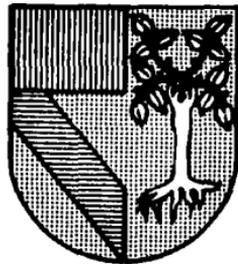


308909
9
24

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la Universidad Nacional Autónoma de México



"DE LOS TESTIGOS EN LA SUCESION TESTAMENTARIA"

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JORGE AUGUSTO CONTRERAS FLORES

DIRECTOR DE TESIS: DR. ALBERTO PACHECO ESCOBEDO

MEXICO, D. F.

1995

FALLA DE ORIGEN



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.

**A YUYIS: Gracias
por ser la norma
que regula mi vida.**

**A DON RAUL:
En su amada
Memoria.**

INDICE

I. DE LOS TESTIGOS

I.1- CONCEPTO.....	1
I.2- CUALIDADES E INCAPACIDADES.....	7
I.3- CLASES DE TESTIGOS.....	12
I.4- ANTECEDENTES HISTORICOS.....	14
a)-. DERECHO ROMANO.....	15
b)-. DERECHO ESPAROL.....	22
c)-. DERECHO FRANCES.....	29
d)-. DERECHO MEXICANO.....	34
I.5- LA LEGISLACION VIGENTE.....	41
I.6- EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.....	43

II. DE LA SUCESION.

II.1-QUE ES LA SUCESION.....	46
II.2-CARACTERISTICAS DE LA SUCESION.....	49
II.3-ELEMENTOS DE LA SUCESION.....	52
II.4-DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR.....	53
II.5-LA FORMA DE LA SUCESION EN LA LEGISLACION ACTUAL.....	55

III. DE LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO.

III.1- DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO.....	70
III.2- DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO HISPANO.....	75
III.3- DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO FRANCES.....	82
III.4- DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO PATRIO.....	85
III.5- LA LEGISLACION ACTUAL.....	87

IV. DEL FUNDAMENTO JURIDICO DE LA PARTICIPACION DE LOS TESTI- GOS EN LA SUCESION TESTAMENTARIA.	
IV.1- DEL FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACION DE LOS TESTIGOS EN LA SUCESION TESTAMENTARIA.....	95
IV.2- DE LA FUNCION DE LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO.....	104
IV.3- DE LA FORMALIDAD O SOLEMNIDAD DEL ACTO DE TESTAR.....	107
IV.4- NULIDAD E INEXISTENCIA DEL TESTAMENTO.....	111
CONCLUSIONES.....	114
BIBLIOGRAFIA.....	117

PROEMIO

El concepto principal para la elaboración de este trabajo obedece a la necesidad de establecer la importancia y el reconocimiento que merece la participación de los testigos en el otorgamiento de los testamentos, así como en otros actos jurídicos.

Esta participación que conforma un elemento exigido por la legislación vigente en los actos solemnes, también reviste una gran importancia como medio de comprobación de un acto jurídico en donde no existe ningún otro medio para comprobar su realización , estableciendo por medio de los testigos el verdadero interés del otorgante del acto. Devolviendo a la condición humana su valor real cuando el testimonio es otorgado correctamente.

Persiguiendo tal objetivo, fue necesario partir del análisis de los testigos desde su concepto, la naturaleza de su participación en los diferentes actos jurídicos, la importancia que tienen para la legalidad de estos, así como un análisis de los antecedentes históricos de esta figura jurídica en las diferentes legislaciones que han influenciado al Derecho Nacional, llegando a su regulación en la legislación vigente finalizando con su participación en la sucesión testamentaria. Siendo necesario en este punto analizar la naturaleza jurídica de la sucesión testamentaria, sus características , elementos y su regulación en el derecho nacional vigente.

Después del análisis del material existente sobre este particular en obras de las diferentes legislaciones consultadas, algunas de ellas verdaderos tesoros de la literatura jurídica , se busco dar el respaldo y la importancia que merece esta institución

Convencido por lo anterior de la importancia de la figura del testigo en el otorgamiento de los testamentos , principalmente del testamento publico abierto, veo necesario resaltar la importantísima función de los notarios públicos quiénes se auxilian de esta figura jurídica para la existencia del acto jurídico.

Este ensayo lejos de pretender formular una directriz, por lo mas ya establecida , es un reconocimiento a la condición humana en su función de auxilio en la formación y existencia de actos tendientes a la convivencia y el bien común de la sociedad dentro de un marco jurídico, restituyendo al hombre su verdadero valor y credibilidad .

Sirva para finalizar este breve proemio un voto de gratitud a mi Maestro MIGUEL ANGEL MAYAGOITIA por su invaluable auxilio para la realización de este proyecto , al Doctor ALBERTO PACHECO por sus valiosos consejos .

Jorge :

¡ Es muy difícil tener que empezar tantas veces ! ¡ Es muy consolador poder empezar otras tantas !

Cada cual puede ser grande si quiere, pero muy pocos lo quieren. Los más no aprovechan las fuerzas de que Dios los dotó; dejan pasar las ocasiones que se les ofrecen, el momento de que disponen; siempre esperan fuerzas mayores, ocasiones mejores, tiempos más convenientes, y en esta espera estéril y ociosa de otras fuerzas, ocasiones y tiempos se les va volando la fuerza, las ocasiones y el tiempo.

Si ves que uno está triste, ándate a él y háblale; no hay corazón que pueda resistirse. Y si está feliz, no lo digas, porque nadie te comprende; y si te sientes desdichado, no lo laments porque nadie preguntará por ti.

¡ Sigue despierto y sé feliz, alegre y jovial ! La alegría, verdadera, pura, es también excelente medio en la lucha contra la inmoralidad. Donde no penetre el sol, todo se cubre de moho, el aire es pesado, pululan asquerosos los ciempiés.

El moho del pecado, y el aire pesado de la corrupción, y los ciempiés de la inmoralidad cercan también con más facilidad el alma sombría, sin alegría.

¡ Ojalá que todos comprendieran la dicha que encierra el ideal de vivir siempre alegre !

Proponte tú desde ahora ir sembrando por la vida, a manos llenas flores de bondad, de caridad, de virtud, y en una palabra de amor, y entonces lo comprenderás.

Sobre todo comienzo mira el fin; pero cada día ten una intención.

Y ahora: **¡ MANO AL TRABAJO ! ¡ APROVECHA CADA MINUTO !
¡ VELOZ PASA EL TIEMPO ! ¡ VELOZ PASA TU VIDA !**

Habítuate a ser alegre con la alegría del alma y no quieras nunca estar triste.

Ojalá nos volvamos a ver un día aquí, si no espero nos veamos en el cielo.

LIC. GUILLERMO GALVAN MUÑOZ

I. DE LOS TESTIGOS

I.1- CONCEPTO.

I.2- CUALIDADES E INCAPACIDADES.

I.3- CLASES DE TESTIGOS.

I.4- ANTECEDENTES HISTORICOS.

I.4- a-DERECHO ROMANO.

I.4- b-DERECHO ESPAÑOL.

I.4- c-DERECHO FRANCES.

I.4- d-DERECHO MEXICANO.

I.5- LA LEGISLACION VIGENTE.

I.6- EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

CAPITULO I
LOS TESTIGOS

I.1 - CONCEPTO.

Para la correcta comprensión del tema objeto de estudio de esta tesis, se debe tener una visión clara y precisa de lo que jurídicamente se determina como testigo. Por lo que recorreremos la concepción que nos ocupa, desde lo universal hasta llegar a lo más particular jurídicamente, partiendo de la definición que establece el Diccionario Etimológico General de la Lengua Castellana, que dice:

"Testigo del Latin Vulgar testificus de testis-testigo. S.XII - Declarante. El que atestigua una cosa. (1)

Del Diccionario de la Lengua Española se infiere que testigo es:

"Persona que da testimonio de una cosa o lo atestigua".

"Persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa".

"Cualquier cosa, aunque sea inanima-

(1) Corripio, Fernando "Diccionario Etimológico General de la Lengua Castellana". Edit. Bruguera, Barcelona, España. 1973.

da, por lo cual se arguye o infiere la verdad de un hecho". (2)

En el antiguo Derecho Romano, en la Epoca Antigua y por la decisiva importancia atribuida a la fides, era el medio más socorrido para prueba, así pues "la definición que tenían para testigo era:

"Testigos son los que deponen oralmente, ante el juez y previo juramento de decir verdad (iurati testimonium dicunt) exponiéndose a preguntas del juez y las partes de lo que hubieran visto y oído por sí mismos y no por referencias". (3)

El Doctor Gregorio López en su estudio y glosa que hace sobre las Siete Partidas del Rey Alfonso X el Sabio, entiende por testigo:

"Son hombres, o mujeres que como tales no se pueden desechar como prueba, que aducen las partes en juicio, para probar las cosas negadas o dudosas, y que de ellos hace gran De-

- (2) "Diccionario de la Lengua Española", Real Academia Española. Edit. Espasa-Calpe, Madrid, España. 1970.
 (3) Alvarez Ursicino, "Curso de Derecho Romano". Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España. 1955.

recho, porque saben la verdad por su testimonio que de otra manera se rfa escondido muchas veces y los pue de traer la parte en juicio, por quien se conoce el pleito o su abogado, si entendiere que le son menester y le ayudan a su pleito". (4)

Ya una determinación con concepto jurídico actual, nos lo da el Licenciado Juan Palomar de Miguel, quien establece en su Diccionario para Juristas, que se debe de entender como testigo:

"A toda persona que de testimonio de una cosa o lo atestigue". (5)

Caravantes, citado por el Licenciado Eduardo Pallares en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, establece que del Concepto de Testigo se desprende:

"Testigo proviene de Testado".

"Que quiere decir o explicar según su mente (Digesto de testibus 1-11) o dar fe a favor de otro para la con-

- (4) Las Siete Partidas del Rey Alfonso El Sabio glosadas por el Doctor Gregorio López, del Consejo Real de Indias, corregida y aumentada por el Doctor Don Joseph Barni y Cañalá abogado de los Reales Consejos. Edit. Imprenta de Benito Monfort, Salamanca, Partida 3ª España. 1967. pp.166.
- (5) Palomar de Miguel, Juan. "Diccionario para Juristas". Edit. Mayo Ediciones. México, D. F. 1981.

firmación de una causa".

"Los Testigos testamentarios son los que asisten al otorgamiento del testamento, bajo pena de nulidad del mismo". (6)

Con un sentido más actual y jurídico Carnelutti da su opinión sobre el concepto de testigo: Para él, el testigo en un sentido amplio, está comprendido tanto por la parte interesada en el acto o proceso, así como un tercero que concurra a prestar su testimonio.

"Jurídicamente testigo es la forma en que se designa al tercero que da testimonio". (7)

Carnelutti hace la diferenciación del testimonio que ha ce el tercero, del que hace la parte en el proceso, dependiendo del sentido en que participe en este, residiendo en la función y estructura de sus declaraciones y por lo que se debe de comprender el sentido de la noción de testigo, que es en sentido lato, la atestación o aseveración de una cosa.

Dentro de la tradición europea y en particular de la Doctrina Francesa, Julian Bonnacase define al testigo como:

- (6) Pallares, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Edit. Porrúa. México, D. F. 1952.
 (7) Carnelutti, Francesco, Colección Ciencia del Proceso, "De recho y Proceso". Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina. 1971. pp. 227.

"Aquel que ha presenciado ya sea por casualidad o por instancia de las partes, el verificativo de un hecho contradicho, y que puede, afirmar al juez su existencia, la manera como se verificó y sus resultados, debiendo ser mayores. En sucesiones, no legatarios ni parientes en cuarto grado o empleados del patrono". (8)

Rafael de Pina, dice que el concepto de testigo tiene dos acepciones íntimamente relacionadas:

1) "la que se refiere a las personas que necesitan concurrir a la celebración de determinados actos jurídicos".

2) "y la que alude a las personas que declaran en juicio". (9)

En la primera acepción los testigos constituyen una S O L E M N I D A D y en la segunda, son un mero medio de prueba.

- (8) Bonnacase, Julian. "Elementos del Derecho Civil". Edit. José M. Cajica. J. R. Puebla, México, 1946.
 (9) de Pina, Rafael y José Castillo Larrañaga. "Instituciones del Derecho Procesal Civil". Edit. América. México, D. F. 1946. pp. 254.

En un fuero territorial, el distinguido Profesor Mexicano José Becerra Bautista ofrece su definición diciendo:

"Testigo es la persona ajena a las partes que declara en juicio sobre hechos relacionados con la controversia, conocidos solo por ella directamente, a través de sus sentidos". (10)

La Legislación actual en el Código de Procedimientos Civiles define al testigo como sigue:

"Testigos son todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben probar". (Art. 356)

El Licenciado Leopoldo Aguilar Carvajal, por exclusión de incapacidad para ser testigos testamentarios, determina que son:

"Testigo testamentario es el que assiste al otorgamiento del testamento, bajo pena de nulidad de éste". (11)

(10) Becerra Bautista, José. "El Proceso Civil en México". Editorial Porrúa. México. 1975. 5a. Edición. pp. 112.

(11) Aguilar Carvajal, José. "Segundo Curso de Derecho Civil Bienes, Derechos Reales y Sucesiones". Editorial Porrúa. México. 1980. 4a. Edición. pp. 347.

I.2 - CUALIDADES E INCAPACIDADES.

Una vez que hemos establecido el panorama jurídico y extrajurídico con el que ha sido tratado el concepto de testigo, ya podemos determinar los elementos que son necesarios para ser establecido como tal, así como también, examinaremos las incapacidades en que se pueda incurrir y que impiden ser testigo en un proceso o en la realización de un acto jurídico.

Demos pues paso en un principio a las cualidades de los testigos, éstas son:

- 1) Para ser testigo se debe ser una persona en pleno uso de sus facultades tanto naturales como legales, ser una persona fidedigna y no incurrir en ninguna incapacidad o prohibición establecida por la ley.

- 2) Existen principalmente dos clases de testigos: los que concurren a la realización de un acto jurídico como requisito formal o solemne, los cuales deben de cumplir con los requisitos de capacidad que exige la celebración de dichos actos; y aquellos testigos que hubiesen presenciado algún acto o que sobre dicho acto ya realizado exista controversia en un proceso. Este hecho debe ser conocido directamente a través de

sus sentidos, debiendo conducirse con verdad y dar razón de su dicho. (12)

Una vez que establecimos las cualidades o requisitos de los testigos, desprendemos la existencia de incapacidades, las cuales, inhiben al sujeto que se coloque dentro de estas hipótesis, de la posibilidad de ser testigo, estas incapacidades son:

- a) No pueden ser testigos por ser partes en sentido material: El actor, el demandado, terceristas, familiares en el otorgamiento del testamento, y el otorgante.
- b) En sentido formal no podrán ser testigos los representantes del actor y del demandado y los abogados patronos. (13)
- c) Así mismo nadie puede ser testigo de causa propia (Nemo debet. esse testis in propria causa). (14)

El Código Civil, establece quienes tienen incapacidad natural y legal en su artículo 450, el cual transcribimos íntegramente:

Art. 450. - Tienen incapacidad natural y legal:

- (12) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. "Estudios de Teoría General e Historia del Proceso" (1945-1972). Editorial U.N.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1974. Tomo II. pp. 382, 383, 384.
- (13) Becerra Bautista, José. OP. cit. pp. 112, 113.
- (14) Becerra Bautista, José. OP. cit. pp. 112, 113.

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

El Código de Comercio, establece incapacidad específica para ser testigo en el artículo 1252, que dice;

"No pueden ser testigos:

- I. El menor de catorce años, sino en casos de imprescindible necesidad, a juicio del juez.
- II. Los dementes y los idiotas.
- III. Los ebrios consuetudinarios;
- IV. El que haya sido declarado testigo falso o falsificador de letra, sello o moneda;
- V. El tahúr de profesión;
- VI. Los parientes por consanguinidad, dentro del cuarto grado y por afinidad dentro del segundo;
- VII. Un cónyuge a favor de otro;

- VIII. Los que tengan interes directo o indirecto en el pleito;
- IX. Los que vivan a expensas o sueldo del que los presenta;
- X. El enemigo capital;
- XI. El juez en el pleito que juzgó;
- XII. El abogado y el procurador en el negocio de que lo sea o lo haya sido;
- XIII. El tutor o el curador por los menores y éstos por aquéllos, mientras no fueren aprobadas las cuentas de la tutela.

Estas incapacidades prohíben declarar al testigo que tenga alguno de los impedimentos que se señalan, por otra parte el Código Procesal Civil, ordena que en el acta que contenga la declaración del testigo, se haga constar:

"Si es pariente por consanguinidad o afinidad y en que grado, de alguno de los litigantes; si es dependiente o empleado del que lo presenta, o tiene con él sociedad o alguna otra relación de interes; si tiene interes directo o indirecto en el pleito, si es amigo íntimo o enemigo de los litigantes". (Artículo 353).

Este ordenamiento permite la declaración, pero hace que en la misma se asienten circunstancias, que puedan servir

al juez para calificar la credibilidad que debe dar al testimonio mismo y solo pueda promoverse, el incidente de tachas cuando en concepto del promovente, exista cualquier circunstancia que afecte la credibilidad, cuando esa circunstancia "no haya sido expresada en las declaraciones del testigo". (15)

En un sentido más particular al tema que nos ocupa, el Código Civil en su artículo 1502, establece la prohibición de ser testigos en el otorgamiento del testamento:

Art. 1502. No pueden ser testigos del testamento:

- I. Los amanuenses del notario que lo autorice;
- II. Los menores de dieciseis años;
- III. Los que no estén en su sano juicio;
- IV. Los ciegos, sordos o mudos;
- V. Los que no entienden el idioma que habla el testador;
- VI. Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuges o hermanos. El concurso como testigo de una de las personas a que se refiere esta fracción sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes;
- VII. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

Quedan determinadas así las incapacidades que impiden la concurrencia de alguna persona como testigo.

I.3 - CLASES DE TESTIGOS.

La doctrina, en relación al tema que nos ocupa en esta tesis, ha realizado una serie de clasificaciones según el objeto, de la participación del testigo, ya sea en un proceso o en la realización de un acto jurídico, de modo que recogemos diversas clasificaciones que se han hecho sobre este concepto:

TESTIGO ABONADO: El que no tiene tacha legal.

TESTIGO DE CARGO: El que depone en contra del procesado.

TESTIGO DE CONOCIMIENTO: El que conocido a su vez por el notario, asegura a éste sobre la identidad del otorgante.

TESTIGO DE DESCARGO: El que se pone a favor del procesado.

TESTIGO DE OIDAS: El que depone de un caso por haberlo oído a otros.

TESTIGO DE VISTA: El que se halló presente al caso sobre el que atestigua o depone.

TESTIGO INSTRUMENTAL: El que en documentos notariales afirma con el notario el hecho y contenido del otorgamiento.

TESTIGO SINGULAR: El que es único en lo que atestigua. (16)

(16) Diccionario de la Lengua Española. OP. cit.

TESTIGO AMANUENSE: El que está presente en el momento de otorgarse un testamento y lo redacta y sirve a su vez de testigo.

TESTIGO DE ACTUACION: Aquel que por disposición de la ley o voluntad de las partes, presencia la realización de un acto jurídico para dar fe de él y suscribe como tal el documento respectivo.

TESTIGO DE APREMIO: El que no acude espontáneamente a la citación, sino que es llevado ante el tribunal por la fuerza pública.

TESTIGO DE ASISTENCIA: El que asiste o se halla en la realización de un hecho u acto jurídico.

TESTIGO DE MALA FE: El que intencionalmente pretende inducir al error.

TESTIGO FALSO: El que incurre en un falso testimonio.

TESTIGO JUDICIAL: El que declara en los tribunales.

TESTIGO NECESARIO: Aquel que a pesar de ser objeto de tacha relativa, su testimonio es tenido en cuenta en virtud del valor que tiene el mismo, por la índole de la situación que se debate en juicio.

TESTIGO TESTAMENTARIO: El que asiste al otorgamiento del testamento, bajo pena de nulidad de éste. (17)

TESTIGOS PRIVILEGIADOS: Por razón de su investidura pueden dejar de concurrir al tribunal a rendir su declaración y lo harán por oficio enviado al juez del proceso y en casos urgentes personalmente ya sea cuando sean an

(17) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1968. Tomo XXVI, pág. 179, 180, 181, 182.

cianos de más de sesenta años y a los enfermos pudiendo el juez, según las circunstancias, recibirlas, la de
cl
ar
ación en sus casos en presencia de la otra parte si é
s
ta asistiera, tratándose del Presidente de la República, o los Secretarios de Estado, Senadores, Diputados, Magis
tr
ados, Jueces, Generales con mando, o las primeras auto
ri
dades políticas del Distrito Federal, su declaración será por medio de oficio y en esta forma la rendiran, só
l
o en casos urgentes podrán rendir declaración personalmente. (18)

I.4 - ANTECEDENTES HISTORICOS

Es bien sabido que a través de la evolución de la ciencia jurídica, ésta se ha nutrido de diferentes fuentes para su formación, de este modo ha ido tomando elementos de la cos
tu
mbre, de las diferentes legislaciones antiguas y aún de la Historia, estos elementos, en su tiempo constituyeron los or
de
namientos jurídicos vigentes, tales como el Derecho Romano, Las Siete Partidas y el Derecho Indiano, entre otros.

De alguna manera u otra, los testigos han sido elementos formativos de estas legislaciones, por medio de su intervención en los diferentes actos jurídicos. Porque tomando en cuenta, que el tomar el dicho de una persona o la asistencia de ésta a la realización de un acto jurídico, no constituye

(18) Becerra Bautista, José. OP. cit. pp. 116.

un alto grado de confección de este tipo de prueba, ha sido por lo tanto desde el principio de la historia muy socorrida, de modo que los litigios y las diferencias que se suscitaban en el clan primitivo, eran solucionadas por el dicho de quienes hubieran presenciado los hechos motivo de la diferencia.

De este modo y con el progreso social y tecnológico de las primeras culturas, ingresan al marco jurídico, posteriores formas de prueba y nuevas formalidades y aunque la testimonial pierde valor y es relegada a un segundo término, no ha dejado de ser usada y apreciada.

a) DERECHO ROMANO

En un principio los testigos tuvieron una importancia primordial, éstos en su concepto, se fueron degradando y perdiendo valor de credibilidad al incorporarse a la sociedad romana elementos externos, debido al éxito y al crecimiento de Roma; no obstante, la presencia de testigos siguió utilizándose tanto para actos de derecho público como privado.

Bien pues, examinamos en un principio la participación de los testigos, en los procedimientos de Derecho Público y tomando en concreto el "Procedimiento Formulario", en este proceso las declaraciones de los testigos (testes), en la época antigua y por la decisiva importancia atribuida a la "fides"

era éste el medio de prueba máspreciado, por no decir el único, la preferencia que se otorgaba a la prueba testifical frente a la documental era evidente, cuando por influjos provinciales, va admitiéndose esta última que no logra vencer una general desconfianza según palabras del propio Cicerón.

De este modo primitivamente, los testigos deponen oralmente ante el juez, previo juramento de decir verdad (*iurati testimonium dicunt*), exponiéndose a las preguntas del juez y de las partes, sobre lo que hubieran visto y oído por sí mismos y no por referencias, pero con el tiempo llegan sin embargo, a admitirse testimonios jurados o no jurados, prestados extrajudicialmente y reflejados en documentos (*testimonia per tabulas*) pero no se les atribuyó nunca demasiado valor probatorio. A diferencia de lo que sucedía en el procedimiento penal, en donde los testigos no son proporcionados, ni citados por el juez, sino que los aportan las partes, apareciendo en el proceso como una especie de coadyuvante de éstos.

Así, nadie venía obligado a presentar testimonio en los litigios civiles, a menos que hubieran actuado ya de testigos en un negocio jurídico solemne, sobre el que deba deponer en la *litis*. En este caso, si se negara a hacerlo, las XII tablas le declaran en una clase especial de infamia (*intestabilis*), que traía consigo una importante disminución de la capacidad de obrar.

Las XII tablas, establecen que el ser declarado "in probus", significa incapacidad para servir de testigo y el ser tachado de "intestabilis", trafa consigo la incapacidad para solicitar la cooperación de testigos, ambas incapacidades tienen una gran trascendencia, en un tiempo en el cual, la mayor parte de los negocios jurídicos eran solemnes y exigían la presencia de testigos.

El falso testimonio se castigaba arrojando al culpable por la Roca Tarpeya y el negarse a prestar testimonio, según otro texto de las XII Tablas, trafa consigo además de la infamia, la humillación de que el pueblo acudiera a la puerta de la casa del culpable, ultrajándole a grandes voces durante 3 días.

No existió limitación en un principio, para el número de testigos que podían presentar las partes ante el iudex, aún cuando algunas constituciones imperiales, según Arcadio, otorgaban al juez la facultad de restringirlo, para evitar la excesiva duración del proceso, en cambio ante los repercutores esta "potestas testibus denunciandi" se limitó a diez testigos. (19)

Por su parte, en el procedimiento extraordinario o de cognición oficial, la prueba testimonial, sigue todavía constituyendo uno de los más importantes medios de prueba, aunque se

(19) Alvarez Suárez, Ursicino. "Curso de Derecho Romano". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1955. pp. 431, 432, 433.

subordine su valor, a la prueba por medio de documentos. Este decrecimiento, además de los influjos orientales, que destacaron el valor de la prueba escrita y del documento en general, se debió a una gradual desconfianza, hacia las declaraciones de los testigos.

Numerosas disposiciones revelan esta hostilidad, regulando con lujo de detalle de la valoración que el juez debe dar a tal medio de prueba:

- El testimonio de un solo testigo, carece de valor probatorio, cualquiera que sea la calidad de la persona que lo preste y la credibilidad que merezca.
- Debe otorgarse mayor valor a los testigos presentados por las personas de elevado rango social.
- En los pleitos seguidos en contra de cristianos no se debe otorgar fe alguna a los testimonios prestados por herejes y judíos. (20)

Por otra parte se establece que toda persona que se le requiera como testigo, se halla obligada a prestar testimo-

(20) Alvarez Suárez, Ursicino. OP. cit. pp. 572.

nio, en contra de lo que sucedía en el período clásico, en que tenía carácter de voluntario; se restringe la obligación de prestar juramento a los testigos de las clases inferiores y se admite la aplicación de tortura, a los sospechosos de no decir verdad. (21)

Los testigos, también jugaron un papel muy importante en la vida privada y los actos jurídicos particulares de los romanos, uno de los más importantes consistió en presenciar y formalizar la transmisión y adquisición de la propiedad, entre ciudadanos romanos.

Una de las principales formas fue la "Mancipatio", siendo este un acto solemne privado, reunía en una declaración de un adquirente (mancipio accipiens) quien se apodera formalmente de la cosa objeto del acto, declarando en voz alta ser propietario de ella, conforme a Derecho Civil y haberla comprado mediante el cobre y la balanza en presencia del propietario de la misma (mancipio dans). Y en el acto de pesar un metal de cobre en una balanza de platillos, entregaba las monedas al enajenante y así se transmitía la propiedad; se realizaba este negocio en presencia de cinco testigos, debiendo ser puberes, más otro encargado de pesar el metal (Librepens). Era una aplicación de un antiguo negocio libral (per aes et libram) que tenía otras aplicaciones en el Derecho de Obligaciones y en el Testamentario. (22)

(21) Alvarez Suárez, Uesicino. op. cit. pp. 573.

(22) D'ors, Alvaro. "Elementos de Derecho Privado Romano". Editorial "Ediciones Universidad de Navarra". Pamplona, España. 1975. pp. 101, 102.

En las sucesiones, la forma ordinaria de hacer un testamento, era por la Solemnidad del metal y la balanza (per aes et libram), del acto se hacía una "testatio" en tablillas enceradas en presencia de cinco testigos.

Por su parte el pretor prescindiendo de la Solemnidad libral, consideró que el testamento era conformado, por las tablillas impresas con los sellos íntegros de siete testigos. En este sentido, se puede hablar de un testamento pretorio, escrito en presencia de siete testigos, en contraste al testamento civil oral de cinco testigos.

A partir de Teodosio II el testamento presenta siempre ocho firmas, la del testador o lo que era muy frecuente la de un octavo testigo, que suple la del testador analfabeto.

Justiniano conservó la pluralidad de formas y aún la augmentó, introduciendo formas especiales para el ciego, el sordomudo y para el caso de epidemias, pero volvió a la disciplina antigua al exigir la forma del testamento (con siete testigos) para instituir herederos, excluyendo el de cinco testigos. (23)

Pero no cualquier persona podía ser testigo, así en Roma, se establecieron restricciones para ser llamado a atestiguar un acto o para poder dar cuenta de él cuando lo hayan presenciado, existiendo la necesidad de cumplir con el requi

(23) D'ors, Alvaro. OP. cit. pp. 153, 154, 155.

sito de tener cierta capacidad natural, así como civil, para actuar como testigo, este requisito estaba supeditado a los requisitos exigidos por el acto a atestiguar o eran exigidos por la ley.

Por lo general, la incapacidad natural estaba determinada por la carencia de un sano juicio o por tener atrofiados los sentidos con que se perciba el acto, (vista, oído, voz), de esta manera, eran excluidos los impuberes o los que no han llegado al uso de razón, los locos, los imbéciles, sordos, ciegos para los actos en que se requieran estas cualidades, así como los mudos y sordo-mudos, este tipo de incapacidades naturales imposibilitaban a la persona para tomar parte en el acto, pues estaba tachado con una incapacidad absoluta, así mismo la *lex Romana*, podía imponer una limitante a la capacidad del sujeto, aún teniendo completa su capacidad natural, quedando de esta manera excluidos los esclavos, los malvados, los indignos, los infames y los condenados por delitos de fraude.

Los requisitos exigidos por la *lex Romana* eran acordes a los requisitos naturales, de este modo quien era capaz naturalmente, era capaz legalmente, si no incurría en alguna de las incapacidades anteriores.

b) DERECHO ESPAÑOL

Después de la influencia que ejerció el Imperio Romano, sobre las provincias gobernadas, a su caída, la gran unidad que constituía este imperio se desintegró, pero la tradición legislativa romana se conservó, y cada una de las provincias realizaron trabajos legislativos domésticos. España no es la excepción y realiza una legislación propia con matices territoriales. Así dentro de esta antigua legislación peninsular, reguló de manera precisa el papel de los testigos, siendo un claro ejemplo el conformado por el Fuero Juzgo. Este lo reguló en su título IV (título de las testimonias e de lo que testimonian).

Regula así mismo en las leyes IV, V, VI y VII a los testigos, estas leyes determinan quien puede ser creído como tal, así como quien no puede testimoniar y consecuencias del falso testimonio. (24)

El Fuero Real reguló a los testigos en su libro II, título VIII regulándolo como de las testimonias y de las pruebas. (25)

Una regulación completa sobre la prueba testimonial, fue la que se normó en la Ley de Las Siete Partidas, ésta en su

- (24) El fuero juzgo cotejado por la Real Academia Española, Editorial Ibarra Impresor de Coñera de Su Majestad. Madrid, España. 1813. Título IV. Leyes IV, V, VI y VII. pp. 32, 34, 35, 36 y 37.
- (25) Los Códigos Españoles Concordados y Anotados. Editorial Imprenta la Publicidad de D. M. Rivadeneyra. Madrid, España. 1850. Tomo VII. pp. 450 - 457.

partida tercera, en su título XVI, determinó desde lo que de be de entenderse como testigo (Ley I), hasta la determinación de prohibiciones expresas para poder funjir como testigo:

"Todo hombre que fuere de buena fama y que no fuere impedido por leyes - de este libro puede ser testigo, y aquellos a quienes les está impedi do son estos:

- 1) Los hombres que es conocido de mala fama (hay una excepción que es cuando se trata de procesos por - traición que quisieran hacer o fue ra hecho contra el Rey o contra el reino, pero no debe ser válido el testimonio a menos de que se le - atormentare primeramente).
- 2) Contra el hombre a quien fuera - probado que dijera falso testimo- nio o que falseara carta, o sello o moneda del Rey, ni el que de- ja- ra de decir verdad en su testimo- nio.
- 3) Ni a que se le probara que diera yerbas o ponzona, para matar a al guno, o para hacerle otro mal en- el cuerpo, o para hacer perder los

hijos a las mujeres preñadas.

- 4) Los que matasen algún hombre.
- 5) Ni los que siendo casados tengan Barraganas.
- 6) Ni los que fuerzan a las mujeres.
- 7) Ni los que se casan con sus parientes, hasta en el grado que defiende la Santa Iglesia, a menos de dispensación.
- 8) El traidor, alevoso o dado conocidamente por malo.
- 9) El que haya perdido el seso, en cuanto le durare la locura.
- 10) Ni el que lleve mala vida, así como ladrón, robador o alcahuete, conocido o taur que anduviese por las tabernas.
- 11) La mujer que anduviese en "femejenca" de varón.
- 12) Ni el pobre que anduviere con malas compañías.
- 13) El hombre de otra ley así como judío o moro o hereje que no puede atestiguar contra cristiano, excepto en pleito de traición". (26)

(26) Las Siete Partidas del Rey Alfonso El Sabio. OP. cit. Tercera Partida. Título XVI Ley VIII. pp. 170, 171.

Determinó también los requisitos para poder ser testigo, que entre otros eran:

"Veinte años cumplidos a lo menos en pleitos de acusación (criminales o penales), la misma edad para los testigos en las pesquisas, que el rey mande hacer contra alguno, para averiguar alguna mala acción del que fuese informado."

En los demás procesos que no fuesen penales o criminales podían ser recibidos los testimonios del que tuviese catorce años cumplidos. (27)

También existió la imposibilidad de atestiguar contra otro, en pleito criminal por:

- 1) Ser el aforrado contra el aforrador.
- 2) Su padre, abuelo y nieto.
- 3) El preso en cárcel o cadena del Rey o de Consejo, mientras guarde esta condición.
- 4) El que por dinero lidiara con alguna bestia brava.
- 5) La mujer que manifiestamente hiciese maldad con su cuerpo por dinero. (28)

Ya entonces a la mujer se le permitió ser testigo, reuniendo los requisitos de buena fama participando en todo pleito,

(27) Las Siete Partidas. OP. cit. Ley IX. pp. 171.

(28) Las Siete Partidas. OP. cit. Tercera Partida. Título XV. Ley X. pp. 172.

fuera del que tratase del testamento, por la debilidad de su sexo.

El parentesco, constituía una imposibilidad para atestiguar, así el padre, el abuelo, ni los otros que suban por línea directa no pueden atestiguar por sus hijos, ni por sus nietos, ni los otros que desciendan de ellos de la misma línea, los descendientes pueden atestiguar por aquellos de quienes descienden. (29)

Las mujeres no podrán atestiguar por su marido, ni el marido por su mujer, ni el hermano por el hermano, mientras vivieran en poder de su padre. (30)

La Ley XVIII, establecía que nadie puede ser testigo de su pleito, ni los que a él se encuentran subordinados.

Así fue como se reguló detalladamente a los testigos en la partida tercera, dedicándole un Título (XVI), siendo una de las primeras ordenaciones que abarcaron los diversos aspectos de los testigos, desde su concepto, hasta la valoración que el juez debía de dar a esta prueba, abarcando esto desde su Ley I a la XLII. (31)

La prueba de los testigos posteriormente fue regulada por varios ordenamientos, dentro de estos, el más importante

(29) Las Siete Partidas. OP. cit. Ley XIII. pp. 174.

(30) Las Siete Partidas. OP. cit. Ley XV. pp. 174.

(31) Las Siete Partidas. OP. cit. pp. 160 - 191.

fué el de Alcalá, este ordenamiento dentro de sus leyes, determinaba como podfan ser recibidas y cuando deberfan ser rechazadas las declaraciones de los testigos en procesos y en el caso en que no fueran publicadas estas declaraciones en el proceso principal, asi mismo como en el de apelación.

Determinaba, asi mismo, los plazos con que contaban las partes para presentar esta prueba cuando se encontraran en las tierras de ultramar o fuera del Reino, determinando un plazo máximo de seis meses para su presentación, el plazo con que contaban para probar las partes, las condiciones que le fuesen impuestas, contra los testigos de la otra parte, era un término de 90 días. (32)

Resultado de la diversidad legislativa, que existió en el Reino y por la inseguridad que esto implicaba, por no tener una certeza de que norma u ordenamiento se aplicaría, resultó una tendencia de unificar los criterios existentes, uno de los esfuerzos más importantes de unificación, fué el denominado como la "Novísima Recopilación".

Este trabajo resumió y concordó los trabajos legislativos comprendidos del año de 1302 a 1805; en cuanto a los testigos los regula de manera precisa, determinando los elementos, características, requisitos y prohibiciones impuestas por las legislaciones precedentes, en su libro II fué tratada

(32) Los Códigos Españoles Concordados y Anotados. op. cit. Tomo XII. Leyes II, III y IV. pp. 443, 444, 445, 466, 467, 538, 539, 540, 541.

de manera especial esta prueba, partiendo desde su concepto, hasta la forma de ser desahogada, así como su valoración, de modo tal que determinó el criterio a seguir con este respecto, concordando los criterios de dos decretos expedidos por Fernando e Isabel en Sevilla en el año de 1500 y el de Felipe III dado en las cortes en 1598, obligando a los jueces en los procesos criminales y civiles arduos y de importancia que siempre tomen y examinen por sí los testigos ante escribano y a cada testigo por sí, sin con el escribano ni con otro testigo, so pena de el juez que así no lo hiciere, por la primera vez incurra en pena de cinco mil maredis y el escribano de dos mil y por la segunda, doblados y por la tercera que sean privados de dichos oficios.

Y así se guarde, sin la cautela de tomar a los testigos a solas los escribanos y leer sus dichos después al juez.

Este trabajo fué publicado por orden de Carlos IV, Rey de España, en el año de 1805 y constituyó el antecedente inmediato para los trabajos legislativos mexicanos y para la conformación, en sus preceptos y prohibiciones para los testigos del Código de Procedimientos Civiles. (33)

(33) Los Códigos Españoles Concordados y Anotados. OP. cit. Tomo X, Ley XVI, XVII, Libro XII, Título XXIII, pp. 108 111 - 112. Libro XI y XII, Título XI y XXXII. Leyes 1, 3, 18 y 42. pp. 459 - 463.

c) DERECHO FRANCÉS

La prueba testimonial en Francia era una de las más socorridas, de modo tal, que en el Siglo XIV los testigos por medio de su dicho determinaban los Derechos existentes, esta preferencia del pueblo fue seguida por los legisladores, de tal modo que la regularon en las leyes para que por medio de ella surgiera la verdad.

En materia penal fue una de las pruebas más usadas, de tal manera que su aplicación en materia civil fué bien recibida, pues los testigos equivalían a documentos, pero sin lugar a dudas, por la evolución de las relaciones entre los sujetos, surgieron inconvenientes referentes a esta prueba, pues resultaba imposible que las partes de un negocio se obligaran sólo por "consensu", cuando no estaban habituadas a realizar estos actos, pues no se podía determinar con precisión hasta donde llegaban las negociaciones y a partir de cuando comenzaban los contratos, para determinar las obligaciones que cada uno de ellos contraía, cayendo esta prueba, en actos para favorecer a una de las partes (sobornos), cosa que ocurrió entre los más bajos estratos de la sociedad.

De este modo, poco a poco, la prueba escrita fué ganando confianza entre los contratantes, quienes veían en ella la forma para evitar futuros pleitos, una ordenanza de 1566

(Mools) determinaba:

1. - Deben de hacerse por escrito todo acto cuyo valor exceda de la cantidad de 100 libras.
2. - Aún tratándose de una cantidad menor, no se admitirá la prueba de testigos en contra de documentos.

De tal relevancia, fueron estas normas, que no es extraño encontrarlas en la actualidad en Francia, pero la cantidad es establecida por el Código Civil Francés en su artículo 1341.

Debe constar en documento ante notario o privado, cualquier cosa que exceda de la cantidad o del valor de 150 francos, aunque se trate de depósitos voluntarios y no se admite prueba de testigos, contra o más allá del contenido de estos documentos, ni sobre lo que se alegue como dicho antes, en el momento de redactar estos documentos, aunque se trate de una cantidad inferior a 150 francos.

De tal modo, que los testigos en el Derecho Francés sólo pueden ser admitidos en casos excepcionales. (34)

El juez tiene la posibilidad de rechazar cualquier argumento en que se apoyen las partes, siempre que este fundamentado en el testimonio de testigos, cuando estos no lo logran convencer plenamente o si dejan lugar a dudas sobre su honra

(34) Colin, Ambrosio y H. Capitant. "Curso Elemental de Derecho Civil Francés", Editorial Reus, Madrid, España. 1960. pp. 481 - 484.

dez e integridad, mientras que la prueba documental, la ley tiene tasada su fuerza probatoria, pues ésta hace fe; y una vez que se presenta, debe de producir convicción en el juez.

Más aún, cuando la prueba de testigos sea admisible, para su presentación, los jueces dictaran previamente una resolución interlocutoria, en la cual se ordena la apertura de una investigación, regulada en los artículos procesales 252-294. (35)

De tal manera los actos jurídicos, debiesen constar por escrito, para la seguridad de las partes, estos actos se regulan cuando exceda del valor de 150 francos, referida no solo a procesos civiles sino también a los procesos criminales de tipo patrimonial, pues es necesario la presentación de un documento para proceder, pues esta prueba, la existencia previa de un acto.

Cuando sea alguna obligación cuyo objeto resida en una suma de dinero, es fácil determinar su cuantía, lo que no ocurre en las obligaciones cuyo objeto es un hacer o no hacer, así el adeudo original puede variar por las circunstancias pudiendo ser inferior a 150 francos o sobrepasar esta cantidad, de tal modo que el Código Civil regula todos estos detalles y atendiendo por lo general, al período de tiempo que transcurre entre la generación del delito y la presentación

(35) Colin, Ambrosio. OP. cit. pp. 486.

de la demanda.

Cuando se presentan varias reclamaciones, que solo en conjunto son mayores de 150 francos, no puede ser admitida la prueba de testigos; cuando sean cosas que no sean cuantificables en dinero, corresponde al demandante cuantificarlas, quedando por este acto obligado, y si son obligaciones por un valor indeterminado, siempre prevalecerá y será exigida la prueba escrita.

El artículo 1341, prohíbe el probar en contra del documento o más allá de sus términos, por medio de testigos, determinando que cuando las partes redactaron el documento, debe de suponerse, que en este acto no se omitió ningún detalle y por lo tanto, aunque esta prueba fuera admisible, por ser el monto del acto inferior a 150 francos, existiendo la prueba escrita, se proscribe la prueba testimonial en contra o más allá del documento.

Este ordenamiento, que favorece a la prueba escrita para probar los actos jurídicos, tiene sus excepciones en las que acepta la prueba de testigos, estas excepciones son:

Cuando se trata de probar un fraude, simulación o acto doloso fuera del contenido del documento, la prueba testimonial siempre será admitida.

Para probar un acto posterior que extinga la obligación (revocación, novación, etc.) es admisible la participación de testigos.

En materia mercantil, el artículo 109 del Código de Comercio prevé la excepción a la prueba escrita con la participación de los testigos, en razón a la celeridad en la ejecución de los negocios no permite la redacción de documentos que por lo general no tienen largo alcance en el tiempo, como lo tienen los actos civiles, pero los actos de comercio - como el contrato social, compra-venta de naves, contratos de flete, siempre deben constar por escrito y en ellos subsiste la prohibición de la prueba testimonial.

En Francia, los testigos no han sido un recurso libre para los litigantes, pues su admisión es a criterio y por resolución judicial, atendiendo a circunstancias fuera de lo común.

También es admitida la prueba testimonial, cuando no sea posible para el acreedor procurarse la prueba por escrito para los casos:

- Obligaciones nacidas de cuasicontratos o cuasidelitos (gestión de negocios, pago de lo indebido).
- Depósitos necesarios o forzosos, hechos en caso de incendio, ruina, naufragio, fondos, dormitorios, tumul-

tos o realizados por huéspedes en establecimientos de hospedaje.

- Cuando existe la imposibilidad material de procurarse la prueba por escrito.
- Cuando se trata de terceros ajenos al juicio, a los que se les causa perjuicio por los actos en que no han sido parte o cuando en un contrato exista una cláusula que encubra simulación o fraude en su contra (artículo 1348 Código Civil Frances).

En el Derecho Frances la prueba testimonial, sólo es admitida por excepción y en casos especiales y limitados.

d) DERECHO MEXICANO

Después de reconocer el recorrido histórico que conforma la fuente de la que se ha nutrido el Derecho Nacional, hagamos un esbozo jurídico abarcando las principales legislaciones domésticas, en las que de una manera u otra los testigos han sido regulados, en el recorrido legislativo nacional.

Igual que sucedió en el Reino, la diversidad jurídica, también afectó a las colonias, surgiendo las Recopilaciones que pretendían abarcar diversas materias con el fin de lograr una unidad y seguridad jurídica.

Así las diversas legislaciones que regularon a los testig

gos fueron concordadas por la Novísima Recopilación de 1805, que determinaba como máximo de los testigos a presentar, para ayudarse en el proceso por las partes, un número de 30 testigos como límite máximo y para el dicho de éstos requería para su validez que la edad mínima de los testigos, en los casos de carácter civil fuera de 14 años y para los asuntos de índole penal se requería una edad mínima de 30 años cumplidos.

El mismo ordenamiento, contemplaba una excepción a esta norma, la cual consistía en las declaraciones hechas por personas con edad menor a la requerida en estos procesos, pero esta declaración carecía de plena validez, y sólo se le atribuye a este testimonio el carácter de una presunción, requiriendo que el menor fuera de buen entendimiento.

Esta incapacidad fué regulada con otras que constituyen un impedimento para ser testigo, existiendo unas incapacidades específicas por el carácter o el cargo de la persona que sería testigo y las generales, que constituyen el elemento que se aplicaba a la generalidad.

Las incapacidades Específicas constituyen un impedimento ya fuera por razón de cargos, parentescos, representaciones, entre otras, así por ejemplo estas incapacidades por razón del cargo, lo constituye el del juez que estaba imposibilitado para ser testigo en la causa en la que ejerció como tal,

pero podía certificar a su superior, en caso de que fuera requerido sobre los hechos llevados ante él; el abogado y el curador estaban imposibilitados para testificar a favor de su representado en el proceso que llevaran de éste, pero podía ser testigo para la parte contraria, si ésta lo solicitase.

A la universalidad, las prohibiciones que les fueron aplicadas eran:

- ° El perjuro, el que fuese descomulgado.
- ° El de mala vida o mala fama.
- ° El que cometa delito, o realiza infamia.
- ° El vil, el sin juicio.
- ° Los parientes hasta cuarto grado.
- ° El que tenga interés en el proceso.
- ° El criado por el patrón, el amigo íntimo o enemigo capital.

Existió en cuanto al testigo inhábil una excepción dándole cierto valor, si al ser presentado no fuese tachado de incapacidad por la contraparte; ésta debía de protestar y prestar juramento de que la tacha que hacía, era realizada sin ánimo de injuriar de lo contrario era culpable de injuria. Este testigo inhábil, fué aceptado en casos que si bien eran clandestinos por ocurrir en tiempo y lugar secreto y no existiendo forma alguna para esclarecer la verdad, el testimonio de éste era aceptado, llegando a aceptar incluso el dicho del e-

nemigo.

Existió el requisito que el juez examinara por sí mismo a los testigos en los procesos de importancia, para la mejor resolución del caso excepto en los casos de relativa importancia, haciéndolo un escribano. (56)

EL CODIGO CIVIL DE 1870

Este código reguló a los testigos en cuanto a la realización de actos del Estado Civil, requiriendo la intervención de dos testigos, para que fuera posible extender el acta de nacimiento, siendo también necesaria su participación en el acto de matrimonio, porque los testigos eran el medio de comprobar la identidad de los participantes, así mismo, los testigos eran quienes constataban la aptitud de los pretendientes para poder contraer nupcias y llevar a cabo el matrimonio (Art. 115), así debían los pretendientes acompañarse de los testigos, si no recaían en una causal de nulidad del acto por la falta de concurrencia de los testigos (Arts. 132, 280).

Para el levantamiento de actas de defunción, el artículo 136 requería la presencia de testigos, estos eran requeridos para determinar la autenticidad del hecho, así como para la correcta determinación de la identidad del sujeto, sobre el

(36) Dublan Manuel y Lozano José María. "Colección Legislación Mexicana". Editorial Imprenta del Comercio de Dublan y Chávez. México, 1879, Tomo XI, pp. 88, 89, 90, 91.

cual se levanta el acta.

En los actos procesales, los testigos fueron de gran relevancia, como en los casos de deudas, en las interpelaciones hechas por el acreedor en contra del deudor, así la prueba testimonial tenía una alta estima y valoración procesal pues en la interpelación, ésta podrá hacerse frente a testigos o ante un Notario, así la veracidad y credibilidad de unos con el otro era equiparable. (art. 1541).

En el acto para otorgar mandatos se requería que éste fuera firmado por el mandante y dos testigos.

En los actos traslativos de dominio sobre bienes inmuebles que no excediera de 500 pesos, era posible realizarlo en forma de contrato privado interviniendo en éste dos testigos para su realización. (Art. 3057). (37)

CODIGO CIVIL 1884

En este Código sobre cuestiones del Estado Civil requería a los testigos, siendo estos necesarios para probar el estado civil de las personas en caso de no existir registros con los cuales probar el estado de estas mismas, así también cuando estos registros se extraviaran, o se encontraran maltratados, rotos o ilegibles, pero siempre siendo esta prueba

(37) Código Civil del D. F. y Territorio de Baja California. Imprenta Jose, Batiza. México, D. F. 1870.

alternativa, a la falta de registros. (Arts. 45 y 46)

Igual que el código anterior, para el otorgamiento de mandato pero siendo este especial, debía otorgarse para los casos en que los otorgantes no pudieran concurrir ante el juez del registro civil, siendo este acto realizado en presencia de testigos.

Este código reguló de manera similar a los testigos en los artículos antes revisados, además de la intervención de éstos para la verificación de nacimientos ocurridos en un bu que nacional, también su participación fué usada en el Artícu lo 1322 para los casos en que el otorgante de un documento no supiera escribir, otra persona firmase a su ruego, ante dos testigos. (38)

Su participación abarcó desde dar testimonio de hechos anteriores (su testimonio era usado como prueba), hasta determinar la aptitud o capacidad de los contratantes, también se usó su participación como parte esencial en el acto y conoci miento de las partes.

CODIGOS DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1880 Y 1884

Considerando a los testigos con un carácter procesal, es tos códigos se encargaron de regularlos.

(38) Dublan Manuel. OP. cit. pp. 209, 210, 211, 220.

Así los artículos 667 del Código de 80 y el 503 del de 84 determinaron ya la obligación de declarar como testigos, para esto existió una la excepción señalada a causa de las incapacidades, tratadas por el Código de 1880 como la minoría de 14 años, así como la demencia, idiotismo, los ebrios consuetudinarios, serían considerados como incapaces, también el que hizo falsa declaración o de letra, sello o moneda, así como el taur y los parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad dentro del segundo, un cónyuge no puede ser testigo del otro, ni los que tengan interes en el proceso de manera directa o indirecta, el subordinado por su patrón, el enemigo capital, el juez en el pleito que juzgó, también el tutor y el curador por los menores.

Estas imposibilidades fueron normadas por el Art. 504 del Código del 84.

Se estableció también la forma para la interrogación de los testigos y la forma de desahogarlas (Arts. 669 - 673, 683 Código del 80 y Arts. 309 y 319 del de 84).

La interrogación a los testigos debe ser por separado y sucesivamente sin que se comunicaran unos con otros y se realizara el exámen a todos el mismo día, dando cada uno razón de su dicho.

En caso de que el testigo no supiera el idioma castellano, podía rendir su declaración auxiliado por un intérprete nombrado por el juez. (Arts. 685 del Código del 80 y 521 del de 84).

Existía la dispensa de acudir a declarar frente al juez a los ancianos, enfermos y mujeres, tomando su declaración en sus casas (Arts. 678 del Código del 80 y 514 del de 84). Esta dispensa era aplicable al Presidente de la República, Ministros, Senadores, Diputados, etc.; pero con la salvedad de que declaraban por medio de oficio. (39)

LEGISLACION VIGENTE

I.5 - CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

Una vez tratado en su oportunidad el concepto del Código actual sobre los testigos, determinemos los demás aspectos en que se regula a los testigos en la legislación vigente, pero dejando para su estudio posterior al testigo en la sucesión testamentaria.

Iniciemos el estudio de los testigos, en actos relativos al estado civil de las personas, siendo que éstos intervienen en el atestiguamiento de un nacimiento en un buque nacional (Art. 70), así como en su intervención en la celebración del

(39) Dublan Manuel. OP. cit. pp. 122, 123, 707, 780, 788 y 789.

matrimonio (Arts. 98, 100 y 102). Para los casos de declaración falsa, el artículo 104 establece la sanción a que se hace acreedor el testigo que incurra en ésta, en las actas de actos de defunción, también comparecen como lo señala el Código en sus artículos 118 y 119.

El estado civil de las personas, sólo puede ser probado por medio de las constancias relativas al registro civil, no pudiendo admitirse ningún otro medio de prueba, salvo los casos de excepción que señala la Ley (Art. 39), la excepción lo constituye el artículo 40 que admite los instrumentos o los testigos para probar el estado civil de las personas.

En cuanto al papel que tienen los testigos en las obligaciones, aparecen regulados en la cesión de créditos civiles (2033), así como la notificación que se hace al cesionario, para ejercitar sus derechos en contra del deudor (2036), así mismo los testigos intervendrán en los contratos de compra venta de bienes inmuebles, cuando su valor no exceda de \$ 500 pesos (2317); pero la Ley del Notariado para el Distrito Federal, prevé que sea la compra venta en escritura pública cuando el valor sea mayor de \$ 30,000.00 pesos (Art. 78), siendo posible realizar el contrato entre particulares auxiliados de testigos, cuando tenga el inmueble un valor menor a \$ 30,000.00 pesos, los testigos intervendrán en el otorgamiento de un mandato por medio de una carta poder (Arts. 2531 y

2555). En cuanto a la hipoteca también intervendrán según lo dispuesto por el Art. 2917, que nos remite al Artículo 2317 que ya ha sido tratado.

1.6 - CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA
EL D. F. Y EL CODIGO DE COMERCIO

El Código de Procedimientos Civiles, en su artículo 289 reconoce en su Fracción VI, como medio de prueba a los testigos. Por su parte, el Código de Comercio, hace lo propio en su artículo 1205 misma fracción.

Existe la obligación de declarar como testigo, a cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos, contemplado por ambos Códigos en sus artículos 356 y 2261 respectivamente.

En caso de no acatar esta obligación, el Código de Procedimientos Civiles, establece una sanción, que consta en un apercibimiento, hecho por el juez del proceso, que consiste en arresto de hasta 15 días o multa de \$ 3,000 pesos, si no concurre a testificar, los medios de apremio con que cuenta el juez, los regula el artículo 73.

Los que en su oportunidad estudiamos como testigos privilegiados, en cuanto a su declaración, los regulan los artícu

los 358, 359 del Código de Procedimientos Civiles y 1267 y 1268 del Código de Comercio, las incapacidades específicas para ser testigo, que ya han sido tratadas las regula el Código de Comercio en su artículo 1262.

Para ofrecer la prueba de testigos, debe de declararse, el nombre y domicilio de los testigos, pidiendo la citación de la contraparte, Art. 291 del Código de Procedimientos Civiles.

Las preguntas pueden ser formuladas por escrito o de manera verbal (360), pero prevée el desahogo de la prueba por medio de exorto, para el caso que el testigo resida fuera (Arts. 1263, 1264, 1265, 1270), así también previsto por el Código de Comercio (1269).

Los testigos deben ser examinados separadamente y de manera sucesiva, sin que se puedan comunicar unos con otros, de tal modo que el juez, debe fijar un solo día para el desahogo de la prueba.

Si durante la declaración de los testigos, se llegue a presentar alguna circunstancia, que a juicio de las partes, de alguna manera afecte la credibilidad de su declaración, el Código de Procedimientos Civiles prevée un recurso llamado incidente de tachas, para desvirtuar el testimonio otorga-

do. (Art. 371)

Para toda declaración hecha por los testigos, antes de otorgarla, el testigo debe de protestar de conducirse con la verdad, advirtiéndole sobre las penas en que incurren quienes declaran falsamente. (363 Código de Procedimientos Civiles).

En cuanto a la valoración que se le da a esta prueba, el Código de Procedimientos Civiles, la deja al criterio del juez teniendo un mayor o menor grado de valor probatorio, según esté acorde con las demás pruebas, que se dieron a lo largo de la instrucción del proceso Art. 419 del Código de Procedimientos Civiles.

II DE LA SUCESION

"LA HERENCIA"

- II.1. - QUE ES LA SUCESION.
- II.2. - CARACTERISTICAS DE LA SUCESION.
- II.3. - ELEMENTOS DE LA SUCESION.
- II.4. - DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR.
- II.5. - LA FORMA DE LA SUCESION EN LA LEGISLACION
ACTUAL.

CAPITULO II

DE LA SUCESION

El siguiente punto obligado para el estudio que nos ocupa, es el de la Sucesión, para posteriormente poder determinar, cual es el papel que guardan los testigos, respecto de la sucesión y sus implicaciones jurídicas.

En el Derecho Civil, hay dos instituciones que se encuentran señaladas por la muerte: el matrimonio, que con ella llega a su fin y el testamento, que se hace firme y eficaz por la muerte, este último, se hace con la perspectiva de la muerte, "intuitu mortis", pues es el hombre el único ser que tiene conciencia de su muerte futura.

Esto implica que su autor al realizarlo no busque su propio interes o beneficio, sino que está encaminado a beneficio de otros.

Así que de este modo, demos paso a las opiniones que renombrados juristas han establecido sobre el concepto de la sucesión (el testamento).

II.1 - QUE ES LA SUCESION

Savigni define a la sucesión como el cambio meramente sub

jetivo en una relación de Derecho, es decir, cambio del Sujeto, pero no del Objeto de la relación, puede haber inter vivos entre personas físicas que es siempre a título particular, o mortis causa que puede ser a título universal (herencia) y a título particular (legado). (1)

Es la sucesión " MORTIS CAUSA ", la que recibe el nombre de Sucesión por Antonomasia.

En su compendio de Derecho Civil, el Profesor Rojina Villegas, define el testamento como un acto personalísimo, revocable y libre, por virtud del cual, una persona capaz dispone de sus bienes, derechos y obligaciones, a título universal o particular, instituyendo herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de su muerte.

El testamento, como supuesto jurídico es fundamental para la sucesión, que se opera por voluntad del sujeto. (2)

Ruggiero define el testamento como un acto solemne unilateral, espontáneo, revocable, por el cual una persona determina el destino de su patrimonio, para después de su muerte y reglamenta sus relaciones jurídicas para el tiempo en -

- (1) Savigni citado por el Profesor José Arce y Cervantes, "De las Sucesiones". Editorial Porrúa. México, 1983. pp. 1.
- (2) Rafael Rojina Villegas, "Compendio de Derecho Civil". Antigua Librería Robredo. Tomo II. México, 1963. pp. 282.

que no viva. (3)

Para Valverde el testamento es un negocio jurídico unilateral, personal y autónomo, en el que la voluntad produce su efecto hasta después de la muerte del que la emite. (4)

El Código Civil establece en su artículo 1295 que el testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara y cumple deberes para después de su muerte, y el artículo 1281 establece, que la herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte. (5)

De estas opiniones lo que podemos desprender, es que el testamento es en sí:

- ° Un acto jurídico.
- ° Solemne.
- ° Revocable.
- ° Y regula la disposición de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su muerte.

Una vez que hemos establecido el concepto que se le ha

(3) Ruggiero citado por Leopoldo Aguilar Carvajal. "Segundo Curso de Derecho Civil". Editorial Porrúa. 9a. Edición. México, 1980. pp. 287.

(4) Aguilar Carvajal. OP. cit. pp. 288

(5) Leyes y Códigos de México, Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México, D. F., 1983.

dado a la sucesión " MORTIS CAUSA ", pasamos a desglosar este concepto, para sustraer los requisitos que son necesarios para que se de la sucesión.

II.2 - REQUISITOS PARA LA SUCESION

El testamento al ser un negocio jurídico, requiere declaración de voluntad, con la finalidad de que produzca consecuencias de derecho.

Es un acto jurídico desde el momento que se otorga, pues es desde ese instante que tiene todos los elementos constitutivos, necesarios para existir, la muerte de su actor no lo perfecciona, es simplemente un hecho que lo determina para el comienzo de la producción de sus efectos, pero además, para que tenga validez, su finalidad debe estar comprendida dentro del ámbito que la ley concede a los particulares. Además, por su naturaleza es definitivo aunque el testador tenga derecho a revocarlo. (6)

Para comprender la esencia del testamento hay que atender a un doble estadio.

a). - Una vez formado, adquiere relevancia y carácter definitivo para su autor, puesto que si quiere impedir sus efectos tendría que revocarlo antes - - - - -

(6) Cervantes. OP. cit. pp. 50.

de su muerte. El acto jurídico irrelevante, adquirirá relevancia con la muerte del autor, es por eso la relevancia de la SOLEMNIDAD JURIDICA, como vehículo idóneo; que custodia la declaración testamentaria y la lleva al exterior cuando ocurre la muerte del testador.

b). - El segundo estadio es cuando ha fallecido el testador, el testamento no puede ser revocado y comenzará a surtir efectos.

Es personalísimo, pues debe ser otorgado personalmente por el testador, sin que pueda admitirse ninguna clase de representación o suplencia de la voluntad, el testamento debe contener la voluntad de una sola persona para garantizar la espontaneidad.

Acto de última voluntad o "MORTIS CAUSA", pues sus efectos son diferidos de manera cronológica posteriormente a su otorgamiento, puesto que la producción de efectos está sujeta a la "conditio juris" de la muerte; este carácter indica que la voluntad contenida en el testamento, es la definitiva del testador mientras no la cambia.

Es un acto esencialmente REVOCABLE, puesto que la voluntad es cambiante, el testador es libre de mudar su voluntad hasta el infinito, para que el testamento que haga, exprese

su voluntad definitiva. (7)

Es un acto jurídico SOLEMNE, es decir, que la técnica jurídica eleva la forma, a la categoría de elemento de esencia del acto y cuya falta se sanciona con la inexistencia.

Esta exigencia da una forma para el negocio jurídico, nace de la necesidad de que esta se exteriorice y sea percibida primeramente por los sentidos, en el testamento el legislador exige la forma "ad solemnitatem", es decir, la forma es parte de la substancia del negocio o forma "ad substantiam", es decir, la forma da el ser al acto.

En los casos en que falte, no podemos hablar de una nulidad relativa; simplemente el acto que debería tenerla no existe como tal negocio jurídico.

Esta es la forma que exige el Código para los testamentos, sean ordinarios o especiales, cuyas solemnidades están minuciosamente reglamentadas. (8)

Y por último es un acto LIBRE, pues debe consagrarse la plena libertad en el testador, para revocar el testamento que hubiese otorgado así. El Código sanciona con nulidad el testamento otorgado bajo algún vicio de la voluntad y asegura en su artículo 1488 el ejercicio del derecho a testar, cuando al-

(7) Cervantes. OP. cit. pp. 32, 53.

(8) Leopoldo Aguilar Carvajal. OP. cit. pp. 292, 293.

guien pretenda impedirlo. (9)

De estos requisitos, se desprende la facultad de disposición que tiene su autor, que es el reconocimiento del señorío exclusivo que tiene el testador sobre el contenido del testamento, Espinar de la Fuente opina que el testamento es un acto ordenador de bienes y de relaciones. (10)

II.3 - ELEMENTOS DE LA SUCESION

La sucesión, para que tome forma necesita de ciertos elementos, que comprenden las partes y relaciones que intervienen en esta, estos elementos están formados así:

I - Relación transmisible.

II - Persona que transmite (De Cujus)

III - El que recibe la relación (Heredero)

IV - La vocación o llamado a herencia.

Dentro de la relación transmisible, el Código establece que es la transmisión de todos los bienes del difunto y de todos sus derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte.

De este modo se puede transmitir:

A) - Los derechos reales salvo los que nacen de una des

(9) Leopoldo Aguilar Carvajal. OP. cit. pp. 294

(10) Anales de la Academia Matritense del Notariado. Reflexiones sobre el Testamento. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España. Tomo XXII. Volumen II, 1981. pp. 535.

membración de la propiedad que cesen con la muerte.

- B) - Todas las relaciones nacidas del Derecho de Crédito en su lado activo y pasivo si no se extinguen por la muerte.
- C) - Las posesiones del De Cujus.
- D) - Las cuotas o primas que el actor de la sucesión en vida hubiese acumulado y que a modo de reintegro o devolución, deban ser entregados por la persona o institución que las hubiese recibido y cuya devolución o exigibilidad dependa del acontecimiento de la muerte del autor.
- E) - Los bienes del autor de la herencia.

No se transmiten por herencia:

- A) - Los derechos políticos.
- B) - Los personalsimos.
- C) - Los derechos patrimoniales de duración limitada a la vida de la persona. (11)

II.4 - DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR

En virtud de que nos encontramos frente a un acto jurídico y que para otorgarlo, se requiere de una persona capaz, pues de ello depende su validez.

Esta capacidad para testar se guía por la regla general;

(11) Cervantes. OP. cit. pp. 11, 12.

es decir, pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente este derecho.

Se puede afirmar que la capacidad es la regla general; pero esta regla tiene sus excepciones:

- Incapacidad por falta de edad.
(Art. 1305 Código Civil).
- Incapacidad por demencia.

La capacidad para otorgar un acto jurídico en general se obtiene con la mayoría de edad (18 años), pero el testamento por ser un "acto jurídico excepcional", la ley le fija la capacidad para testar a los dieciseis años cumplidos.

Antes de esta edad, la incapacidad es absoluta (Art.1306 frac. I del Código Civil), ya que la ley los considera sin el criterio suficiente, para hacer una disposición "MORTIS CAUSA".

En cuanto a la incapacidad por demencia, todo acto jurídico requiere de voluntad válida; el legislador reglamentó la posibilidad de que un incapacitado mental, pudiera otorgar testamento, en un intervalo lúcido, esto es criticable con fundamento en la medicina legal y de la medicina en general, pues esta determina que si realmente se trata de un demente, en la mayoría de las ocasiones, no podrá tener intervalos lúcidos,

así el legislador tomó precauciones a este efecto, requiriendo la presencia, en el testamento, de médicos alienistas quienes dictaminan al respecto frente al juez, siendo el único caso en que debe estar presente un funcionario del Poder Judicial y además, que la única forma de que se otorgue testamento por un incapacitado, es por la forma de testamento público abierto.

Por último, determinamos que el testamento del incapaz, sigue siendo NULO aún cuando este recobre la capacidad, así mismo en el Derecho Mexicano, no existe la incapacidad por condena, que existe en otras legislaciones. (12)

II.5 - LA FORMA DE TESTAMENTO EN LA LEGISLACION ACTUAL

El testamento como acto jurídico relevante, nace como un acto solemne, es decir, que la forma se exige como requisito de esencia y no de validez, así su no observancia se sanciona con la inexistencia del acto, como el consentimiento no produce solo ventajas al que consiente, se requiere un sujeto capaz una voluntad consiente, inteligente y libre y la exteriorización de la voluntad, no bastando se produzca el consentimiento como un hecho interno o psicológico, sino que hace falta que sea declarado; primero, se requiere que la expresión de la voluntad del testador sea siempre expresa, por no admitirse la voluntad tácita o sea que no es posible determinar por medio

(12) Rojina Villegas. OP. cit. pp. 390-399.

de manifestaciones indirectas la voluntad del testador, resultante de autos o signos exteriores, no destinados a manifestarla, pero que la manifiestan accidentalmente; la voluntad debe ser verbal o escrita; el segundo requisito de formalidad es la unidad del acto, que se refiere a que el acto de otorgar testamento debe ser ininterrumpido (Art. 1519 y 1520 Código Civil); un tercer requisito es la comparecencia de testigos.

El cuarto requisito formal es la comprobación de la identidad del testador.

En cuanto a su forma, el Código ha dividido a los testamentos en:

- Ordinarios.
- Especiales.

Los primeros son los que el testador los otorga en condiciones normales, y los especiales requieren de situaciones excepcionales que no hagan posible el otorgarse un testamento ordinario, siendo posible otorgarse alguno de los testamentos especiales cuando sea imposible, o al menos muy difícil, otorgar un testamento ordinario.

TESTAMENTOS ORDINARIOS

A). - PUBLICO ABIERTO. - Se otorga ante Notario Público,

quien lo escribe en su protocolo, con la presencia de tres testigos (Arts. 1511 y 1512 del Código Civil). El testador expresará de forma clara y terminante su voluntad, ante un notario y los testigos; dicho funcionario redactará por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y después les dará lectura en voz alta, para que el testador manifieste si está conforme, y en caso de estarlo, firmará, en unión de los testigos y a continuación el notario autorizará el instrumento; éste refuerza su fe pública con los testigos, que con él autorizan el testamento, se exige que se diga el lugar para fijar la competencia territorial del notario, el año, mes, día y hora del otorgamiento. Si el testador no supiere o no pudiese firmar, deberá intervenir otro testigo más, quien firmará a su ruego; pero si alguno de los testigos no sabe firmar, puede otro de los testigos firmar por él, pero siempre deberá haber un mínimo de dos firmas; en casos de suma urgencia si no se pudiera conseguir un testigo que firme por el testador, puede firmar por él uno de los testigos instrumentales, debiendo hacerse constar tal circunstancia. (13)

El sordo que sepa leer deberá dar lectura a su testamento, pero si no supiera leer, designará a otra persona, quien lo hará a su ruego; si fuera ciego, el testamento deberá leerse dos veces, una por el Notario y otra por un testigo o persona que designe el testador, si el testador ignora el idio-

(13) Héctor R. Goyena Copello. Tratado del Derecho de Sucesión. Editorial FAYDE. Buenos Aires, Argentina, 1974. pp. 93, 94, 95.

ma del país, de ser posible lo escribirá de puño y letra que se traducirá al castellano por dos intérpretes; éste se escribirá en el protocolo y el original se archiva en el apéndice del Notario, si el testador no sabe leer o escribir, uno de los intérpretes, lo hará dictado por aquél, leído y aprobado por el testador, se traducirá al español y se transcribirá al protocolo. (Art. 1518 Código Civil).

Por falta de alguna de las formalidades el testamento es nulo, incurriendo el Notario en responsabilidad de daños y perjuicios y en la pena de pérdida de oficio.

Para cumplir con este cometido, el Notario deberá tener presentes todas las posibilidades que el Derecho le ofrece al testador, así como sus consecuencias o, por lo menos, aquellas que puedan resolver su situación.

I. - Lo primero que deberá tener en cuenta el testador es que esta facultad de disponer "mortis causa" debe ser interpretada a la luz de la razón, porque los derechos se dan a los hombres para que los usen y ejerciten en provecho de sus fines racionales.

II. - Examinar la necesidad o conveniencia de hacer testamento, lo cual ocurrirá casi siempre, pero que la decisión no se base en la falsa idea que algunos tienen de que, de no

otorgarse, el Estado confiscará sus bienes.

III. - Conocer el régimen de matrimonio del testador en cuanto a sus bienes, para explicarle el efecto que éste tendrá cuando fallezca.

IV. - Las obligaciones que impone al testador el "officium pictatis" respecto a los hijos, cónyuge, padres, consanguíneos, y las obligaciones alimenticias que impone la ley para no caer en el testamento moralmente inoficioso en el primer caso y legalmente en el segundo. "Para después de la existencia no se necesitan derechos -- ha dicho Alcalá Zamora -- pero se tienen deberes".

V. - Las diferencias entre heredero y legatario, para que se dé cuenta el testador de que el heredero podrá sufrir disminución de los bienes que herede por la obligación de pagar las deudas que hubiere dejado el autor de la herencia, ya que éstas pesan primero sobre el heredero.

VI. - La posibilidad de establecer condiciones para el nombramiento de heredero y de condiciones y términos para el legatario, sin perjuicio de hacerle la observación que estas modalidades son difíciles y pueden enturbiar la claridad de las disposiciones testamentarias, así como la posibilidad de imponer cargas al heredero o legatario a favor de otras per-

sonas, lo que puede ser un buen medio para nivelar prestaciones.

VII. - La institución de las sustituciones hasta el infinito, para herederos, legatarios, albaceas, tutores, curadores, principalmente a los dos primeros. En esta misma línea, la posibilidad del derecho de acrecer.

VIII. - La existencia del usufructo, del uso y de la habitación como soluciones posibles.

IX. - La posibilidad e inconvenientes de la copropiedad y la de ordenar que se constituyan servidumbres.

X. - La posibilidad de nombrar uno o varios albaceas mancomunados o sucesivos, con o sin condiciones, y la de designar, como albacea, tutor o curador a una Institución Fiduciaria (Art. 44, inc. f) Ley Gral. de Instituciones de Crédito) y la de designar ejecutores especiales (1701, 1703).

XI. - El derecho que tienen los padres y los ascendientes sobre los menores, sobre los que ejerzan la patria potestad, de nombrarles tutor (470); el del padre y la madre para nombrarle tutor al hijo sujeto a interdicción sobre el que ejerzan la tutela (475); el del adoptante sobre el hijo adoptivo (481 y 395); el que tiene la persona que deje bienes por

herencia o legado, aunque sea menor no emancipado, para nombrar tutor especial del incapaz que no esté bajo patria potestad ni bajo la de otro para la administración de los bienes que le deje (473).

XIII. - El derecho de nombrar curador cuando puede nombrar tutor (623).

XIV. - Que es inútil relevar en el testamento de la obligación que tiene el albacea de caucionar su manejo (1710) o decir que se le prorroga el plazo para que cumpla su encargo (1738), lo cual podría ser, además, perjudicial, si el testador cree que puede surtir efecto.

XV. - Las grandes posibilidades que, para ciertos casos, puede prestar el fideicomiso, y todas las variantes que en él pueden establecerse.

XVI. - La facultad de hacer otras disposiciones testamentarias, tales como las de nombrar o cambiar beneficiario en el seguro de vida (Art. 164 de la Ley del Contrato de Seguro); la de establecer rentas vitalicias; la de reconocer hijos (369 IV) o deudas (1401, 1414-III) que en ciertos casos pueden servir para el descargo de conciencia; la de que, a su muerte, se disponga de órganos de su cuerpo (Reglamento Fed. para la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos); la

de perdonar ofensas (1318); la de revivir un testamento anterior (1496).

XVII. - La posibilidad de hacer otras disposiciones que, aunque no estén expresamente reglamentadas en la ley, por no estar prohibidas, pueden tener cabida perfecta en el testamento, tales como el lugar y forma de su entierro, ciertas indicaciones para la educación de los hijos y otras recomendaciones que, aun cuando no ~~prezcan~~ tengan un modo legal de hacerlas exigibles, creemos que entran dentro de las obligaciones de los albaceas, de los tutores, etc. (14).

B). - PUBLICO CERRADO. - En éste su contenido es ignorado por el Notario y los testigos, es un documento privado, escrito de puño y letra del testador, o por otra persona a su ruego y en papel común, la Ley ordena que el testador rubrique todas las fojas que lo contengan y firme al calce; pero si no supiera o no pudiera, podrá firmar y rubricar otra persona a su ruego, éste deberá ocurrir al otorgamiento y en este acto el testador declarará que aquella persona rubricó y firmó a su nombre y ésta firmará en la cubierta con los - testigos y el Notario. (Art. 1524).

La presentación del testamento deberá hacerse dentro de un sobre sellado y lacrado o deberá cerrarse y lacrarse al momento de la presentación y se exhibirá en presencia de tres

(14) Anales de la Academia Matritense. OP. cit. pp. 534-538.

testigos. El otorgamiento consiste en la declaración que haga el testador, ante el Notario y testigos que en el pliego está contenida su última voluntad. El Notario dará fe, asentando constancia en la cubierta que lo contenga, que será firmada por el testador y los testigos y autorizada por el Notario, quien imprime su sello, asentando la razón de su protocolo, respecto del lugar, día, hora, mes y año del otorgamiento y de su entrega, su infracción no implica nulidad del testamento, pero si la suspensión del Notario por seis meses, deberá existir siempre 3 firmas, si no pudiere firmar el testador al momento de la presentación lo hará otra persona a su ruego y en su presencia y no lo puede suplir al testador alguno de los testigos o por otro testigo, haciéndolo constar el Notario, bajo pena de suspensión por 3 meses. (Art. 1527 Código Civil).

Existe una incapacidad especial para este testamento, que no podrá ser otorgado por los que no sepan leer.

Una vez cerrado y autorizado, el testamento se entrega al testador, quien podrá conservarlo, darlo en guarda a persona de confianza o depositarlo en el Archivo Judicial. (Art. 1537 Código Civil).

C). - TESTAMENTO OLOGRAFO. - Esta clase de testamento no necesita elaborarse ante un funcionario público, sino que so-

lamente es necesaria su intervención para el depósito, que es propiamente el otorgamiento.

Este documento debe ser escrito de puño y letra del testador, por duplicado, solamente puede ser otorgado por personas mayores de edad, y para que sea válido, deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, estando permitido otorgar esta clase de testamento a los extranjeros en su propio idioma y si hubiera la necesidad de tachar, enmendar o entrerrenglonar el testamento, debe salvarse lo tachado, enmendado o entrerrenglonado por el propio testador, al final del acto y bajo su firma; la omisión de esta formalidad sólo afecta la validez de las palabras tachadas, pero no al testamento mismo, deberá además de imprimir la huella digital del testador en cada ejemplar, pues debe hacerse por duplicado, debiendo contener la expresión del día, mes y año en que se otorgue y deberán ser escritos los dos ejemplares de puño y letra del testador, de ahí es donde este documento toma su nombre. (Art. 1552 Código Civil).

El original se coloca dentro de un sobre cerrado y lacrado y se deposita en el Registro Público de la Propiedad y el duplicado debidamente lacrado y sellado contendrá la nota en la cubierta y será devuelto al testador. El testador podrá asentar en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señales o marcas que estime necesarios, para evitar-

violaciones, anotando en el sobre del original la leyenda: "Dentro de este sobre se contiene mi testamento", expresando el lugar, la fecha en que se haga el depósito; esta constancia deberá ser firmada por el testador y el encargado de la Oficina y en su caso por testigos de identificación.

En el sobre del duplicado el Director del Registro Público de la Propiedad, asentará una constancia de que recibió el testamento, asentando el lugar y la fecha, firmada por el encargado de la oficina, el testador y los testigos de identificación.

El Director del Registro Público de la Propiedad tomará razón en el libro respectivo. (Art. 1555 Código Civil).

TESTAMENTOS ESPECIALES

Son los que se otorgan en circunstancias especiales y de bido a ellas no es posible otorgarlo en alguna de las formas ordinarias.

Por consecuencia, para que los testamentos especiales sean válidos, el primer requisito consiste en que se haya otorgado en alguno de los supuestos taxativamente enumerados por el legislador.

A). - TESTAMENTO PRIVADO. - En su otorgamiento no interviene ningún funcionario público, pero si intervienen testigos.

Se puede otorgar, cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave, que no da tiempo para que concurra el Notario a autorizar el testamento, o no exista Notario en la población o un juez que actúe por receptoría, es decir, que tenga funciones notariales, o que existiendo alguno de ambos, sea imposible o por lo menos muy difícil que concurra a autorizar el testamento; así como cuando los militares entran en campaña o sean prisioneros de guerra y debe ser imposible para el testador otorgar testamento ológrafo; este testamento puede ser en forma escrita u oral; el testador declarará su última voluntad en presencia de cinco testigos idóneos (no tienen ningún impedimento legal) y lo escribirá, si no pudiere lo hará alguno de los testigos.

En la forma oral el testador declarará, ante los testigos su voluntad, es la forma que se utiliza cuando ni testador ni testigos sepan escribir, en casos de suma urgencia basta con tres testigos.

En lo demás se siguen las formalidades del Testamento Público Abierto. (Arts. 1565 - 1569 Código Civil).

B). - TESTAMENTO MILITAR. - Desde el Derecho Romano, los militares han tenido privilegios especiales para todos sus actos jurídicos. Este testamento sólo puede otorgarse en los casos expresamente permitidos por la Ley que son:

1. - Los militares que vayan a entrar en campaña.
2. - Los militares heridos en el campo de batalla.
3. - Los prisioneros de guerra.

Este testamento puede ser escrito u oral.

En la forma escrita, el militar entregará ante dos testigos el pliego cerrado; es un testamento secreto, declarando que contiene su última voluntad, firmado de su puño y letra.

En la forma oral es usada cuando el testador no pueda o no sepa escribir, bastando que declare su voluntad ante dos testigos. (Arts. 1579 - 1582 Código Civil).

C). - TESTAMENTO MARITIMO. - Es un privilegio otorgado a los marinos y a los pasajeros que estén en altamar, y no puedan emplear ninguna de las formas de los testamentos ordinarios, requiriendo:

1. - Que el testador viaje a bordo de un navio de la Marina Nacional, de guerra o mercante.
2. - Que la embarcación se encuentre en altamar.
3. - Que haya peligro de muerte ya sea por enfermedad o hundimiento.

Es otorgado siempre por escrito y por duplicado, en presencia de dos testigos y del Capitán del Navio, con las reglas del testamento público abierto en cuanto a la fecha, firma y lectura, siendo firmado por el Capitán y dos testigos. (Art. 1584 Código Civil).

En el caso de que el Capitán fuera el que quisiere otorgar testamento, hará sus veces el que deba sucederle a bordo haciendo mención del otorgamiento, sea quien sea el testador en el diario de navegación para darle fecha cierta. (Art. 1586 Código Civil).

En cuanto arribe la embarcación a puerto mexicano, entregará los dos ejemplares a la autoridad marítima del puerto, fechados y sellados con copia del asiento del Diario de Navegación.

Si llegare a puerto extranjero el Capitán hará lo mismo ante el Agente Diplomático, Cónsul o Vice-Cónsul Mexicano, depositando sólo un ejemplar fechado y sellado con una copia del asiento del Diario de Navegación y el otro posteriormente lo entregará en puerto mexicano a la autoridad marítima, sellado y firmado con la copia del asiento del Diario de Navegación.

Los diplomáticos mexicanos que reciban el ejemplar de

testamento, o las autoridades mexicanas a quienes se les entregue uno o los dos ejemplares, levantarán acta de entrega, remitiéndola con los ejemplares a la Secretaría de Relaciones Exteriores, quien publicará en la prensa, la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento. (Art. 1590 Código Civil).

D). - TESTAMENTO EN UN PAIS EXTRANJERO. - Es para los testamentos otorgados en el extranjero por nacionales o extranjeros pero siempre y cuando tengan ejecución en la República.

La forma del testamento se observa la del país donde se otorgue (Locus regit actum), estos serán válidos en la República, pero los mexicanos podrán optar por la forma que esta tuya la ley local u concurrir a los Cónsules, Vice-Cónsules Mexicanos en el extranjero, quienes harán las veces de Notarios.

Se regula en el Código Civil en los artículos 1593 y si guientes.

III. DE LOS TESTIGOS Y EL TESTAMENTO

- III.1- DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO.
- III.2- DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO HISPANO.
- III.3- DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO FRANCES.
- III.4- DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO PATRIO.
- III.5- LA LEGISLACION ACTUAL.

CAPITULO III

DE LOS TESTIGOS Y EL TESTAMENTO

Una vez que hemos estudiado los dos elementos primordiales de este trabajo podemos ahora establecer su relación, determinando cómo uno se complementa con el otro para su perfeccionamiento, veamos pues cómo ambos elementos se han influenciado, cómo han evolucionado y para llegar finalmente a nuestra Legislación, en la forma que ha sido regulado.

Iniciemos este recorrido, con la evolución histórica, que ha tenido la participación del testigo en el otorgamiento de la sucesión desde el Derecho Romano, a través del Derecho Español, así como el Derecho Frances, que son las principales influencias del Derecho Mexicano.

III.1 - DERECHO ROMANO

La palabra testamento se deriva de las palabras "testamentio mentis", que significan testimonio de la voluntad, en el orden jurídico, sucesión implica la transmisión de bienes, derechos y obligaciones de un sujeto a otro.

Ortolan opina que en la antigüedad, primitivamente estuvieron en uso dos clases de testamentos: Los Romanos emplea

ban uno en la paz y el reposo y le nombraban "Calatis Comitiis", el otro para los momentos de salir a combate que le llamaban "Procinctum". (1)

Más tarde se admitió una tercera especie de testamento, que era el testamento "per aes et libram", que funcionaba a través de la mancipatio, es decir, se hacía a través de una venta ficticia, con la asistencia de cinco testigos y de un "librepens", todos ciudadanos romanos, púberes, con aquél que se llamaba "familiae emptor" (comprador del patrimonio), porque desde los tiempos antiguos los dos primeros medios para testar fueron dejando de usarse: El testamento "per aes et libram", aún cuando se siguió practicando por algún tiempo, vino a ser inusitado en muchas de sus partes.

Ya que la figura principal en la familia romana lo constituya el "Pater Familias", la sucesión jugó un papel muy importante en la sociedad romana como un medio de seguridad jurídica, ya que a través de ella, se designaba a la persona que sucedería al "Pater Familias", para que hiciera frente a los derechos y obligaciones del "De Cujus".

TESTAMENTO CALATIS COMITIIS. - Las Calatis Comitiis eran asambleas del pueblo, convocadas cuando era necesario para la expedición de ciertos negocios religiosos y además en épocas periódicas, para la confección de testamentos.....

(1) Ortolan citado por Luis F. Uribe "Sucesiones en el Derecho Mexicano". Editorial Jus. México, 1962. pp. 158

La convocación de los comicios para los testamentos, tenía lugar dos veces al año, el día de esta convocación los ciudadanos que querían testar, lo hacían en estos comicios, bajo la autoridad y la presencia del pueblo que atestiguaba el acto, (Testa Populo). (2)

TESTAMENTO PROCINCTUM. - Esto significa, armada equipada y bajo las armas (Procinctum est enim expeditas et armatus exercitus). Cuando el ciudadano llamado a la armada y listo para entrar en campaña, la ocasión de los "calatis comitiis" no podía esperar y ya que al entrar en campaña le implicaba un riesgo de perder la vida, en forma inminente y a cada día, por lo que antes de la salida, en presencia de la armada equipada y bajo las armas (in procinctum), después de cumplir las ceremonias religiosas podía hacer su testamento. (3)

TESTAMENTO PER AES ET LIBRAM. - Debido a la gran dificultad que representaba el otorgar testamento, por cualquiera de las dos formas antiguas y además que esto representaba una gran dificultad para los plebeyos de aspirar originalmente a un testamento "calatis comitiis", puesto que sólo podía hacerse éste en Roma y sólo dos veces al año, cuando se reunían los comicios y el otro sólo podía otorgarse en tiempo de guerra y ya que cualquiera, en cualquier momento, podía ser atacado en un peligro mortal y morir intestado, sin encontrarse en la hipótesis de cualquiera de los anteriores casos en que

(2) F. Uribe, Luis. op. cit. pp. 158.

(3) F. Uribe, Luis. op. cit. pp. 159

se podía testar, ésto dió origen a que el Derecho Antiguo, lejos de abrogarse, sólo se le eludió, con un sentido práctico; no se testa de ninguna otra manera sobre la herencia, pero ésta se "vendía".

Es decir, de la herencia realmente abierta por la muerte de algún ciudadano y entregada a un heredero, lo era en realidad en calidad de una cosa incorporal (res nec mancipi); pero el patrimonio que correspondía a la familia del ciudadano, en vida, era considerado como una cosa mancipi, en la medida de la disposición que hiciera el testador; se transmitía pues en mancipatio a aquél que se quería nombrar como sucesor, con todas las formalidades de este acto; con cinco testigos ciudadanos, el porta balanza, el lingote de metal que simulaba el precio, la balanza, (aes et libram) y las palabras sacramentales apropiadas a las circunstancias, esto constituyó una manera solemne e indirecta de testar en cualquier ocasión. (4)

Existió también, una forma verbal de testar que fué la "nuncupatio", donde el testador en presencia de cinco testigos antes de Justiniano y de siete durante él, declaraba verbalmente, cual era su última voluntad, en este sistema, la diferencia que tenía con los anteriores, en función de los testigos estriba que en los testamentos escritos, con la presencia de los testigos, dan autoridad al acto, mientras que en el testamento oral, los testigos, son convocados a document

(4) Lemus García, Raúl. "Compendio de Derecho Romano". Editorial LIMSA, México, 1979. pp. 208.

tar la voluntad del testador y a pesar de que el número de los testigos es distinto, según los testamentos y la época en que se otorgaron, la regla general fué de un número entre cinco o siete. (5)

De esta manera, cualquier ciudadano podía ser testigo siempre y cuando no fuera declarado como incapaz, estas incapacidades estaban constituidas en el Derecho Romano por la incapacidad absoluta o relativa.

La Incapacidad Absoluta imposibilitaba para ser testigo en todos los testamentos y era por causa de falta de capacidad natural:

- ° El impuber.
- ° El furioso.
- ° El mudo.
- ° El sordo mudo y los pródigos.

O si se tenía la capacidad limitada o negada por la Ley:

- ° Esclavos.
- ° Malvados.
- ° Los indignos de testar.
- ° Los condenados por delitos de concusión.
- ° Los adúlteros.
- ° Los infames.
- ° Los apóstatas y ciertos herejes.

(5) Lemus García, Raúl. op. cit. pp. 209.

La incapacidad relativa, la tenían todos los que tuvieren interés directo en la herencia, tales como el heredero o las personas unidas a él, por la patria potestad, y los parientes del testador. (6)

III.2 - DERECHO ESPAÑOL

En el Antiguo Derecho Hispánico, se observaron las normas romanas en la Península Ibérica, esto reportaba un exagerado formulismo, cuando se dió la invasión de las tribus bárbaras, éstas al establecerse, optaron por tomar el sistema de la libre testamentificación, se estableció en un inicio un sistema normativo Consuetudinario, hasta que se logró la fusión o unidad en el sistema legislativo.

Gracias a Chindasvinto quien derogó el Derecho Romano, decretando la observancia del Derecho Consuetudinario. Este rey fué el primero que estableció la herencia forzosa, típica en el sistema español, por medio de una ley que se incorporó al fuero juzgo (I. tit. V. Libro IV). Esta ordenación continuó vigente en España a través del fuero Real. (7)

En la Legislación de las Siete Partidas en la Ley Uno,

- (6) Iglesias, Juan. "Derecho Romano", Instituciones de Derecho Privado. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1972. pp. 639.
- (7) La Cruz, Berdejo, José Luis. Sancho Rebullida, Francisco de Asis. Catedráticos de la Universidad de Barcelona. En Derecho Civil. "Derecho de Sucesiones". Parte general, Sucesión Voluntaria. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1976. pp. 16.

en su título primero, de la Sexta Partida se infiere:

"Testatio mentis son dos palabras del latín que quieren tanto decir en romance como testimonio de la miente del home, et destas palabras fue tomado el nombre de testamento; ca en el se encierra et se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo face, estableciendo en el su heredero, et departiendo lo suyo en aquella manera que el tiene por bien que finque después de su muerte. Et tiene grant pro a los homes el testamento quando es fecho derechamente; ca luego fuelta el corazón daquel que lo fizo, et tuellese por él el desacuerdo que podría acaescer entre los parientes que hubiesen esperanza de heredar los bienes del finado". (8)

Esta legislación todavía depara sin duda alguna influencia de los textos Romanos, y exige la institución de heredero y la adición de la herencia; sentando la incompatibilidad entre la sucesión testada y la sucesión intestada; e introduce la formalidad testamentaria.

En 1348 el ordenamiento de Alcalá le da fuerza al Derecho Supletorio, dando una mayor flexibilidad y sencillez a la forma de los testamentos y rechaza implícitamente, la incompatibilidad entre la sucesión testada y la sucesión intestada.

(8) Las Siete Partidas, op. cit. Ley I, Título 1º, Sexta Partida.

tada y expresa la necesidad de instituir al heredero, dando la posibilidad de otorgar testamento ante notario y la participación de tres testigos, así mismo permite el otorgamiento sin que interviniera un notario, pero aumentando el número de testigos a cinco.

En casos de que no hubiese suficiente número de testigos, permite la participación de sólo tres como mínimo, por no haber más, y que no hubiese notario en el lugar de donde se otorgaba la última voluntad. (9)

Con la adveniencia del Código Civil se unificó las formas que había de otorgar testamento, admitiendo solo el otorgado ante notario público y con la presencia de tres testigos permitiendo el que se otorgara testamento oral, en el caso de peligro inminente de muerte o para el caso de epidemia, este ordenamiento reguló así las principales formas de testamento que fueron:

- 1) Testamento Abierto.
- 2) Testamento Cerrado.
- 3) Testamentos Especiales.

1) TESTAMENTO ABIERTO

Estos testamentos, llamados abiertos, se caracterizan por que el autorizante y los testigos conocen el contenido de él

(9) La Cruz, Berdejo, José Luis. op. cit. pp. 17

tima voluntad. Hay un testamento abierto notarial ordinario, testamentos abiertos no notariales, otorgados en circunstancias extraordinarias y testamentos abiertos especiales. (10)

2) TESTAMENTO CERRADO.

Este testamento tenía la peculiaridad de la certeza, si la manifestación del otorgante es exacta, de su otorgamiento, junto al secreto de su contenido: de modo tal que, una vez otorgado el testamento ya no podía ser develado, ni aún por el propio testador, quien podía afirmar que sus disposiciones son tales o cuales, más no podía demostrarlo enseñando el escrito testamentario: El mismo no podía verlo. (11)

3) TESTAMENTOS ESPECIALES

Dentro de estos se encontraba el testamento otorgado por un ciego, o el otorgado por un sordo, el hecho en peligro de muerte o para los casos de epidemia.

Los testigos en el Derecho Español constituían una solemnidad, condenando a los testamentos en los que no intervinieran, a que no hicieran fe plena, ni que constituyeran un medio de prueba en juicio, ni fuera de él, pero para que la intervención de los testigos en el otorgamiento del testamento sea válida, es indispensable que tengan la capacidad para actuar

(10) La Cruz, Berdejo, José Luis. op. cit. pp. 253.

(11) La Cruz, Berdejo, José Luis. op. cit. pp. 264 y 265.

como tales, que exija la Ley. (12)

Estos impedimentos aparecen en el Código Civil Español vigente, éste parte de señalar en un aspecto negativo diversas causas de prohibición para testificar, lo que es equivalente a exigir que los testigos que intervienen en el testamento sean idóneos.

El elenco legal de prohibiciones, está regulado por el artículo 681, que a su texto dice:

"No podrán ser testigos del testamento:

- 1) Los menores de edad, salvo lo dispuesto por el artículo 704, éstos son los que no han alcanzado la edad de 21 años, aunque se encuentren emancipados.
- 2) Los no domiciliados en el lugar del otorgamiento, a no ser que aseguren conocer al testador y el notario que conozca a éste y a aquéllos, o en los casos exceptuados por ley.
- 3) Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.
- 4) Los que no entiendan el idioma del testador.
- 5) Los que no estén en su sano juicio.
- 6) Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos, privados o por el de falso testimonio y los que estén sufriendo pena de interdicción civil.

(12) La Cruz, Berdejo, José Luis. op. cit. pp. 284, 285.

- 7) Los oficiales auxiliares, copistas, subalternos y criados, cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante.
- 8) En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo por afinidad, no están comprendidos en esta prohibición los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario. (13)

Estas incapacidades deben de estar vigentes en el momento de otorgarse el testamento. El ordenamiento legal da a los testigos el carácter de autorizantes, junto con el notario, del testamento. En el testamento abierto lo mismo que el cerrado, las formalidades deben realizarse en un sólo acto, en el que estarán presentes los testigos y el notario, de lo contrario el acto será nulo.

Así de acuerdo al Derecho Español Vigente, las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos, dejando la última parte restante, de libre disposición, es

(13) La Cruz, Berdejo, José Luis. op. cit. pp. 244 - 247.

menester la aceptación; pero en cuanto a la propiedad ésta se transmite desde el momento de la muerte del de cujus.

Conforme al artículo 609, la sucesión por causa de muerte puede ser testamentaria o legítima. Los artículos 657 y 666 estatuyen que en el momento mismo de la muerte se opera la transmisión a título universal, a favor de los herederos respecto del patrimonio hereditario y a título particular los legatarios, en cuanto a bienes. determinados.

Además existe un aspecto de sucesión contractual (Arts. 117, 825, 1036). Puede coexistir la sucesión testada e intestada, pero ésta última es subsidiaria a la primera, para la adquisición o pérdida irrevocable de la herencia, es menester la aceptación o repudiación en su caso.

En el Derecho Español, no existe un concepto claro o precepto que autorice a hablar de una herencia yacente, es decir, la que ha sido diferida, sin que exista aceptación o repudiación por el heredero.

Existe la legítima de los ascendientes, a falta de hijos descendientes, comprende la mitad del haber hereditario del causante, para dividirse entre el padre y la madre por partes iguales, o aplicarse en su totalidad al que sobreviva. A falta de padres se dividirá la herencia por mitad entre am

bas líneas, sea cual fuere el número de los ascendientes que concurren, excluyendo los más próximos a los más lejanos en grado. (14)

III.3 DERECHO FRANCÉS

En el Derecho Francés, los testigos en el testamento tienen un carácter solemne, siendo este requisito necesario para la validez del acto.

Estas solemnidades son el reflejo de la importancia que el testamento tiene como acto trascendental, de tal modo que ciertas formalidades son exigidas por la ley, para su estricta validez y no sólo como un medio para probar su existencia, inclusive estos requisitos existen, para el testamento ológrafo, a pesar de las facilidades concedidas para su otorgamiento, exigiéndose ciertos requisitos, sin los cuales no tiene su existencia por ser esenciales al acto, (15)

El carácter solemne del testamento, nos lo revela el Código Civil por medio de su artículo 687, que establece que el testamento será nulo cuando en su otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.

(14) Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil". Sucesión Legítima y Problemas Comunes a las Testamentarias e Intestados. Editorial Jur. México, 1945. pp. 286 - 293.

(15) Colfn, Ambrosio y H. Capitant. op. cit. pp. 216 - 221.

Colin y Capitant, establecen que es necesario y exigido por el Código Civil, la presencia de testigos idóneos en el otorgamiento del testamento y el mismo ordenamiento establece, quienes no pueden ser testigos en general, en cualquier tipo de testamento en su artículo 681:

- a) Las mujeres; sin embargo se admite una excepción en el caso de los testamentos hechos en tiempo de epidemia;
- b) Los menores de edad, dentro de los que quedan comprendidos los que no han cumplido 23 años; sin embargo también se admite la excepción de los testamentos hechos en tiempo de epidemia, en donde es válida la intervención de los mayores de 16 años;
- c) Los que no tengan la calidad de vecinos o domiciliados en el lugar del otorgamiento, admitiéndose la excepción en el caso del testamento hecho en país extranjero;
- d) Los ciegos y los totalmente sordos o mudos;
- e) Los que no entiendan el idioma del testador;
- f) Los que no estén en su sano juicio;
- g) Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos o privados o por el falso testimonio y los que estén sufriendo pena de interdicción civil;
- h) Los dependientes, amanuenses, criados o parientes

tes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo por afinidad del notario autorizante.

(16)

Existe una incapacidad especial para los testigos que intervienen en el testamento abierto y es la que se refiere a los herederos o legatarios instituidos en el propio testamento, así como a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo por afinidad, pero si el legado es de cosa mueble o por una cantidad de poca importancia, no quedan comprendidos los legatarios o sus parientes, así mismo no están comprendidos en esta prohibición los testigos de conocimiento.

La capacidad la deben de tener los testigos en el momento de otorgarse el testamento.

El notario y dos testigos deberán conocer al testador; sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que cuando el testador no es conocido del notario, los testigos instrumentales podrán identificar al testador sin necesidad de testigos de conocimiento.

Pero estos testigos si serán exigidos cuando el testador no sea conocido por los testigos instrumentales y por el notario.

III.4 - DERECHO PATRIO

El Código de 1870 definía el testamento en su artículo 3374, diciendo: "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama ""testamento"". Este Código seguía el sistema Español de la legítima, que era el sistema que por influencia nos venía de las Leyes del Toro, seguidas por toda la tradición española que regía a las nuevas naciones. El Código de 1884 en su artículo 3237 se adhiere exactamente a la definición del Código de 1870, pero este Código cambió el sistema, de conformidad con su artículo 3323 y siguiente, establecen que toda persona, tiene derecho a disponer libremente de sus bienes por testamento, derecho, que no estaba limitado sino por la obligación de dejar alimentos a los descendientes y cónyuge superviviente y a los ascendientes, según las reglas que el mismo ordenamiento establecía. (17)

Es también el Código de 1870, el que en la Legislación Mexicana se aparta de la corriente europea, en cuanto a que modifica el sistema anterior, por lo que el heredero no será ya responsable de las deudas hereditarias, sino hasta donde alcance la cuantía de los bienes, o sea, el beneficio de inventario. (18)

Estos ordenamientos dieron a los testigos testamentarios

(17) Arce y Cervantes, José. op. cit. pp. 28

(18) F. Uribe, Luis. op. cit. pp. 162.

el carácter de autorizantes del acto junto al notario, pues establecían que el testamento es abierto, cuando el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto.

Es cerrado el testamento cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara: que ésta se halla contenida, en el pliego que presenta a las personas que deben autorizar el acto.

En cuanto a las incapacidades para ser testigos. Estos dos ordenamientos legales establecían como imposibilidades:

"No pueden ser testigos del Testamento:

- 1) Los amanuenses del notario que lo autorice.
- 2) Los ciegos y los que no entiendan el idioma del testador.
- 3) Los totalmente sordos o mudos.
- 4) Los que no estén en su sano juicio.
- 5) Los que no tengan calidad de domiciliados; salvo los casos exceptuados por la Ley.
- 6) Las mujeres.
- 7) Los varones menores de edad.
- 8) Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

Estas imposibilidades son clara influencia de la corriente europea, que tuvo un claro receptáculo en el Derecho Mexicano. Los testigos en el testamento público abierto, deberían de firmar el instrumento junto con el testador y el notario y cuando alguno no supiera escribir, firmaría otro testigo más a su ruego, debiendo constar siempre la firma de dos testigos cuando menos.

En el caso de que el testador no supiera firmar, firmaría un testigo más a su ruego y sólo en casos de suma urgencia, podría firmar uno de los instrumentales, estos ordenamientos, previeron la intervención de los testigos en los testamentos públicos, como una SOLEMNIDAD necesaria para la validez del testamento y en los testamentos privados la consideraron como un elemento de prueba de la última voluntad del testador. (19)

III.5 - LEGISLACION ACTUAL

Existen en el ordenamiento legal vigente, dos tipos de testigos que intervienen en el acto de otorgar testamento, estos testigos son denominados:

- a) Testigos Instrumentales.
- b) Testigos de Identidad.

Los testigos instrumentales son los que, reuniendo los

(19) F. Uribe, Luis. op. cit. pp. 162 - 168.

requisitos prescritos por la Ley, pueden concurrir al otorgamiento de un testamento, y éstos presencién la manifestación que hace el testador de su voluntad, debiendo de cumplir el requisito de estar presentes durante todo el otorgamiento, que se llevará en un solo acto.

Los testigos de identidad, son los que intervendrán en el otorgamiento de testamentos públicos y cuya principal función es la de que al conocer al notario, identifican al testador cuando éste no es conocido por el propio notario, el artículo 1504 del Código Civil, establece que tanto el notario como los testigos, deberán de conocer al testador.

Ya que la única función del testigo de identidad, es la de identificar al otorgante del testamento, cuando no es conocido por el notario, sólo podrán intervenir en los testamentos públicos, así como en los instrumentos públicos en general, son uno de los medios de auxilio con que cuenta el notario, que utiliza para hacer constar la identidad de los que comparecen ante él, esta intervención la prevee el artículo 63, fracción III de la Ley del Notariado, que en su texto dice:

"Art. 63. - El notario hará constar la identidad de los comparecientes por cualquiera de los medios siguientes:

- I. - Por la certificación que éste haga de los que conoce personalmente.

- II. - Con algún documento oficial, tal como tarjeta de identificación, carta de naturalización, licencia de manejo de vehículo u otro documento en el que aparezca la fotografía, nombre y apellidos de la persona de quien se trate; y
- III. - Mediante la declaración de dos testigos idóneos, mayores de edad, a su vez identificados por el notario, quien deberá expresarlo así en la escritura. Para que los testigos aseguren la identidad y capacidad de los otorgantes deberán saber el nombre y apellidos de éstos que no han observado en ellos manifestaciones patentes de incapacidad natural y que no tienen conocimiento de que están sujetos a incapacidad civil para lo cual el notario les informará cuales son las incapacidades naturales y civiles, salvo que el testigo sea Licenciado en Derecho. En substitución del testigo que no supiere o no pudiese firmar lo hará otra persona que al efecto elija el testigo imprimiendo su huella digital.

El notario hará constar en la escritura el medio por el que identifica a los otorgantes".

Debemos desprender, que estos testigos necesariamente deben ser conocidos por el notario, éstos a su vez deberán conocer

cer al otorgante, pues su función es la de asegurar la identidad de los comparecientes, pues son un medio supletorio de la fe del conocimiento que debe dar el notario, y sólo podrán concurrir cuando el notario los solicite por no conocer a las partes, esta función de identificar a los otorgantes es para evitar el caso de suplantación de persona, pues de acuerdo al Código Civil en su artículo 1506, prescribe que mientras no se haya justificado la identidad del testador, este documento no tendrá validez alguna, el artículo 1505 señala:

"1505. - Si la identidad del testador no pudiera ser verificada, se declarará esta circunstancia por el notario o por los testigos, en su caso, agregando uno y otros todas las señales que caractericen a la persona de aquél. Para evitar incurrir en algún error es más conveniente recurrir a la intervención de los testigos de identidad."

El artículo 63 de la Ley del Notariado, establece los requisitos que deben de reunir los testigos de identidad cuando intervienen en los testamentos, éstos están comprendidos por:

1) Deben ser testigos idóneos.

Es decir que no deben de quedar en ninguna de las incapacidades que señala el artículo 1502 del Código Civil.

2) Deben ser mayores de edad y a su vez conocidos o identificados por el notario, esto con el objeto de que puedan cumplir con su función, es decir, que sirvan de enlace entre el notario y el otorgante.

3) Deberán de asegurarse de la identidad y capacidad del otorgante, mediante:

a) Conocer el nombre y apellidos del otorgante.

b) No haber observado en él manifestaciones patentes de incapacidad natural.

c) No tener conocimiento de que está sujeto a una incapacidad civil.

4) Firmarán conjuntamente con el otorgante.

Por su parte, los testigos instrumentales podrán intervenir válidamente en los testamentos, siempre y cuando tengan la capacidad necesaria que exige la Ley. El Código Civil por un sistema de exclusión señala quienes no pueden ser testigu

gos instrumentales, por lo tanto a contrario sensu, el que no esté comprendido en la hipótesis del artículo podrá ser testigo en un testamento.

Los artículos 1511, 1567 y 1575 determinan cuáles son los testigos idóneos, el artículo 1502 señala a las personas que no pueden ser testigos en los testamentos en general, estableciendo incapacidades especiales que no tienen los testigos para intervenir en otro tipo de actos, pues la función de los testigos en el testamento es una función "Sui generis", la cual no se desempeña en otro tipo de acto, en la que se exige la concurrencia de testigos.

El artículo 1502 fracción I señala que no pueden ser testigos en el testamento, los amanuenses del notario que lo autorice, esta disposición es herencia del Código de 1870 que a su vez fué influenciado por la corriente europea, los amanuenses serán los empleados del notario, es decir, todas las personas que tengan una relación de dependencia y subordinación con el notario.

La fracción segunda señala a los menores de 16 años, pues el legislador considera que antes de esta edad se carece de la madurez y capacidad necesaria para intervenir en un acto de tal relevancia.

La fracción tercera dice que no tendrán la capacidad de ser testigos los que no estén en su sano juicio.

La fracción IV nos habla de la incapacidad por ser ciego, sordo o mudo.

Esta incapacidad obedece a que el legislador no confía en que los ciegos no podrían ver al testador y por lo tanto no podrían identificarlo, así como no podrían ver las demás circunstancias que concurrieran al testamento; los sordos no podrían oír la expresión de voluntad del testador y los mudos no podrían expresar en caso ofrecido, el contenido de la declaración.

La fracción V, determina la incapacidad de la persona que no entiende el idioma que hable el testador, pues no se entenderían de las disposiciones que el testador determinara y no podrían comprobar los asientos que se hagan en el protocolo.

La fracción VI señala a los herederos o los legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos pero si alguno llegara a concurrir, su efecto sería el de producir nulidad de la disposición que le beneficie o a los parientes mencionados. La razón de esta prohibición es porque éstos, tienen interés directo o indirecto en el testamento y esto les quita imparcialidad.

La fracción VII señala la incapacidad de ser testigo a los que hayan sido condenados por delito de falsedad, esto es por un simple requisito de seguridad jurídica.

De este modo cualquier persona no comprendida en el supuesto del artículo 1502 podrá intervenir en el otorgamiento de un testamento con la salvedad que su capacidad reconocida debe estar vigente al momento de otorgar el testamento.

**IV. DEL FUNDAMENTO JURIDICO DE LA PARTICI
PACION DE LOS TESTIGOS EN LA SUCESSION**

**IV.1- DEL FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACION DE LOS TESTIGOS EN
LA SUCESSION TESTAMENTARIA.**

IV.2- DE LA FUNCION DE LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO.

IV.3- DE LA FORMALIDAD O SOLEMNIDAD DEL ACTO DE TESTAR.

IV.4- NULIDAD E INEXISTENCIA DEL TESTAMENTO.

CAPITULO IV

"DEL FUNDAMENTO JURIDICO PARA LA PARTICIPACION
DE LOS TESTIGOS EN LA SUCESION"

Como acto solemne que es el testamento, la legislación civil lo ha revestido de requisitos en su forma, estas formalidades son llevadas a un extremo que no son previstas en otros actos jurídicos, debido a la importancia que para la vida jurídica tiene el testamento, dentro de estos requisitos formales, se encuentra la figura de los testigos, de éstos hacemos una revisión a los fundamentos jurídicos en que se apoya la legislación para exigir su participación.

IV.1 - DEL FUNDAMENTO JURIDICO DE LA PARTICIPACION DE LOS
TESTIGOS EN LA SUCESION TESTAMENTARIA.

Como quedó visto en su oportunidad, los testigos intervienen en las disposiciones de última voluntad de dos maneras, éstas son como testigos instrumentales y como testigos de identidad.

Para Eduardo Bautista Pondé, no existe texto legal vinculado a la notaria, en que no asiente la participación de testigos de identidad en el protocolo, para el caso de que el notario desconozca al compareciente, así se requiere la presencia de dos personas, que conozcan al compareciente y al nota-

rio para que pueda autorizar el instrumento. (1)

Mientras los testigos instrumentales son aquéllos que concurren al otorgamiento y presencian lo que ocurre durante todo el acto, y su presencia es necesaria como parte de la forma solemne del acto, los testigos de identidad, su única función cuando concurren al acto, es la de identificar al testador que es desconocido por el notario. (2)

Los testigos instrumentales participan indistintamente ya sea en los testamentos públicos como los privados; así para el Licenciado Rafael de Pina, los testigos tienen dos funciones íntimamente relacionadas: Una se refiere a las personas que necesitan concurrir a la celebración de determinados actos jurídicos (testigos instrumentales) y otra, la que alude a las personas, que declaran sobre la identidad de las partes u otorgantes de un acto, la primera de las funciones constituye una solemnidad del acto. (3)

El Maestro Carlos Emerito, sobre los testigos instrumentales determina que al ocurrir al otorgamiento del testamento, su función radica, al ver y oír la voluntad del otorgante, ratificando su contenido, teniendo en cuenta que conocen el idioma del testador, cuando se trate de extranjero que no domine el castellano. (4)

- (1) Bautista Pondé, Eduardo. "Tríptica Notarial". Editorial de Palma. Buenos Aires, Argentina. 1977. pp. 213.
- (2) Codificación Notarial. op. cit. Art. 63.
- (3) de Pina, Rafael. "Tratado de las Pruebas Civiles". Editorial Porrúa. México. 1981. pp. 203.
- (4) Emerito González, Carlos. "Derecho Notarial". Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina. 1971. pp. 258.

Los testigos junto con el Notario, tienen la calidad de autorizantes, siendo su deber asistir al acto, de tal manera que estén en aptitud de desempeñar la función que la Ley les encomienda, esto es, han de encontrarse con el testador en relación tal que puedan oír y ver todo lo que dice y hace, lo primero, para asegurarse de que proceden de él las disposiciones testamentarias y lo segundo, para determinar que se conserva durante el acto en su cabal juicio y su libertad moral. En igual relación han de estar el testador y los testigos con el notario mientras lea el acta, a fin de apreciar si han transcrito fielmente las disposiciones e imponerse del resto del acto para darle o rehusarle su conformidad. (5)

Son los testigos por lo tanto, junto con el notario, autorizantes del acto y colaboran natural y legalmente para la validez y existencia del acto, son testigos de la expresión de voluntad que el testador hace ante el notario y deberán permanecer durante todo su otorgamiento, apoyado por el Código Civil en sus artículos 1504 y 1512.

Además, como los testigos al asistir al otorgamiento se cercioran perfectamente de que el instrumento público fué entendido por el notario, son a la vez testigos instrumentales con fundamento en el Código Civil en su artículo 1515. En caso de extrema urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales, ha-

(5) Rufz, Ramón E. Revista de Derecho Notarial. Consejo de Notarios de la Ciudad de México. "Otorgamiento del Testamento Público" Tipográfica de la Viuda de Francisco Díaz de León. 1975. nn. 85

ciéndose constar esta circunstancia. (6)

Pudiera entenderse que en los testamentos deberfan intervenir cinco testigos, los tres que prescribe el Código Civil (Art. 1511) y además los testigos instrumentales del artículo 63 de la Ley del Notariado, pero los testigos del testamento son a la vez instrumentales y así los llama la ley civil, es inconcluso que con la concurrencia de los tres testigos testamentarios queden obsequiadas perfectamente las dos leyes.

(7)

De acuerdo a estas opiniones, los testigos asisten al otorgamiento del testamento abierto y son testigos de la manifestación de voluntad que hace el testador ante el notario. (Art. 1519 del Código Civil).

El testigo complementa al testador, cuando ejecuta una función de lector del testamento, leyéndolo dos veces, en el caso de que el testador sea ciego, es decir, complementa la forma que debe guardar el acto. (Art. 1517 Código Civil).

En el testamento público cerrado su intervención radica cuando presencia la entrega del pliego que hace el testador, donde se encuentra su testamento y presencia a su vez la declaración que se hace que en ese pliego está contenida su última voluntad, así cuando ocurra la muerte del testador, el juez

(6) Rufz, Ramón E. op. cit. pp. 90

(7) Rufz, Ramón E. op. cit. pp.90

que reciba dicho testamento, para que éste sea abierto, hará comparecer al Notario y a los testigos a fin de que declaren: que son suyas las firmas y la del testador o la persona que haya firmado a su ruego y además que a su concepto, está cerrado y sellado, como lo estaba en el momento del otorgamiento, según el artículo 1543 del Código Civil, para la diligencia deberán concurrir los testigos y el notario, pero si hubiesen fallecido, estuvieren enfermos o ausentes, se necesitará la comparecencia de la mayoría, pero si por iguales causas, no pudieran concurrir el notario, la mayor parte o la totalidad de los testigos, el juez deberá hacerlo constar por información, así como la legalidad de las firmas y la circunstancia de que en la fecha de otorgamiento se encontraban en el lugar de otorgamiento, pero en todo caso los que comparezcan deberán reconocer sus firmas. (Arts. 1544 - 1546 del Código Civil). Una vez cumplidos estos requisitos, se ordenará la publicación y protocolización del testamento. (Art. 1541).

En ambos tipos de testamento, los testigos deberán firmar junto con el testador y el notario. (Arts. 1512, 1513, 1523, 1526 y 1527 del Código Civil).

Los testigos, suplirán completamente al notario en su concurrencia para los casos de testamentos privados, pero no como fedatarios públicos, supliéndolo sólo en su concurrencia al acto, siendo estos la prueba de la existencia del testamento.

to, por lo que la ley pide que conozcan al testador, debiendo presenciar el acto y debiendo estar al tanto de que se trata de la última voluntad del actor, por lo que el Código Civil menciona que el que lo oiga entienda su idioma y que sean capaces de reproducir verbalmente esta declaración, de lo contrario, al no ser capaces los testigos de declarar a ciencia cierta el contenido de la última voluntad, no estará comprobada la existencia del testamento, así mismo si no conocen al testador, el testamento existe pero no produce ningún efecto legal, por ser indeterminada la persona del agente. (Arts. 1567 a 1570).

El legislador no deja la comprobación del testamento solemne a la memoria de los testigos, en su artículo 1567 pid de que alguno de los testigos redacte por escrito el testamento, si el testador no supiera escribir, pero el artículo 1568 exime de esta obligación, cuando ninguno de los testigos no su piera escribir o en casos de suma urgencia.

El artículo 1567 pide la redacción del testamento para darle seguridad a su subsistencia, pues no sólo se debe dejar esta a la memoria de los testigos, además de que con esta re dacción cumple con la exigencia de la ley, que el testamento contenga las disposiciones del testador, así como la declara ción de haber llenado su cometido, dándole unidad al acto.

La participación de los testigos en los testamentos especiales es doblemente importante, pues son parte constitutiva y son a la vez, el medio de prueba con que se cuenta para la comprobación de la existencia del testamento, de acuerdo a la declaración que hagan con posterioridad, pues esta es constitutiva y probatoria del acto. (Arts. 1572, 1575, 1582, 1584 del Código Civil).

En los testamentos es indispensable que se cumpla con el requisito de identidad del testador, es decir, que sea conocido por los testigos y el notario o de algún modo cerciorarse de su identidad y de que se halla en su cabal juicio y libre de coacción. El artículo 1504 del Ordenamiento Civil así lo estipula y ésta es la forma en que los testigos cumplan con su función de presenciar y comprobar la libre declaración de voluntad que hace el testador. En caso de que no pueda ser identificado en el acto, el notario y los testigos harán constar tal circunstancia, agregando uno y otros todas las señas que caracterizan a la persona del otorgante, pero hasta que no se justifique la identidad del testador, el testamento no tendrá validez. (Arts. 1505 y 1506 del Código Civil).

El Código permite a los testigos, al desconocer al testador cerciorarse de algún modo de su identidad y si no fuera posible, consiente en que declaren esta circunstancia agregando las señas particulares que caractericen la persona del tes

tador, pero esto implica una disminución a la eficacia del testamento, porque si pueden cerciorarse los testigos con posterioridad de la identidad del testador, la prueba testimonial se hace indirecta y por otro lado al no ser posible el cerciorarse de la identidad, los efectos del testamento quedan en suspenso hasta que la identidad se justifique.

Implicaría esto una condición suspensiva en el testamento?

Determinemos que es una condición:

CONDICION: Es el acontecimiento futuro posible, de realización incierta de cuyo cumplimiento dependen la realización de efectos jurídicos de un hecho o acto jurídico.

Esta condición puede ser suspensiva o resolutoria, la resolutoria es aquella que cuando se realiza, el acto deja de tener efectos jurídicos, por su parte la suspensiva es aquella en que los efectos jurídicos quedan suspendidos hasta el momento en que se realiza la condición.

De tal manera que el testamento que es otorgado de acuerdo a los artículos 1505 y 1506 si está sujeta a una condición suspensiva, aunque esta no fué deseada por el testador, ésta constituye una garantía que requirió el legislador para que se verifique la identidad del testador y así tenga validez el

testamento.

En cuanto a la identidad del testador, el Licenciado Felipe Guzmán Núñez expresa que en la mayoría de los casos, los testigos conocen perfectamente al testador; pero puede darse el caso que no se dé esta circunstancia y por lo tanto como precaución el notario, antes de principiar la redacción del testamento deberá preguntar si se conocen, el testador y los testigos ya que esto evitará problemas de objeción a los testamentos por una circunstancia de esta naturaleza. (8)

El Código exige que los testigos se cercioren que el testador en el acto de expresar su voluntad se encuentra en su cabal juicio y libre de coacción, debido a que el testamento por naturaleza es un acto libre.

Pero esto implica reconocer la capacidad o incapacidad de una persona en cuanto a sus facultades mentales, y esto ha representado una gran dificultad para la medicina legal, puesto que para determinar este estado se necesita tener un grado de capacitación y conocimientos especiales, pero el Código exime de estos requisitos a los testigos, pues no determina que efectúen un dictámen pericial, bastando con la prudente apreciación que estos hagan de las facultades del testador.

De tal modo quedan eximidos del error en que pueden incu

(8) Guzmán Núñez, Felipe. Revista de Derecho Notarial. Consejo de Notarios de la Ciudad de México. "Los Testigos en el Testamento Público Abierto". Tipografía de la Viuda de Francisco Díaz de León. 1973. pp. 93

rrir los testigos sobre las facultades del testador, siempre y cuando no haya habido imprevisión o negligencia, falta de reflexión o de cuidado, de lo contrario incurren en el delito de culpa grave o leve, y por dolo de su parte son cómplices en el delito que se haya perpetrado al otorgarse el testamento.

En cuanto a la coacción, la sola participación de los testigos en el acto nos hace pensar que por esto se excluye su existencia, a menos que inclusive ellos la sufran, la ejerzan o la permitan, resultando ya sea víctimas, autores o cómplices del delito, pero de haberse ejecutado con anterioridad, la coacción será de efectos psicológicos y estos escapan a la percepción de los testigos, por lo que no incurrirán en responsabilidad alguna si se llegare a probar su existencia.

IV.2 - DE LA FUNCION DE LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO.

Toda manifestación de nuestros actos internos necesita hacerse ante seres inteligentes para que produzcan algún efecto y principalmente, cuando esa manifestación equivale a un mandato que deba darse a conocer precisamente para que sea cumplido.

De aquí que el medio natural y legal para que el hecho

se conozca, consiste en que se ejecute delante de testigos que lo presencian fielmente.

Emerito González opina que la participación de los testigos en el acto de la sucesión, no es sólo para la constitución de una prueba, pues está lejos de dar una seguridad, sólo pondría en duda el esquema jurídico, al pensar que todo acto necesita para su validez, estar respaldado por un medio de prueba de su existencia, esperando su impugnación en un litigio, pues el negocio jurídico se perfecciona sin que sus instrumentos lleguen nunca a ser empleados como prueba, de tal manera que el verdadero fin del instrumento otorgado es formar, constituir un negocio jurídico. (9)

Debido a que la prueba para que tenga carácter de pre-constituida, no basta con que el medio probatorio se haya constituido con anterioridad al proceso, pues se necesita de la intención de otorgarle tal carácter en el momento en que se constituye, es decir, estas pruebas se realizan como precaución en caso de que llegue a darse un litigio o se preparen expreso para ser utilizados en éste, de tal modo que la participación de los testigos puede ser utilizada como prueba, pero esto como mera consecuencia de su participación en el acto más no como razón de su existencia y mucho menos de su eficacia, determinando que la participación de los testigos y aún la del testador al otorgamiento del testamento se

(9) Emerito González, op. cit. pp. 63.

hace con el fin de dar forma y nacimiento a un acto jurídico válido por sí mismo y no con la intención de constituir una prueba con miras al futuro, el carácter de prueba que lleguen a tener no fué su fin principal, sino que es consecuencia del fin primordial que fué la formación válida del acto.

Una de las condiciones impuestas por el Código para la validez del instrumento público es la presencia de testigos en la celebración del acto, ante la importancia de tal pieza jurídica, en cuanto a la plena fe que presenta su contenido, el legislador no creyó prudente confiario al testimonio único del notario, imponiendo la asistencia de los testigos en el instante de la otorgación, la otorgación del acto delante de los testigos es una medida de amparo de las partes y una garantía del propio funcionario. (10)

La presencia de los testigos en el acto es considerada como una formalidad esencial al proceso formativo del instrumento, tal solemnidad es sólo exigida para las escrituras públicas. Ciertamente cuando se ha conceptualizado que los testigos son elementos vinculantes a la otorgación del instrumento público, el Código mismo lo señala. (11).

Tal participación, del notario, testigos y testador es con el fin de dar nacimiento a un acto jurídico perfectamen-

(10) Pérez Fernández del Castillo, B. "Derecho Notarial". Editorial Porrúa. México. 1981. pp. 57.

(11) Neri, Argentino I. "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial". Instrumentos. Ediciones de Palma. Buenos Aires, Argentina. 1969. Volumen II. pp. 108.

te válido en sí mismo, pudiendo ser dado el caso de que el testamento o los testigos, sirvan de prueba en juicio sobre la validez del testamento, pero ésta nunca será la función principal que buscan los testigos o el testador, esto será lo accesorio del acto jurídico de testar que perfecciona el acto.

IV.3 - DE LA FORMALIDAD O SOLEMNIDAD DEL ACTO DE TESTAR.

Ya que los testigos intervienen en un acto solemne por excelencia, debemos determinar cuáles son las formalidades en el testamento y que constituyen los elementos solemnes.

Diferenciamos los elementos formales de los elementos solemnes del testamento, de tal modo, todas las obligaciones impuestas, tanto por el Código Civil, como por la Ley del Notariado aplicables a la confección de los TESTAMENTOS tienen por objeto establecer alguna formalidad que no es otra cosa que la condición o requisito para que el acto sea válido o perfecto.

De las formalidades: Dentro de un acto jurídico las formalidades pueden ser esenciales (Solemnidades) y otras no lo son, la carencia de las primeras trae consigo la inexistencia del acto, en cuanto a las segundas su carencia acarrea la nulidad.

Las formalidades consisten: o en elementos constitutivos de la esencia misma del Acto (SOLEMNIDADES) o en requisitos indispensables, atenta la forma que la Ley prescribe para caracterizarlo mejor o en hechos y circunstancias accidentales que sirvan para su perfecta y más fácil comprobación.

La intervención del Notario y los testigos será una SOLEMNIDAD requerida por la Ley para caracterizar la forma del testamento público.

La expresión de lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento, será sólo la declaración comprobatoria de la circunstancia del tiempo y lugar en que el acto se verificó.

La responsabilidad en que puede incurrir el notario por el hecho de faltar a alguna de las formalidades, varía según el caso, en unas cometerá delito de culpa, en otras una falta, y en otras será absolutamente irresponsable, no obstante que el testamento llegara a declararse nulo por la falta de formalidades substanciales, concurrirá en responsabilidad civil y pérdida del oficio cuando no concurren los testigos en el número que la Ley señala, la intervención del notario y de los testigos en el testamento es una SOLEMNIDAD ESENCIAL, pues desempeñan la función de asistentes y autorizantes del acto. (12)

(12) Pérez, Ezequiel. Revista de Derecho Notarial. Consejo de Notarios de la Ciudad de México. "El Testamento Público" Tipografía de la Viuda de Francisco Díaz de León. 1975. pp. 99-102.

Para Emerito González las formas de ser se exigen con la finalidad de que el negocio no sea, no exista, sin la forma. La forma en tales casos, no es ingrediente separado de la declaración de voluntad, sino que forma parte de la declaración de voluntad, no hay declaración de voluntad jurídica, ni por consiguiente negocio jurídico, si en tales supuestos la voluntad no ha sido declarada por el cause la la forma exigida o convenida, la forma es constitutiva de la estructura del negocio y de la declaración de voluntad negocial es requisito del negocio, el número y la capacidad de los testigos es una exigencia de SOLEMNIDAD del testamento y no como prueba, por lo que éste será ineficaz si no hubieren concurrido a su otorgamiento testigos idóneos, en el número exigido por la Ley, sin que pueda suplirse su falta con otras personas que hubieren estado presentes al celebrarse el acto. (13)

El Licenciado Manuel Borja Soriano establece que como elemento de SOLEMNIDAD, ha de ser simultánea y continuada, la concurrencia del testador y los testigos (autorizantes) durante el acto ya que no hay más forma pública para la memoria del acto que la constancia escrita, leída, aprobada y suscrita por el testador y los autorizantes.

Son elementos SOLEMNES en el Testamento:

a) La Declaración de Voluntad.

(13) Emerito, González. op. cit. pp. 153.

- b) La Concurrencia del Testador
y los Testigos.
- c) La memoria escrita del acto.
- d) La Unidad del Acto.
- e) Las menciones de todo ello. (14)

De las opiniones de estos distinguidos juristas desprendemos que la participación de los testigos en el acto sucesorio constituye una SOLEMNIDAD, y que sin éstos el testamento sería ineficaz; esta SOLEMNIDAD es exigida por la Ley para la validez del acto y no como medio de prueba.

El Licenciado Arce y Cervantes hace referencia a que la participación de los testigos es un elemento de AD SOLEMNITATEM, son elementos esenciales como requisito esencial de forma, esta forma da el ser (forma dat esse rei) y el Código establece la nulidad del acto cuando es otorgado en contravención a las formas prescritas. (15)

El Profesor Rafael Rojina Villegas opina que la concurrencia de los testigos está investida de una SOLEMNIDAD SUPERIOR a la de simple forma o a los efectos probatorios, siendo ésta un elemento substancial, que si es omitido acarrearía la nulidad del testamento. (16)

- (14) Borja Soriano, Manuel. Revista de Derecho Notarial. Consejo de Notarios de la Ciudad de México. Otorgamiento del Testamento Público. Tipografía de la Viuda de Francisco Díaz de León. 1975. pp. 11.
- (15) Arce y Cervantes. op. cit. pp. 54.
- (16) Rojina Villegas, Rafael. op. cit. pp. 398.

De tal manera que la SOLEMNIDAD de los actos, más que un elemento de prueba, es un elemento de existencia y validez pues sin este elemento SOLEMNE no existiría acto que probar.

En la Legislación del Código Civil existe una problemática al no distinguir o no determinar lo que forma una SOLEMNIDAD o solamente es parte de la forma del acto, pues ha ce mención indistintamente formalidades tanto como solemnidades en lo que se refiere a los requisitos que se observan en el otorgamiento de la sucesión. (Arts. 1310, 1319, 1519, 1520, 1534 del Código Civil).

IV.4 - NULIDAD E INEXISTENCIA DEL TESTAMENTO

Dado que la participación de los testigos en el acto de otorgar testamento constituye una SOLEMNIDAD su ausencia es castigada porque atenta a la forma que requiere la Ley, esto acarrea la consecuencia de que el testamento sea nulo o inexistente, determinamos que en el testamento sólo existen nulidades absolutas o inexistencias, confirmado por el Código Civil que expresa: EL TESTAMENTO ES NULO CUANDO SE OTORGA EN CONTRAVENCION A LAS FORMAS PRESCRITAS POR LA LEY. (Art. 1491 Código Civil).

El Licenciado Ezequiel Pérez referente a la nulidad del acto expresa: Los testigos deben intervenir no sólo en razón

de su testimonio, sino como requisito forzoso de SOLEMNIDAD FORMAL, que a su falta constituye un vicio esencial que anula al testamento, si los testigos no asistieron al acto de declarar la voluntad en el testamento público abierto o a la entrega y consiguiente declaración del testamento cerrado no nacería la disposición "mortis causa", así que se da la invalidez porque no se observaron las SOLEMNIDADES para la celebración del testamento. (17)

Es inválido el testamento cuando no han concurrido las SOLEMNIDADES y requisitos necesarios para su validez. Confirmado por el Código Civil en su artículo 1491 que dice que: "EL TESTAMENTO ES NULO CUANDO SE OTORGA EN CONTRAVENCION A LAS FORMAS PRESCRITAS POR LA LEY".

Así que determinamos cuando nos encontramos frente a una nulidad absoluta o cuando frente a una inexistencia, citando al Licenciado Leopoldo Aguilar Carvajal que dice: La inexistencia en el testamento se presenta por la falta absoluta de voluntad en el testador o por falta del objeto mientras que la nulidad absoluta se configura en los casos de ilicitud ya sea en el motivo, el fin o la condición. (18)

Debemos expresar que creemos que no sólo la falta del consentimiento o del objeto constituye una inexistencia, ya que los demás elementos solemnes del acto, forman parte in-

(17) Pérez, Ezequiel, op. cit. pp. 97.

(18) Aguilar Carvajal, op. cit. pp. 335.

tránsito de ésta, es decir, le dan forma y vida, el que no se observen, implica que el acto no llegue a formarse, es decir, que no llegue a nacer, lo que constituye a nuestro modesto parecer una inexistencia, por lo que si no participan los testigos para atestiguar la voluntad del estador, esta no se expresa de la manera que exige la Ley, ésta le impide existir y no existe el acto.

CONCLUSIONES

Después del estudio y de las investigaciones que sobre el tema de esta tesis se han realizado, acudiendo desde las primeras fuentes legislativas donde los testigos fueron regulados, hasta el tratamiento que les da nuestro Código Civil vigente, podemos llegar a las conclusiones:

- 1). - La Sucesión por su importancia y trascendencia que tiene en la vida jurídica, ha sido normado por las diferentes legislaciones civiles, requiriendo de elementos que han llegado a ser excesivos, pero que han sido establecidos para la seguridad que requiere un acto de la importancia que implica el testamento.
- 2). - Que estos requisitos han constituido la forma exigida por la ley, de lo que podemos establecer que el testamento ha sido a través de la Historia uno de los actos jurídicos solemnes por excelencia.
- 3). - Dentro de estas solemnidades, encontramos la participación de los testigos en el acto de declarar la voluntad, que surtirá efectos para después de la muerte del autor.

- 4). - Que esta solemnidad junto con el objeto y la voluntad dan vida al acto y cuya ausencia es castigada por medio de la inexistencia del mismo.
- 5). - Que en lo que se relaciona con los testamentos privados, la participación de los testigos en su confección tiene una doble función importantísima pues son parte del acto al ser ellos uno de los elementos constitutivos del acto y a la vez son la forma principal de prueba sobre la existencia del acto donde se declara la última voluntad.
- 6). - Que la participación de los testigos en el testamento público no es con la finalidad de constituir una prueba, sino que son parte misma del acto y le dan forma y vida para su legal existencia, independientemente de que lleguen a ser utilizados como medio de prueba.

Por lo anterior expresamos que si la prueba testimonial y la participación de los testigos en los actos jurídicos importantes ha logrado sobrevivir a la modernización y a los cambios históricos que ha sufrido la humanidad, es porque ésta encierra en sí, la esencia de esclarecer la verdad y dar una seguridad a los actos realizados en un marco legal, aún a pesar de la desvalorización que ha sufrido la figura del testigo,

debe ser conservada, como voto de confianza a la naturaleza humana que tiende a la verdad ante todo.

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

- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, NICETO
 "Estudios de Teoría General e Historia del
 Proceso"
 (1945-1972)
 EDITORIAL UNAM.
 México 1974.
 Tomo II
- ALVAREZ SUAREZ, URSICINO.
 "Curso de Derecho Romano"
 EDITORIAL: REVISTA DE DERECHO PRIVADO.
 Madrid, España, 1955.
 Tomo I
- AGUILAR CARVAJAL, LEOPOLDO.
 Segundo Curso de Derecho Civil.
 "Bienes, Derechos Reales y Sucesiones"
 EDITORIAL: PORRUA.
 México 1980.
 4a. Edición
- ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO.
 "Reflexión sobre el Testamento"
 EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO.
 Madrid, España, 1950.
 Tomo XXII Volumen II
- ANDRADE, MANUEL
 "Codificación Notarial.
 EDICIONES ANDRADE.
 México 1980
 5a. Edición
- ARCE Y CERVANTES, JOSE
 "De las Sucesiones"
 EDITORIAL PORRUA.
 México 1983.
 1a. Edición
- ARGENTINO, NERI I.
 "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial"
 Instrumentos.
 EDICIONES DE PALMA
 Buenos Aires, Argentina, 1989.
 Volumen II.

- BAUTISTA PONDE, EDUARDO**
 Tríptico Notarial
 EDICIONES DE PALMA.
 Buenos Aires, Argentina, 1977.
- BECERRA BAUTISTA, JOSE**
 "El Proceso Civil en México"
 EDITORIAL PORRUA.
 México 1973.
 5a. Edición.
- BONNECASE, JULIEN.**
 "Elementos de Derecho Civil"
 EDITORIAL JOSE M. CAJICA JR.
 Puebla, México, 1946.
- BORJA SORIANO, MANUEL**
 Revista de Derecho Notarial
 Consejo de Notarios de la Ciudad de México.
 "Otorgamiento del Testamento Público"
 TIPOGRAFIA DE LA VIUDA DE FRANCISCO DIAZ DE LEON
 México 1905.
- CARNELUTTI, FRANCESCO**
 "Derecho y Proceso"
 Colección Ciencia del Proceso
 EDITORIAL EDICIONES JURIDICAS EUROPA-AMERICA
 Buenos Aires, Argentina, 1971.
- "CODIGO CIVIL"**
 Leyes y Códigos de México.
 EDITORIAL PORRUA.
 México 1985.
- "CODIGO CIVIL DEL D.F. Y TERRITORIOS BAJA CALIFORNIA"**
 IMPRENTA JOSE BATIZA
 México 1870.
- "CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL D. F.**
 EDITORIAL PORRUA.
 México 1983
 Vigésimo novena Edición
- "LOS CODIGOS ESPAÑOLES CONCORDADOS Y ANOTADOS"**
 EDITORIAL IMPRENTA LA PUBLICIDAD DE D. M.
 RIVADENEYRA.
 Madrid, España, 1850
 Tomos VII, VIII, IX, X y XII.

- COLIN, AMBROSIO Y H. CAPITANT.
"Curso Elemental de Derecho Frances"
EDITORIAL REUS.
Madrid, España, 1960.
- CORRIPIO, FERNANDO.
"Diccionario Etimológico General de la Lengua
Castellana"
EDITORIAL BRUGUERA.
Barcelona, España, 1973.
1a. Edición.
- "DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA"
Real Academia Española.
EDITORIAL ESPASA-CALPE.
Madrid, España, 1970.
14a. Edición.
- DOBLAN, MANUEL Y LOZANO, JOSE MARIA.
"Colección Legislación Mexicana"
EDITORIAL IMPRENTA DEL COMERCIO DE DOBLAN Y
CHAVEZ.
México 1871.
- D'ORS, ALVARO
"Elementos de Derecho Privado Romano"
EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA.
Pamplona, España, 1975.
Segunda Edición
- EMERITO GONZALEZ, CARLOS.
"Derecho Notarial"
EDITORIAL LA LEY
Buenos Aires, Argentina, 1971.
- "ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA"
EDITORIAL BIBLIOGRAFICA ARGENTINA
Buenos Aires, Argentina, 1968.
Tomo XXVI.
- "EL FUERO JUZGO"
Real Academia Española
EDITORIAL IBARRA.
Madrid, España, 1815.

- GOYENA COPELLO, HECTOR R.
"Tratado del Derecho de Sucesión".
EDITORIAL FADYE.
Buenos Aires, Argentina, 1974.
Tomo I.
- GUZMAN NUREZ, FELIPE
Revista de Derecho Notarial.
Consejo de Notarios de la Ciudad de México.
"Los Testigos en el Testamento Público Abierto"
TIPOGRAFIA DE LA VIUDA DE FRANCISCO DIAZ DE
LEON.
1973
- IGLESIAS, JUAN
Derecho Romano.
"Instituciones de Derecho Privado".
EDITORIAL ARIEL.
Barcelona, España, 1972.
6a. Edición.
- LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS
FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBULLIDA.
"Derecho de Sucesiones"
Sucesión Voluntaria.
EDITORIAL BOSCH.
Barcelona, España, 1976.
Tomo I.
- LENUS GARCIA, RAUL
"Compendio de Derecho Romano".
EDITORIAL LIMSA.
México 1979.
- LOPEZ, GREGORIO
Las 7 Partidas de Alfonso X.
EDITORIAL IMPRENTA DE BENITO MONFORT.
Salamanca, España.
Impresión de 1787.
- PALLARES, EDUARDO
"Diccionario de Derecho Procesal Civil"
EDITORIAL PORRUA.
México 1952.
- PALOMAR DE MIGUEL, JUAN.
"Diccionario para Juristas"
EDITORIAL MAYO EDICIONES
México, 1981.
1a. Edición

PEREZ, EZEQUIEL

Revista de Derecho Notarial.
Consejo de Notarios de la Ciudad de México.
"Testamento Público"
TIPOGRAFIA DE LA VIUDA DE FRANCISCO DIAZ DE
LEON.
1905.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO

"Derecho Notarial".
EDITORIAL PORRUA.
México, 1981.

DE PINA, RAFAEL

"Instituciones de Derecho Procesal Civil".
EDITORIAL AMERICA
México, 1940.

DE PINA, RAFAEL

" Tratado de las Pruebas Civiles"
EDITORIAL PORRUA.
México, 1981.
3a. Edición.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL

"Compendio de Derecho Civil"
ANTIGUA LIBRERIA ROBREDO.
México, 1963.
Tomo II

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL

"Sucesión Legítima y Problemas Comunes a los
Testamentarios e Intestados".
EDITORIAL JUZ.
México, 1945.

RUIZ, ROMAN E.

Revista de Derecho Notarial
Consejo de Notarios de la Ciudad de México.
"Otorgamiento del Testamento Público"
TIPOGRAFIA DE LA VIUDA DE FRANCISCO DIAZ DE
LEON
1905.

URIBE, LUIS F.

"Sucesiones en el Derecho Mexicano"
EDITORIAL JUZ
México, 1962.