la posible ineficacia del testamento no podrían aducir que actuaron en base a la legislación vigente, como en el caso de un contrato o acto bilateral, donde existen derecho y obligaciones recíprocas, ya que ni siquiera intervinieron en él. El testamento es un acto unilateral y la eliminación de un requisito de forma no podría representar la incorporación o supresión de un derecho para los posibles beneficiarios en su ineficacia.

Al analizar los alcances del término “irretroactividad de las leyes” la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación <sup>28</sup> dis-

---

28. Segunda Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tomo XIII, Junio de 2001 Tesis: 2a. LXXXVIII/2001 Registro: 189448.

tinguió entre el término derecho adquirido y en una expectativa de derecho, afirmando que el derecho adquirido es aquel que ha entrado al patrimonio del individuo, a su dominio o a su haber jurídico, o bien, es aquel que implica la introducción de un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona o haber jurídico; en cambio, la expectativa de derecho es una pretensión o esperanza de que se realice una situación determinada que va a generar con posterioridad un derecho; es decir, mientras que el derecho adquirido constituye una realidad, la expectativa de derecho corresponde al futuro. Este criterio ha sido externado en otros precedentes y la conclusión es la misma.<sup>29</sup>

#### *Principio de Conservación de los Actos Jurídicos.*

Otro elemento que se debe tomar en consideración para sostener la postura que se presenta, es el Principio de Conservación de los Actos Jurídicos, recogido en el aforismo latino: “*Utile per inutile non vitiatur*” ... lo útil no debe ser viciado por lo inútil.

En base a este principio debe privilegiarse que el acto produzca sus efectos en lugar a restringirlos o suprimirlos.

Entonces, si la comparecencia de tres testigos idóneos no es indispensable para la validez de un testamento público abierto a partir de la legislación vigente en el estado de Jalisco desde 1995, no podría en base a una formalidad suprimida decretar la eficacia de un acto, al ser *algo inútil que viciaría algo útil*.

#### *Interpretación progresiva*

Es importante considerar que, a partir de la reforma constitucional del 2011, se ha interpretado que el análisis de los derechos humanos siempre debe realizarse de forma progresiva, esto es, procurando siempre

---

29. Pleno. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen 145-150, Primera Parte Registro: 232511. Segunda Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo LX. Página 579. Registro: 330245.

una interpretación más favorable y protectora de los derechos humanos.

El testamento contiene la voluntad del testador en virtud del cual dispone de sus bienes para después de su muerte. De modo que, al analizar la validez o invalidez del acto, deberá privilegiarse, hasta donde sea posible, la eficacia de dicha disposición testamentaria, tanto en beneficio de la sucesión, como de los herederos y legatarios instituidos.

De ahí que, si se evaluara la eficacia o no de un acto, a partir de la idoneidad de los testigos, deberá procurarse su eficacia y si esto implica que se deje de considerar la idoneidad de estos, al haberse suprimido dicho requisito por innecesario, la decisión debe inclinarse a declarar la validez de la disposición testamentaria, más que restringir su eficacia.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que *“La interpretación del contenido de los derechos humanos debe ir a la par de la evolución de los tiempos y las condiciones actuales de vida... el contenido de los derechos humanos no se limita al texto expreso de la norma donde se reconoce dicho derecho, sino que se va robusteciendo con la interpretación evolutiva o progresiva que hagan tanto los tribunales constitucionales nacionales, como intérpretes últimos de sus normas fundamentales, así como con la interpretación que hagan los organismos internacionales...”*<sup>30</sup>

### *Método adecuado de interpretación*

Otro elemento que suma a las afirmaciones que se hacen de nuestra parte, es el emplear un método adecuado de interpretación. Mucho se ha escrito en cuanto a la interpretación y a sus métodos, pero el mejor método de interpretación se obtiene a partir de los resultados que

---

30. Primera Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I Tesis: 1a. CDV/2014 (10a.) Registro: 2007981.

arroja. Es necesario hacer el análisis de los resultados que arroja una u otra interpretaciones posibles.

La interpretación debe conducir a un bien mayor, o al menor mal posible. Entonces, si se pusiera a consideración de un juez o tribunal el invalidar una disposición testamentaria a partir de la objeción de la idoneidad de los testigos en un testamento público abierto, aún y cuando ese requisito fue eliminado con posterioridad a su otorgamiento, debe optarse por la validez, ya que dicho requisito fue estimado innecesario, de modo que el bien mayor, *la justicia*, no se alcanzaría invalidando un testamento por un requisito que ya no es aplicable, máxime que, al ser un acto unilateral, no hay quien pudiera asegurarse el perjuicio de persona alguna por la eficacia de dicha disposición, cuando no intervinieron en ella y no podría haber un derecho creado.

Habrán otros casos como los contratos, las licencias, las exenciones de impuestos, alcance de obligaciones u otros actos que los particulares actúan en base al derecho vigente y que su modificación pudiera suponer un menoscabo en sus derechos, sin embargo, en el caso del testamento no hay tal cosa, ya que: es unilateral, surte efectos para después de la muerte y sólo estaríamos ante la presencia de un requisito que no sólo se estimó inútil, sino perjudicial en la subsistencia de la voluntad del testador.

El destacado jurista Luis Recasens Siches, en su obra “Filosofía del Derecho”, Editorial Porrúa, Vigésima Edición, página 660 expone,<sup>31</sup> respecto al método adecuado que debe emplearse para interpretar una ley, lo siguiente:

“EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN ES EL LOGOS DE LO RAZONABLE. Todo lo expuesto en este capítulo lleva a la conclusión de que, en resumen, la única posición válida que puede emitirse sobre la interpretación es la que el juez en

---

31. Recasens Siches, L. (2010). *Filosofía del Derecho*. (Vigésima Edición) Ciudad de México: Porrúa. Pág. 660.

todo caso debe interpretar la ley precisamente del modo que lleve a la conclusión más justa para resolver el problema que tenga planteado ante su jurisdicción. Al hacerlo de este modo, el juez, lejos de apartarse de su deber de obediencia al orden jurídico positivo, da a este su deber más perfecto de cumplimiento. Esto es así por la siguiente razón: El legislador, mediante las normas generales que emite, se propone lograr el mayor grado posible de realización de la justicia de los valores por esta implicados, en una determinada sociedad concreta... Entonces, si el juez trata de interpretar esas leyes de modo que el resultado de aplicarlas a los casos singulares aporte la realización del mayor grado de justicia, con esto no hace sino servir exactamente al mismo fin que se propuso el legislador...”

## Conclusiones

1. El artículo 14º Constitucional no prohíbe la aplicación retroactiva, sino la limita a determinados supuestos.
2. La norma constitucional no limita la aplicación de una norma posterior, a determinadas materias, en base a la aplicación retroactiva de una ley en beneficio de alguien, por lo que, dependiendo las circunstancias, podrá aplicarse una norma vigente, aún y cuando el hecho a juzgar sea anterior al hecho que se pretende resolver.
3. Para analizar la validez de una disposición testamentaria otorgada hasta septiembre 13 de 1995, en relación con la idoneidad de los testigos, debe aplicarse la norma vigente, en la que se suprime dicha formalidad, ya que al suprimir dicho requisito no podría invocarse en base a esa causa. A la misma conclusión llega la obra de Marcel Planiol y Georges Ripert <sup>32</sup> al asegurar “... *La transmisión de los bienes de una persona difunta se rige únicamente por la ley que está en vigor al morir aquella...*”.

---

32. Planiol, M., Ripert, G. (1946). *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Traducción: Péreznieta Castro, L. Editorial Harla. Parte A. pág. 33.

La nulidad es una pena derivada de la infracción a una norma civil, de modo que no podría sancionarse al testador o a la sucesión con la invalidación de la disposición testamentaria, cuando la causa aludida ya no está vigente.

4. Para la interpretación de la norma que debe aplicarse, no debe obviarse el elemento de progresividad que debe sopesarse en una aplicación amplia de los derechos fundamentales. Además, debe observarse el principio de conservación de los actos jurídicos y sopesar las repercusiones que acarrea una u otra determinación, procurando la que presente una solución más justa.

## **Bibliografía**

- Acosta Romero , M., Martínez Arroyo, L. A., Muñoz Islas, M. E., & Almazán Alaniz, J. A. (2002). *Código Civil para el Distrito Federal. Comentarios. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia.* (Vol. III). Ciudad de México: Porrúa.
- Barberia, M. (2006). *Diccionario de Latín Jurídico.* Buenos Aires, Argentina: Valletta Ediciones.
- Borja Soriano, M. (2000). *Teoría General de las Obligaciones.* Ciudad de México: Porrúa.
- Castellanos , F. (1996). *Lineamientos Elementales de Derecho Penal.* Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Díaz Aznarte, M. T. (2002). *Teoría General de la Sucesión de las Normas en el Tiempo. (Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes).* Valencia, España.: Tirant lo Blanch .
- Fundación Tomás Moro. (1998). *Diccionario Jurídico Espasa.* Madrid, España: Espasa.
- García Máynez, E. (2008). *Introducción al Estudio del Derecho.* Ciudad de México: Porrúa.
- Gaudemet, E. (2010). *Teoría General de las Obligaciones .* Ciudad de México: Porrúa.

- Gutiérrez y González, E. (2012). *Derecho Sucesorio*. Ciudad de México: Porrúa.
- Huber Olea y Contró, F. (2017). *Diccionario de Derecho Romano*. Ciudad de México: Porrúa.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. (1997). *Diccionario Jurídico Mexicano*. (Décima Edición. ed., Vol. IV). Ciudad de México., México: Editorial Porrúa.
- Planiol, M., & Ripert, G. (1946). *Tratado Elemental de Derecho Civil*. (L. Pereznieta Castro, Trad.) París, Francia: Harla.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, España.: Espasa.
- Recasens Siches, L. (2010). *Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa.
- Savigny, F. (1879). *Sistema del Derecho Romano Actual*. Madrid: F. Góngora y Compañía.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2010). *Diccionario Histórico Judicial de México*. Ciudad de México: SCJN.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. UNAM. Konrad Adenauer. Stiftung. Coordinadores: Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo; Caballero Ochoa, José Luis; Steiner, Christian;. (2013). *Derechos humanos en la constitución. Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*. Ciudad de México: SCJN.
- UNAM, I. d. (2013). [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx>.
- Villalobos Chaparro de González, E. (2017). *Manual de Derecho Civil I. Introducción al Derecho Civil y de Personas*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.