

Nº 273
265.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

Area de Derecho

LA EXIGIBILIDAD O PRESCINDIBILIDAD DE
LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A I
OCTAVIO ORTIZ AYALA



San Juan de Aragón, Edo. de Méx.

1992

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE GENERAL

INTRODUCCION

CAPITULO I

LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO

- 1.- Concepto de testigo.....(01)
- 2.- Antecedentes históricos del testamento.....(05)
 - 2.1 Derecho romano.....(05)
 - 2.1.1 Formas de testamento.....(06)
 - 2.2 Derecho español.....(11)
 - 2.2.1 Testamento abierto.....(11)
 - 2.2.2 Testamento cerrado.....(12)
 - 2.2.3 Testamentos especiales.....(13)
 - 2.3 Derecho germano.....(17)
 - 2.3.1 Formas especiales de testar.....(20)
 - 2.4 Derecho francés.....(21)
 - 2.5 Derecho mexicano.....(23)

CAPITULO II

EL TESTAMENTO EN LA LEGISLACION CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

- 1.- Definición de testamento.....(25)
- 2.- Elementos esenciales.....(28)
- 3.- Capacidad jurídica para otorgar testamento.....(30)
- 4.- Formas de testamento en el Código Civil para el el Distrito Federal.....(30)
 - 4.1 Testamentos ordinarios
 - 4.1.1 Testamento público abierto.....(31)
 - 4.1.2 Testamento público cerrado.....(40)

4.1.3	Testamento ológrafo.....	(43)
4.2	Testamentos especiales	
4.2.1	Testamento privado.....	(45)
4.2.2	Testamento militar.....	(46)
4.2.3	Testamento marítimo.....	(47)
4.2.4	Testamento hecho en país extranjero...	(48)

CAPITULO III

LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS EN LA LEGISLACION CIVIL VI- GENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

1.-	Clases de testigos testamentarios.....	(49)
1.1	Testigos de identidad.....	(49)
1.1.1	Función.....	(49)
1.1.2	Requisitos que deben cumplir.....	(50)
1.2	Testigos instrumentales.....	(54)
1.2.1	Función.....	(54)
1.2.2	Requisitos que deben cumplir.....	(54)

CAPITULO IV

NATURALEZA DE LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS

1.-	Función de los testigos testamentarios.....	(61)
2.-	Significado o naturaleza de su intervención....	(68)
2.1	Prueba preconstituída.....	(68)
2.2	Formalidad o solemnidad.....	(70)
3.-	Efectos de la ausencia de los testigos testamen- tarios.....	(75)
4.-	Criterios doctrinales sobre la intervención de- los testigos en el testamento público abierto.	
4.1	Teorías favorables.....	(77)

4.2 Teorias contrarias.....(79)

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El propósito de nuestra investigación es dictada por la necesidad de estudiar si en realidad es conveniente que en la legislación Civil Mexicana vigente en el Distrito Federal, se siga existiendo, además de las numerosas solemnidades, requeridas en los testamentos, la "concurcencia de los testigos" como base de una proposición, la cual me aventuro a hacer al final de esta tesis.

Idea capital es el análisis de la concurrencia de tales testigos, partiendo de su concepto, naturaleza o significado de su intervención, su utilidad en cuanto a la legalidad del acto. Igualmente si su permanencia en las legislaciones civiles, es sólo obra de la tradición histórica, la cual ha sido abandonada en algunas legislaciones modernas. O bien, si deben permanecer en el Código Civil como un presupuesto de técnica jurídica.

Sin embargo no podemos dejar a un lado el estudio de su origen y evolución, tanto del testigo en general, como del testigo testamentario específicamente, desde tiempos remotos y sobre todo desde el Derecho Romano, origen de todos los pueblos latinos.

Por lo que se refiere a los testamentos especiales, el hecho de que sean realizados por personas poco ilustradas en la ciencia del Derecho, es un inconveniente, ya que están expuestos a que las disposiciones que contengan, se vean afectadas de nulidad, por falta de conocimientos legales de las personas que en ellos intervienen.

Aunque también, en el testamento ológrafo se corre el mismo peligro.

Lo anteriormente referido, nos ha convencido de las bondades evidentes, de los testamentos públicos principalmente el abierto -

pero al mismo tiempo, nos encontramos ante la necesidad de su simplificación, liberándolos de requisitos y formalidades excesivas, cuyo incumplimiento es a la vez motivo de inexistencia, ya que el Estado ha delegado su autoridad y su confianza a los notarios públicos.

Nuestra investigación no tiene la pretensión de establecer doctrina, ni tampoco nos anima la idea de parecer críticos de las instituciones del Derecho Mexicano. Pues los conocimientos contenidos en esta tesis, son el fruto de una investigación con carácter maduro y reflexivo.

Esperamos que el presente trabajo sea de utilidad a quienes --trabajan por el mejoramiento del Derecho.

CAPITULO I

LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO

1.- CONCEPTO DE TESTIGO

Uno de los primeros problemas que nos planteamos en esta tesis, es determinar lo que jurídicamente se conoce como "testigo".

Como primer elemento consideramos las definiciones que se establecen en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, las cuales a la letra dicen:

Testigo; "Persona que dá testimonio de una cosa, o la atestigua.

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

Cualquier cosa, aunque sea inanimada, por la cual se arguye o infiere la verdad de un hecho." (01)

Mientras que del Diccionario Etimológico de Corominas se obtiene que:

La palabra testigo deriva del, "lat. testificare, deriv. de tesis testigo y fácere, hacer,...del antiguo testiguar, (igual atestiguar), la doc. y (otras docs. del S. XII, Celshi)." (02)

Ya en su determinación jurídica encontramos que Caravantes — dice: la palabra testigo; "proviene de testando, declarar o explicar según su mente; l.11 dig. de testibus o lo que es más propio dar fe a favor de otro para confirmación de una cosa, y en este sentido, se llaman testigos supérstites porque declaran sobre el-

(01).- "Diccionario de la real academia de la lengua española s. e., Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970.

(02).- Corominas Juan, "Diccionario crítico etimológico de la lengua española, s. e., s. Ed., Madrid, 1976.

estado de la causa, como dice San Isidoro en el Capítulo Forus X - de V. S." (03)

Según el Diccionario de Derecho Romano los testigos son:

"Los que presencian un hecho y puedan dar cuenta de él, pero - para que puedan percibir los hechos y dar cuenta de ellos, se nece - sita que tengan capacidad natural o civil, según las condiciones - sean exigidas por la naturaleza o por la ley." (04)

El autor argentino Guillermo Cabanelas da las siguientes defi-
niciones de testigo:

"Quien ve, oye o percibe por otro sentido algo que no es parte
y que puede reproducir de palabra o por escrito, o con signos.

Persona que debe concurrir a la celebración de ciertos actos -
jurídicos, en los casos así señalados por la ley o requeridos por-
los particulares, para solemnidad del mismo, poder dar fe y servir
de prueba.

Persona fidedigna de uno u otro sexo la cual debe manifestar -
la verdad o falsedad de los hechos controvertidos." (05)

Carnelutti opina que testigo "...puede ser tanto la parte co-
mo un tercero. En nuestro lenguaje jurídico la voz testigo se re-
serva para la designación del tercero que aporta testimonio, pero-
una amplia reconstrucción científica muestra la entidad funcional-
y estructural de la declaración representativa de la parte y del -
tercero. Aconseja por tanto, comprender una y otra en la noción --
del testimonio. Desde un punto de vista terminológico se deberá, --

(03).- Caravantes José de Vicente, "Tratado histórico, filosó-
fico...", s. e., s. Ed., Madrid. 1856. pág. 216

(04).- Fernández de León Gonzalo, "Diccionario de derecho roma-
no", s. e., Ed. Sea, Buenos Aires, 1962.

(05).- Cabanelas Guillermo, "Diccionario de derecho usual", --
11^a ed., Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1934.

pues, advertir que la palabra "testimonio" puede usarse en dos -- sentidos; en sentido lato, para comprender en ella toda declarac-- ción representativa, tanto de la parte como del tercero; en senti-- do estricto, para designar solamente esta última." (06)

En la doctrina francesa, Planiol define al testigo como:

"Una persona que ha estado presente por casualidad o a instan-- cia de las partes al verificativo de un hecho contradicho y que -- puede por consiguiente, afirmar al juez su existencia, la manera-- como se verificó y sus resultados." (07)

Baudry Lacantinnerie y Barde resumen diciendo que se llama -- testigo;

"a la persona que ha percibido directamente por sus propios -- sentidos el hecho controvertido." (08)

Colín y Capitant, específicamente llaman testigos testamenta-- rios:

"a los que concurren al otorgamiento de algún testamento." -- (09) A su vez aclaran que la concurrencia de testigos para el o-- torgamiento de un testamento tiene la cualidad de solemnidad nece-- saria.

El argentino Guillermo Cabanelas dice que es testigo en los -- testamentos:

(06).- Carnelutti Francisco, "Sistema de derecho procesal ci-- vil", s. e., Ed. Uthea, Buenos Aires, 1944. pág. 410

(07).- Planiol, citado por Mateos Alarcón en "Estudios sobre-- las pruebas en materia civil...", s. e., Ed. Cárdenas-- Editor, México, 1971. pág. 172

(08).- Baudry Lacantinnerie, citado por Mateos Alarcón, op. -- cit., pág. 172

(09).- Colin y Capitant, "Curso elemental de derecho civil", -- 3a. ed., Ed. Reus, Madrid, 1951. pág. 221

a.- "El que con carácter instrumental, cuando interviene notario u otro fedatario público, o exclusivamente en casos especiales, en unión de un testigo más, es requerido por la ley o costumbre en número y en las condiciones señaladas para la validez del testamento.

b.- El de conocimiento, cuando el notario o los testigos instrumentales no estaban al tanto de la identidad del testador." -- (10)

Entre los juristas mexicanos se puede considerar la definición, que da el maestro Becerra Bautista, quien dice:

"Testigo es para nosotros, la persona ajena a las partes, la cual declara en juicio sobre los hechos relacionados con la controversia, conocidos por ella directamente a través de sus sentidos." (11)

El autor Rafael de Pina, recordando la distinción de Carnelutti entre testigo instrumental y testigo procesal, nos dice:

"El testigo testamentario es instrumental cuando se limita a intervenir en la redacción de un documento, (para asegurar la veracidad del mismo), es decir en la representación de un hecho --- mientras acontece, y no, en cambio para representar un hecho ya acaecido (como sucede con el testigo procesal)." (12)

De todas las definiciones expuestas anteriormente, concluimos que son cualidades de los testigos:

a.- Ser una persona fidedigna, capaz, natural y legal. De lo cual desprendemos que hay una serie de personas que no pueden te-

(10).- Cabanelas Guillermo, op. cit.

(11).- Becerra Bautista José, "El proceso civil en México", - 7a. ed., Ed. Porrúa, México, 1979. pág. 95

(12).- Pina Rafael de, "Elementos de derecho civil mexicano"- 10a. ed., Ed. Porrúa, México, 1980. pág. 332

ner el caracter de testigos por razones naturales o legales.

b.- Que hay distintas clases de testigos, tanto en el Derecho Sustantivo, como en el Derecho Adjetivo.

c.- Tratándose del Derecho Sustantivo deben ser personas capaces, no impedidas por la ley para concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos, en los que la misma requiera de su presencia.

d.- Desde el punto de vista del Derecho Adjetivo hay un hecho sobre la cual afirman o niegan.

e.- La materia del testimonio afecta las cualidades exigidas a los testigos.

f.- El hecho de presenciar los acontecimientos sobre los cuales afirman o niegan, o en los que la ley requiere su presencia.

2.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TESTAMENTO

En la presente sección, estudiaremos la evolución histórica, que ha tenido la intervención de los testigos en el testamento.

La institución del testamento, es una de las más lentamente elaboradas en la historia del Derecho. "En las primeras sociedades no pudo existir, porque ni en el mismo Derecho de sucesión tenía realidad. Luego surge ésta con la individualización del régimen de explotación patrimonial y adquiere un carácter necesario y familiar bajo la forma de sucesión en el patrimonio indiviso. Por eso puede hablarse cronológicamente, de una prioridad en la producción del concepto de sucesión intestada." (13)

2.1 DERECHO ROMANO

El Derecho Romano reconoció solamente en un principio la suce

(13).- Viollet, citado por Beneyto Pérez Juan en "Instituciones de derecho español", s. e., Ed. Bosch, Barcelona, 1930. pág. 106

sión intestada, atendiendo a las antiguas costumbres. Así la ley de las XII tablas, estableció tres formas de manifestar la sucesión en relación con los grupos familiares respectivos y posteriormente cuando existieron razones para derogar este tipo de normas, fue cuando el testamento hizo su aparición.

En Roma el Testamento fue una institución muy importante, ya que con él se designaba a la persona que iba a continuar la figura del Pater Familias y prueba de esto es que los romanos, desde tiempos muy remotos, establecieron que para que el testamento tuviera validez, era indispensable entre otras cosas, la institución del heredero. "La facultad de testar no era sólo un acto, el cual interesara únicamente al testador, sino principalmente al Estado, por tratarse de un acto que se ejercía en nombre de éste."

(14)

2.1.1 FORMAS DE TESTAMENTO

Una de las primeras formas que existió en el primitivo Derecho Romano fue el llamado "Testamento Comitibus Calatis, era público, solemne y considerado como un acto de soberanía en la que era partícipe un ciudadano romano, el cual disponía de sus bienes y sus derechos políticos, no como propietario, sino como partícipe de la soberanía del pueblo, pues con esto se consideró que se derogaba por medio de una ley especial, una ley general que regulaba la sucesión." (15)

Este testamento se hacía en tiempo de paz entre los comicios-

(14).- Fernández de León, "Diccionario de derecho romano", -- s. e., Ed. Sea, Buenos Aires, 1962. pág. 555

(15).- Ricci Francisco, "Derecho civil teórico y práctico", - tomo V, s. e., Imprenta Gabriel L. Horno, Madrid, s. f pág. 233.

calados, nombrados así a los comicios por curias y sólo podían asistir a ellos los patricios. La proposición que hacía el testador era aprobada por los comicios después de emitir su opinión favorable los pontífices, cuya intervención era necesaria en todos los actos de la vida romana." (16)

En este tipo de testamento podemos ver que no intervenían los testigos propiamente dichos.

Otro testamento que existió en el primitivo Derecho Romano fue el llamado "Testamento In Procintu", era realizado por los militares en tiempo de guerra. Observándose en el mismo la ausencia de los testigos.

Estos dos tipos de testamento pronto cayeron en desuso en la mitad de la época republicana, surgiendo el llamado testamento "Fer Aes Libram", basado en la mancipatio.

Este tipo de testamento fue creado para salvar las dificultades que surgían al otorgar testamento ante los comicios, especialmente porque éstos se reunían sólo dos veces al año y porque los plebeyos no podían asistir a ellos, el procedimiento que se seguía era el siguiente:

"A tal efecto el testador, fingiendo vender su patrimonio se presentaba ante el librepens y cinco testigos que representaban las cinco clases en que Servio Tulio dividió al pueblo romano.

En presencia de ellos el testador simulaba la venta del patrimonio, tocando la balanza con la moneda simbólica que el heredero le entregaba como si fuera el comprador, recibéndola éste como si realmente vendiera el patrimonio. Con esta venta simulada, el testamento adquiría el carácter de contrato." (17)

Aquí se puede ver que ya aparece y se regula su intervención -

(16).- Fernández de León, op. cit., pág. 556 y 557

(17).- Ibid., pág. 558

de los testigos testamentarios. En este testamento se encuentra la figura del "familias emptor" el cual se encargaba de la transmisión del patrimonio.

Otro tipo de testamento fue el llamado "testamento pretorio", con su aparición, se extingue por completo la figura del "Emptor - familias y el "Librepens".

"En el testamento pretorio se aumenta a siete el número de testigos y se les da un carácter unilateral, haciéndole perder la calidad de contrato tenida hasta entonces. Los testigos deberían depositar sus sellos, Justiniano para evitar fraudes ordenó que el nombre del heredero fuera escrito por mano del testador o de los testigos." (18)

En tiempos de Justiniano existieron los llamados testamentos públicos y los testamentos privados u ordinarios, siendo los primeros aquellos que se hacían con la intervención de una autoridad pública, entre éstos se encuentra el testamento judicial, en el cual el testador se presentaba ante la autoridad judicial, declarando ante la misma en forma verbal su voluntad, la cual era asentada en una acta, depositada posteriormente en los archivos del Estado.

Existió también dentro de los testamentos públicos el "testamento principi oblatum"...consistía en que el testador redactaba su última voluntad y remitía el documento al emperador, el cual mandaba se leyera en el Concilium Principis y posteriormente se debería archivar." (19)

En este tipo de testamento se puede notar la ausencia de los testigos.

Dentro de los testamentos privados existió el "testamento nun-

(18).- Ibid. pág. 558

(19).- Ibid. pág. 559

cupativo o abierto" era aquel en el que el testador manifestaba su última voluntad a los testigos y alguno de ellos lo podía escribir para recordar mejor las disposiciones testamentarias.

Otra forma de testar fue a través del llamado "testamento común" el cual presentaba las siguientes exigencias:

- a.- Su formulación debería de consumarse en un sólo acto.
- b.- Se reunía en forma simultánea a los testigos en presencia del testador.
- c.- La obligatoriedad de acabar el testamento el mismo día en que se comenzó.
- d.- No debería de haber interrupción durante su celebración.
- e.- No se verificaría ningún otro acto jurídico durante el tiempo que durara el acto.

f.- Se contaba con la presencia de siete testigos rogados para el acto, a los cuales se les prevenía y rogaba que oyeran con atención la última voluntad de quien iba a testar.

En Roma existieron también, los testamentos especiales o privilegiados. Eran aquellos que se utilizaban cuando el testador se encontraba en alguna circunstancia especial, en éstos se acostumbraba dispensar algunas de las formalidades requeridas para los testamentos comunes.

En opinión de Biondi Biondi, la presencia de los testigos testamentarios es pura formalidad, es reclamada "ad sollemnitatem", - "...ya que mientras el testamento escrito, la suscripción de los testigos imprime autenticidad al acto, en el testamento oral los testigos son llamados a documentar la voluntad del testador. El número de los testigos es distinto según el tipo de testamento y según la época, pero sin embargo siempre son cinco o siete." (20)

(20).- Biondi Biondi, "Sucesión testamentaria y donación", ---
8a ed, Ed. Bosch, Barcelona, 1990 pág. 248

Continua diciendo el autor citado; "...los testigos deben ser-
invitados para la utilidad del testador tener conciencia de la -
función que van a desempeñar, es necesaria su presencia simultánea
hasta el cumplimiento cabal del acto y deben encontrarse "in consp-
pecto testatoris", a fin de que puedan ver y oír al testador." --
(21)

El testador opina el autor referido, "...es libre de seleccio-
nar a sus testigos y cualquier persona podía serlo con tal de que-
no fuera declarada incapaz." (22)

En Roma había dos clases de incapacidades; la absoluta y la re
lativa. Según Fernández de León dichas incapacidades consistían en
lo siguiente;

"La incapacidad absoluta imposibilitaba para ser testigo en to
dos los testamentos a ella le precedía, la falta de capacidad natu-
ral; el impuber, el furioso, el mudo, el sordo, el sordo mudo y --
los pródigos, o por el contrario si se contaba con ésta en ocasio-
nes estaba limitada o negada por la ley; los esclavos, los malva--
dos, los indignos de testar, los condenados por delitos de concu-
sión y de adulterio, los infames, los apóstatas y ciertos herejes.
Tampoco podían ser testigos en el testamento las mujeres, dada la
poca intervención que tenían en los actos civiles." (23)

En cuanto a la incapacidad relativa, la tenían todos aquellos-
que podían tener interés directo en la herencia, tales como el he-
redero y las personas unidas a él por el lazo de patria potestad,-
los parientes del testador, porque se suponía podían ser parte in-
teresada, o porque fueran perjudicados en el testamento. Los lega-
tarios, en cambio si podían ser testigos.

(21).- Ibid. pág. 249

(22).- Ibidem

(23).- Fernández de León, op. cit., pág. 555

2.2 DERECHO ESPAÑOL

En el Derecho Español las principales formas de testar fueron las siguientes:

2.2.1 TESTAMENTO ABIERTO

El testamento abierto en el Derecho Español, según opina Cas--tán, ha pasado por las siguientes etapas:

a.- Fase Primitiva; caracterizada por la sencillez y facilidad de las formas testamentarias. Así el Fuero Juzgo habla del testamento abierto, hecho de palabra ante los testigos u otorgado por escrito con la firma del testador y alguno de los testigos. En el Fuero Real, además de este testamento ante testigos, se presenta la intervención del escribano.

b.- Fase Romana; se presenta con exagerado formulismo, en la clara recepción del Derecho Romano de los glosadores realizada por las partidas, éstas admiten el testamento abierto en su forma escrita y nuncupativa, exigiendo solemnidades que se mantenían como absolutamente necesarias para la validez del acto.

c.- Fase de Transacción; iniciada por el Ordenamiento de Alcalá, que modifica el régimen de la testamentifacción, en el sentido de una mayor sencillez. Admite la pluralidad de formas para el testamento abierto, estimándolo ante notario, ante cinco testigos vecinos. Una pragmática de Felipe II dada en 1566 la cual estableció que podía testarse ante siete testigos no vecinos, aún cuando se pudiesen encontrar en la misma localidad y hubiera escribano en la misma.

Al respecto el autor de referencia nos señala: "El Código Civil Español ha unificado las formas de testamento abierto, admitiendo sólo una normal "ante notario y tres testigos" y reduciendo la posibilidad de testar oralmente y sin intervención de notario,-

a dos casos excepcionales: peligro inminente de muerte y epidemia"
(24)

2.2.2 TESTAMENTO CERRADO

Este tipo de testamento según indica Beneyto, ingresó al Derecho Español a través de las Partidas; lo llamaban testamento hecho en "prioridad" y debía de otorgarse ante siete testigos, manifestando el testador que su última voluntad se hallaba contenida en el pliego cerrado que presentaba.

Este pliego o testamento cerrado podía ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, se utilizaba papel común, en el cual se expresaba, lugar, día, mes y año en el que se escribía. Si el testador lo escribía debería de rubricar todas las hojas y poner al final su firma después de salvar las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones. Si fuera otra persona la que lo escribiera a su ruego, el testador ponía su firma entera en todas las hojas y al pie del testamento. En caso de que el testador no supiere o no pudiera firmar, lo hará un testigo a su ruego, rubricando todas las hojas expresando la causa de la imposibilidad.

El papel en el cual se redactaba el testamento, se ponía dentro de una cubierta cerrada y sellada, de manera que no pudiera extraerse éste de aquella, sin dejar huella de violación. Siendo esencial la práctica de esta solemnidad para tener por válido el testamento cerrado.

Se sostenía que el pliego o testamento cerrado debía ser escrito en forma manuscrita, no afectando a su validez el idioma en que estuviere redactado.

El testamento cerrado que fuera considerado como nulo, por no haberse observado en su otorgamiento las formalidades prescritas -

por el Código Civil Español, en este caso sería válido como testamento ológrafo, siempre y cuando el testamento estuviera escrito y firmado por el testador, y cumpliera con las demás circunstancias requeridas en este tipo de testamento.

Durante todo el acto se debería contar con la presencia del Notario autorizante y los testigos.

El Notario y dos de los testigos autorizantes del testamento, deberían conocer al testador, y si no lo conocieran se identificaba su persona con dos testigos que lo conozcan y fueran conocidos por el mismo Notario y de los otros testigos (instrumentales). Los testigos instrumentales podían ser a la vez de conocimiento. No se precisa si los testigos de conocimiento sean conocidos del testador, bastando únicamente que conozcan a éste y sean a su vez conocidos por el Notario.

Se dió también el llamado testamento ológrafo, bajo la forma del testamento militar y de las llamadas memorias testamentarias.

También en el Derecho Español estuvo vigente el llamado testamento por comisario, sin embargo su campo de acción se vió limitada por los numerosos fraudes a que se prestaba.

2.2.3 TESTAMENTOS ESPECIALES

Otras formas de manifestación que tuvo el testador para expresar la transmisión de sus bienes, derechos, obligaciones. Fueron los llamados testamentos especiales, de entre los cuales cabe mencionar;

El testamento del ciego, el del enteramente sordo, el hecho en peligro de muerte, el otorgado en tiempo de epidemia, etc.

Es incuestionable que la intervención de los testigos en el Derecho Español, es requerida como una solemnidad del testamento.

A lo cual la ley española refiere; "los que no tengan dicha --

solemnidad de testigos, no harán fe, ni prueba en juicio, ni fuera de él."

El autor Gutiérrez Fernández, cita algunas sentencias dictadas en los recursos de "casación" que permiten ver cual era el carácter de la intervención de los testigos testamentarios, manifestándose el mismo de la siguiente manera:

"El objeto de intervención de los testigos en los testamentos no se llena del mismo modo en los abiertos, que en los cerrados, - puesto que los de los primeros tienen que enterarse y dar testimonio de cuanto en ellos se dispone, mientras que los de los segundos no son llamados, más que para oír la fórmula del otorgamiento, hecho aislado e independiente del contenido del testimonio." (25)

Según la Ley 1^a Tit. XVIII Lib. X se exige como solemnidad indispensable para la validez del testamento abierto o nuncupativo - ordenando; "...ante escribano público, que se hallen presentes --- tres testigos a lo menos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere y que tengan además las otras cualidades que el derecho requiere; y que exigiendo las leyes como solemnidad para la validez de los testamentos, la intervención de los testigos en el número - que las mismas prescriben, la falta de los que en el documento autorizado por el escribano aparezca haber intervenido con aquel carácter, no puede suplirse con otras personas de que no se hace mención en él, por más que se hubieran hallado presentes en aquel acto, pues aún cuando su testimonio pudiese constituir un medio ordinario de prueba en otro caso, no es suficiente ni admisible para subsanar el defecto de solemnidad requerida. (Sen. de 26 de Setiembre "Sic" de 1862)

(25).- Gutiérrez Fedz. Benito, "Cod. o estudios fund...", tomo III, 5a. ed., Lib. de Gabriel Sánchez, Madrid, 1878 págs 129.

(26).- Ibid. pág. 145

Con lo anterior apreciamos la importancia que en el Derecho Español se imprime a la calidad de testigo testamentario, pero para que su intervención pudiera ser considerada como válida era indispensable el tener la capacidad exigida por la ley.

Entre las incapacidades existentes hasta 1678, en el Código Civil Español para poder tener la calidad de testigo se encuentran - las siguientes;

Artículo 590 Código Civil Español:

No podrán ser testigos testamentarios:

- a.- Las mujeres.
 - b.- Los varones menores de edad.
 - c.- Los que no tengan la calidad de vecinos o domiciliados, en el lugar del otorgamiento, salvo los casos exceptuados por la ley.
 - d.- Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.
 - e.- Los que no entienden 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 de falso testimonio y los que estén sufriendo pena de interdicción civil.
 - h.- Los dependientes, amanuenses, criados o parientes dentro - del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante.
 - i.- Los herederos y legatarios instituidos en el propio testamento y los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, esta incapacidad sólo se consideraba tratándose de testamentos abiertos.
- No están comprendidos en esta prohibición los legatarios y sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.
- j.- Los que no sepan o no puedan escribir o firmar, están inca

pacitados en absoluto para intervenir como testigos en los testamentos notariales, pero si relativamente puesto que según el C. C. E., uno al menos de los tres testigos que intervienen en el testamento abierto y tres por lo menos de los cinco que intervienen en el testamento cerrado, han de saber y poder escribir o firmar.

Estas son las causas de incapacidad que el C. C. Español, establece para ser testigo en los testamentos, siendo necesario para que ellas operen, "...las mismas existan al tiempo de otorgarse dicho acto" (art. 683 y sig. C. C. E.)

"El Código Civil Español da a los testigos el carácter de autorizantes junto con el Notario, al señalar en su artículo 679, que en el testamento abierto. "el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben de autorizar el acto, quedando enterados de lo que en él se dispone." (27)

En el artículo 680 del Cód. Civil Español vigente hasta 1878, señala que en el testamento cerrado, el testador sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego -- que presenta a las personas, las cuales han de autorizar el acto.

Según el mismo ordenamiento el Notario y los testigos deben permanecer presentes durante todo el acto del otorgamiento del testamento y las formalidades se practicarán en un sólo acto.

Las formalidades testamentarias tienen carácter "ad solemnitatem" y no "ad probationem": Por ello no basta que conste conocida-- mente la voluntad del testador o que resulte demostrada por los medios ordinarios de prueba, pues para la validez del testamento es preciso que la última voluntad esté expresada de la manera y con los requisitos que establece la ley.

(27).- Ennecerus Ludwig Theodor Kipp, "Tratado de derecho civil", tomo V, "Derecho de sucesiones", 8a. ed., Ed. --- Bosch, Barcelona, 1930. pág. 107

Se consideraban como causas de nulidad de testamento, el no haber observado las solemnidades legales, entre otras; el no hacer la declaración de no poder indentificar la persona del testador, ni por medio de testigos de conocimiento, o no haberse identificado por medio de estos testigos si dos de los testigos instrumentales no conocían a la parte testadora, no otorgarse en un sólo acto no dar fe el Notario de la capacidad del testador y haberlo hecho observar y confirmarlo así los testigos.

2.3 DERECHO GERMANO

"El primitivo Derecho Germano no conoció el testamento, debido al carácter de comunidad familiar en que se basaba la sucesión de los pueblos bárbaros, donde el heredero no se elegía sino nacía, inclusive estos pueblos se valieron de la adopción, para solucionar el problema de la falta de hijos. Sin embargo cuando estos pueblos tuvieron contacto con los hispanoamericanos, empezaron a comprender las ventajas del testamento, pero quizás la mayor influencia que se tuvo para que dichos pueblos la adoptaran fue la influencia canónica. La iglesia tuvo un gran interés en que estos pueblos acogieran el testamento al modo romano. Se puede decir que los primeros testamentos que existieron no fueron sino disposiciones "pro anima" y si pudo el clero oponerse a las tendencias de los grupos familiares." (28)

En el Derecho Civil Alemán se dan dos formas de testar, el testamento privado ológrafo y el testamento público el cual se celebraba ante un juez o un notario.

El testamento ológrafo, debe otorgarse mediante una declaración redactada y expresada de puño y letra del testador indican-

(28).- Beneyto, op. cit., pág. 109

do el lugar y día en que se hace.

En este tipo de testamento no aparece la figura del testigo.

El testamento público se otorgaba ante juez o notario. En el primer caso el juez debía de estar asistido de un actuario de la oficina o de dos testigos y en el caso del testamento ante notario éste debe hacerse acompañar de un segundo notario o de dos testigos.

Sin embargo y en relación al testamento público abierto la ley previno que a su otorgamiento no era requisito obligatorio la comparecencia de otra u otras personas aparte del testador, sino que era potestativo de éste hacerse acompañar de uno o varios testigos

Más sin en cambio, si se conserva la participación de los testigos, en los testamentos otorgados por mudos, sordos, ciegos, etc

En cuanto a la incapacidad de las personas que intervienen en este tipo de testamento notario, juez, testigos, etc. se puede opinar lo siguiente, considerando el criterio del autor Ennecerus.

a.- La incapacidad absoluta la tienen las personas que no saben escribir en virtud de que es necesaria la firma en el testamento, la cual no podía ser suplida por un signo, línea, etc. También la doctrina señala a los enfermos mentales, sordos, mudos, etc. -- considerandose también al ciego que no sabe escribir.

b.- En relación al otorgamiento de un testamento, tienen incapacidad relativa las siguientes personas: el cónyuge del testador y el pariente afín del testador en línea recta, o hasta el segundo grado en la línea recta.

c.- Otro tipo de incapacidad relativa es la que tiene la persona que este o haya estado casada con el notario o juez autorizante o bien, que sea su pariente o afín en línea recta o en el segundo grado de la colateral.

d.- También es incapaz la persona que sea designada en el tes-

tamento o cualquiera que tenga con ella algún tipo de parentesco - de los ya mencionados.

Cuando alguna de las personas adolece de algunas de las incapacidades relativas que se han mencionado e interviene en el testamento, son nulas sólo las disposiciones hechas en favor del incapaz, de su cónyuge o de su pariente en los grados antes indicados.

Siguiendo con el criterio del autor anteriormente señalado, resultan no ser idóneas para intervenir como testigos en un testamento;

a.- Los menores de edad.

b.- Aquel de quien se ha declarado la pérdida de derechos civiles honoríficos, por todo el tiempo que sufra tal privación.

c.- El que según, los preceptos de la ley penal, no tienen capacidad para prestar juramento como testigo.

d.- El que en su condición de criado esté al servicio del juez o notario autorizante.

Ninguna de estas personas debe intervenir como testigo en el otorgamiento de un testamento, pero su participación tampoco afecta al mismo de nulo.

Se establecen como obligaciones, de las personas que concurren al otorgamiento de un testamento, el estar presentes durante todo el acto y firmar la escritura debajo de la firma del testador.

Respecto de las formas testamentarias, el autor de referencia manifiesta;

"Las formas testamentarias tienen la misión de asegurar la prueba de la última voluntad, impulsar al testador a reflexionar y delimitar con señas externas las disposiciones en serio, de los planes provisionales ideas momentáneas y proyecto de fuerza de obligar. Los preceptos de forma no están exentos de una cierta arbitrariedad. Pero si por tal razón deben interpretarse de una mane

ra que son.

Es inadmisibles interpretarlas, principalmente de una manera -- restrictiva. Con cada omisión de un precepto de forma, se aleja -- uno del baluarte que el legislador ha querido crear contra falsedades y contra la validez de disposiciones impremeditadas y poco serias. Esto no debe ocurrir ni aun cuando crea uno estar seguro, ante un caso concreto, de la auténtica voluntad del testador. Uno de los testamentos que no se ajuste a los preceptos formales resulta ser nulo." (29)

Según la opinión antes referida, podemos decir que la intervención de los testigos en el testamento es tomada como una prueba de la última voluntad del testador y además como una solemnidad necesaria, sin la cual el testamento no podría tener validez en los casos en los que la ley exija su intervención.

2.3.1 FORMAS ESPECIALES DE TESTAR

En el Derecho Alemán también existen las formas especiales para testar, que pueden ser usadas cuando el testador se encuentra en las circunstancias específicas que previene la ley.

Cabe mencionar dentro de esta clasificación al testamento hecho en peligro de muerte, el cual debía hacerse ante la primera autoridad municipal, quien a su vez requería de la presencia de dos testigos.

El testamento hecho en un lugar de bloqueo es aquel que se hacía cuando el testador se encontraba en un lugar bloqueado por la propagación de alguna enfermedad, una inundación, disturbios, etc. este testamento se realizaba de la siguiente manera:

(29).- Binder Julius, "Derecho de las sucesiones", s. e., Ed.- Labor, Barcelona, 1953. pág. 353

- 1.- Ante la autoridad del lugar y dos testigos y
- 2.- Por la declaración verbal ante tres testigos.

En estos tipos de testamento, a los testigos se les aplican -- las mismas reglas que para el caso del testamento público ordinario.

El testamento marítimo, es otro de los testamentos especiales-este tipo de testamento se otorga cuando el testador se encuentre en un viaje marítimo a bordo de un buque alemán y fuera de un puerto nacional. Este testamento debía otorgarse mediante declaración verbal ante tres testigos.

2.4 DERECHO FRANCÉS

En el Derecho Francés según Colin y Capitant, la intervención de los testigos en el testamento tiene el carácter de una solemnidad para la validez del acto.

El mismo autor al hablar en general de las solemnidades que rodean al testamento, expresando al respecto lo siguiente:

"El testamento es un acto solemne, es decir ciertas formalidades que la ley exige son requisitos necesarios para su validez y no sólo medios para probar su existencia. Lo es incluso el testamento ológrafo a pesar de las facilidades concedidas para su otorgamiento, pues exige requisitos sin los cuales no puede tenerse -- por existente aunque sea una verdadera manifestación de la voluntad del testador.

Revela el carácter solemne del testamento el artículo 587 del Código Civil Francés en el cual se especifica: "...será nulo aquel cuyo otorgamiento no se haya realizado observando las formalidades respectivas." (30)

(30).- Ennecerus, op. cit., pág. 98

Siguiendo al mencionado autor, se aprecia como el Código Civil Francés requiere que los testigos que intervienen en el testamento sean idóneos.

El ordenamiento antes señalado, dispone en su artículo 681 --- quienes no podían ser testigos en general en cualquier tipo de testamento, según las especificaciones siguientes:

a.- Las mujeres; sin embargo se admitía 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 hasta ese entonces no habían cumplido 23 años, sin embargo se admitía la excepción referida en el inciso anterior, en donde era válida la intervención de los mayores de 16 años.

c.- Los que no tenían 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 esten en su sano juicio.

g.- Los que hubieran sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos o privados o por el de falso testimonio y los que estuvieran sufriendo pena de interdicción civil.

h.- Los dependientes, amanuenses, criados o parientes dentro -- del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante.

Existe una incapacidad especial para los testigos que intervienen en el testamento abierto, es la que se refiere a los herederos o legatarios instituidos en el propio testamento, así como los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, sin embargo si el legado es de cosa mueble o de una cantidad de poca importancia, no quedan comprendidos los legatarios --

ni sus parientes. En esta prohibición no quedaban comprendidos tan poco los testigos de conocimiento.

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

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

Existen también los testigos de conocimiento que seran necesarios cuando el testador no sea conocido por los testigos instrumentales y el notario." (31)

Es incuestionable que muchas de las disposiciones mencionadas anteriormente son muy similares a las contenidas en el Derecho Mexicano.

2.5 DERECHO MEXICANO

Los Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y 1884, contienen en materia de testamentos disposiciones prácticamente idénticas a las ya referidas en los dos últimos puntos anteriormente tratados, debido a la marcada influencia que las legislaciones civiles española y francesa tuvieron en el Derecho Mexicano.

Los códigos en cuestión daban a los testigos testamentarios el carácter de autorizantes del acto junto con el notario al decir:

"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." (32)

En cuanto a las incapacidades para ser testigos, los ordenamientos legales mexicanos ya mencionados, señalaban:

No pueden ser testigos en el testamento:

- 1.- Los amanuenses del notario que lo autorice;
- 2.- Los ciegos y los que no entienden el idioma del testador;
- 3.- Los totalmente sordos o mudos;
- 4.- Los que no esten en su sano juicio;
- 5.- Los que no tengan la calidad de domiciliados, salvo en 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.

A través de estas disposiciones, podemos darnos cuenta como -- las incapacidades han sido influencia de los Códigos Francés y Español en el Derecho Mexicano.

Los testigos en el testamento público abierto deberían de firmar el instrumento junto con el testador y el notario, cuando algu no supiere escribir firmará otro testigo a su ruego, debiendo constar siempre la firma de dos testigos cuando menos. En el ca so de que el testador no supiera firmar, firmaría un testigo a su ruego y sólo en caso de suma urgencia podría firmar uno de los ins trumentales.

CAPITULO II

EL TESTAMENTO EN LA LEGISLACION CIVIL EN EL DISTRITO FEDERAL

Para poder ubicar el tema central de este trabajo, "el de los testigos testamentarios" consideramos fundamental abordar en términos generales el tema del "testamento"

1.- DEFINICION DE TESTAMENTO

El Diccionario de la lengua española da la siguiente definición de testamento: "declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de bienes y de asuntos que le atañen, para después de su muerte." (01)

En el Derecho Romano, se encuentran dos importantes definiciones de testamento las cuales son:

a.- La de Modestino: "Testamentum est voluntatis nostrae justa setestia, de eo quod quis post mortem suam, fieri volit (Dig. Lib. XXVIII, Tit. 1^o Ley 1^a) Una justa disposición, decisión, de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho para después de su muerte.

b.- La de Ulpiano: "(Regla XX, 1)... est mentis nostrae justa-contestatio, in id solameniter facta, ut post mortem nostram valeat. Una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de la muerte." (02)

Para Bonnacase el testamento es:

a.- "Es un acto jurídico solemne cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor, su voluntad para la época que sigue a -

(01).-"Diccionario de la lengua española"

(02).- Modestino y Ulpiano, cit. por Antonio de Ibarrola en --

"Cosas y sucesiones", 4a. ed., Ed. Porrúa, México, 1977

pág. 550

su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario como ex trapecuniario.

b.- Es esencialmente revocable; en él, el testador a nada se obliga.

c.- No es necesario que englobe todos los bienes del difunto.- Ha mucho tiempo quedó derogado el la legislación positiva el principio romano de -Nemo partim testatus et partim intestatus decedere potest.

d.- Surte efectos únicamente en caso de muerte, mortis causa; entre tanto, el heredero sólo le confiere una expectativa de derecho." (03)

Sánchez Roman lo define diciendo; "Es un acto jurídico mortiscausa, personalísimo y singularmente individual y unilateral otorgado por la persona con la capacidad especial legalmente necesaria y con sujeción estricta a las formas de la ley, esencialmente revocable hasta su muerte, por virtud del cual declara su última voluntad acerca de la disposición de todos o parte de sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles y de cuantas otras manifestaciones de aquella, se establezcan en el mismo, aunque no tengan aplicación patrimonial." (04)

Scaevola, da también una definición de testamento en el siguiente sentido:

Testamento; "es el acto espontáneo, personal, solemne y revocable, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley, dispone para después de su muerte, tanto de una fortuna como de todo aquello que, en la esfera social en que vive,

(03).- Bonnacase, cit. por Ibarrola, op. cit., pág. 550

(04).- Sánchez Román, cit. por Polacco en "Las sucesiones", -- s. e., Imprenta la Propagandista, la Habana, 1931. ----

su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario como ex trapecuniario.

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

c.- No es necesario que englobe todos los bienes del difunto.- Ha mucho tiempo quedó derogado el la legislación positiva el principio romano de -Nemo partim testatus et partim intestatus decedere potest.

d.- Surte efectos únicamente en caso de muerte, mortis causa; entre tanto, el heredero sólo le confiere una expectativa de derecho." (03)

Sánchez Roman lo define diciendo: "Es un acto jurídico mortis-causa, personalísimo y singularmente individual y unilateral otorgado por la persona con la capacidad especial legalmente necesaria y con sujeción estricta a las formas de la ley, esencialmente revo cable hasta su muerte, por virtud del cual declara su última volun tad acerca de la disposición de todos o parte de sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles y de cuantas otras manifestaciones de aquella, se establezcan en el mismo, aunque no tengan aplicación patrimonial." (04)

Scaevola, da también una definición de testamento en el siguiente sentido:

Testamento: "es el acto espontáneo, personal, solemne y revoca ble, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley, dispone para después de su muerte, tanto de una fortuna como de todo aquello que, en la esfera social en que vive,

(03).- Bonnacase, cit. por Ibarrola, op. cit., pág. 550

(04).- Sánchez Román, cit. por Polacco en "Las sucesiones", --

s. e., Imprenta la Propagandista, la Habana, 1931. ---

pág. 177

puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que a él le están unidas por cualquier lazo de interés." (05)

De Buen define al testamento de la siguiente forma, "...declaración unilateral de voluntad y solemne por el que una persona manifiesta su voluntad para que se cumpla después de su muerte." (06)

El Código Civil del Distrito Federal de 1884, en su artículo - 3237 definió al testamento diciendo: "es un acto por el cual una - persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos." (07)

Consideramos que la anterior definición no parece ser acertada debido a que el testamento no siempre es solo un acto de disposi-- ción de bienes, sino que muchas veces, pues además de hacer trans-- misión de bienes, también se hacen declaraciones de paternidad, re conocimiento de deudas o perdón de las mismas, etc.

Actualmente el Código Civil del Distrito Federal, define al -- testamento en su artículo 1295.- testamento; "es un acto personalí-- simo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de-- sus bienes, derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte."

De las definiciones anteriormente expuestas, concluimos que -- las características más relevantes de las mismas son:

- a.- Es un acto jurídico.
- b.- Es un acto de carácter unilateral.
- c.- Es personalísimo.
- d.- Es un acto solemne.
- e.- Es revocable y

(05).- Scaevola, cit. por *ibid.* pág. 177

(06).- de Buen, cit. por *ibidem*

(07).- Polacco, *op. cit.*, pág. 177

f.- Es un acto mortis causa.

2.- ELEMENTOS ESENCIALES

"Al testamento se le puede encuadrar dentro de la categoría de los actos jurídicos expresión o declaración dirigida a producir -- efectos jurídicos, es en lo que se distingue de los simples hechos jurídicos, en donde la expresión de la voluntad es irrelevante." -- (08)

En efecto en el momento en que una persona otorga su testamento, lo hace con la intención de que éste produzca sus efectos jurídicos después de su muerte o sea que interviene la voluntad de producir efectos jurídicos, que es el elemento esencial para que exista el acto jurídico.

Es unilateral, debido a que es una declaración de voluntad por parte de una persona, la cual no necesita para perfeccionarse, ni para producir sus efectos, de ninguna otra declaración de voluntad ajena al testador, este carácter unilateral lo reconoce el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1297.

Es personalísimo en razón de que es la declaración de la voluntad del testador, la cual no puede ser emitida por ninguna otra -- persona, ni admite representación alguna, lo que se ve confirmado por los artículos 1295 y 1297 de la legislación referida anteriormente.

Es un acto solemne porque se le ha rodeado de una serie de formalidades indispensables para la exteriorización de la voluntad, -- es decir requisitos tan primordiales. Tratándose del testamento no son simplemente para revestir el acto de una forma determinada y --

(08).- Clement. Diego F., "Instituciones de derecho civil español", s. e., Publicaciones de la residencia de estudiantes, Madrid, 1932. pág. 25

después poderlo probar, sino que entran en composición con el acto mismo, una forma de ser del propio acto, por lo que en realidad se trata de verdaderas solemnidades.

De acuerdo con lo anterior, "...en el caso de que faltara alguna de las solemnidades al testamento, éste se tiene como jurídicamente como inexistente, aunque la ley habla de nulidad en el artículo 1491 del ordenamiento antes citado." (09)

El ordenamiento en consulta, en sus artículos 1310, 1319 y 15-20, habla de solemnidades en relación con el testamento.

El testamento es también, un acto esencialmente revocable, por la razón de que al surtir todos sus efectos a partir del momento - de la muerte del testador, la voluntad de éste puede ser cambiada hasta antes de que suceda el acontecimiento.

El mismo Código en su artículo 1295 le reconoce ese carácter, - e incluso el artículo 1494 admite la revocación tácita, por medio del otorgamiento de un testamento posterior, revocación que producirá sus efectos, aunque el testamento posterior no surta sus efectos por la incapacidad o renuncia de los herederos o los nuevamente nombrados. A mayor abundamiento el artículo 1493 establece que es nula la renuncia a la facultad de revocar el testamento.

Finalmente se dice que es un acto "mortis causa" porque precisamente a la muerte del testador es cuando el testamento produce - sus efectos y adquieren eficacia las disposiciones en él contenidas. Este carácter lo resalta la parte final del multicitado ordenamiento en su artículo 1295.

(09).- Carral y de Teresa Luis, "Derecho notarial y registral"
4a. ed., Ed. Porrúa, México, 1978. pág. 139

3.- CAPACIDAD JURIDICA PARA OTORGAR TESTAMENTO

En cuanto a la capacidad jurídica para otorgar el testamento, - el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1305, establece la regla general de la capacidad, señalando que la tienen to dos aquellos a quienes la ley prohíba el ejercicio de ese derecho. Las excepciones a esta regla general las establece el artículo --- 1306, las cuales a la letra dicen:

Estan incapacitados para testar:

- 1.- Los menores de dieciseis años;
- 2.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su ca-
bal juicio.

Sin embargo la ley establece la posibilidad de que un demente - en un intervalo de lucidez pueda otorgar un testamento, siempre -- que se cumplan las prescripciones establecidas por los artículos - 1308 y siguientes del C. C. para el D. F., en la lectura de estos - preceptos, se incluye que el único tipo de testamento que puede -- otorgar un demente en un intervalo de lucidez es el testamento pú- blico abierto.

Según el artículo 1312 de la ley en consulta, la capacidad del testador debe establecerse precisamente al momento del otorgamien- to del instrumento. Por esta razón se considera de suma importan- cia la fecha y la hora en la que se otorga el testamento.

4.- FORMAS DE TESTAMENTO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO - FEDERAL

En este apartado abordaremos, la clasificación de las diferen- tes formas de testar que existen en el Derecho Civil vigente en el Distrito Federal, haciendo breves reflexiones sobre cada una de -- ellas y tratando de definir sus características fundamentales.

De acuerdo con el artículo 1493 del Código Civil, el testamen-

to en cuanto a su forma se divide en dos clases: la forma ordinaria y la especial.

A propósito de esta división, Castán opina, "los testamentos ordinarios son aquellos que la ley regula para que sean otorgados en circunstancias y con las formalidades normales, por el contrario los especiales son los establecidos para casos excepcionales - en los que no sería posible hacer uso de las formas normales y ordinaria de testar." (10)

El testamento ordinario según el artículo 1500 del propio Código, puede ser de tres formas:

- 1.- Público Abierto
- 2.- Público Cerrado
- 3.- Ológrafo

Y de conformidad con el artículo 1501 del mismo ordenamiento, el testamento especial puede ser:

- 1.- Privado
- 2.- Militar
- 3.- Marítimo
- 4.- Hecho en país extranjero

4.1.1 TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

El artículo 1511 del Código Civil define al testamento público abierto como aquel que se otorga ante notario público y tres testigos idóneos.

Es público porque se otorga en un instrumento público, ante una persona investida de fe pública y es abierto porque la voluntad del testador expresada por medio del testamento, es conocida por el notario y los testigos que en él intervienen.

(10).- Castán Tobeñas, cit. por Pina Rafael, "Elementos de derecho civil", 10^a ed., Ed. Porrúa, México, 1980. p. 122

La intervención del notario y los testigos es característico en este tipo de testamentos, sin embargo en el presente capítulo omitimos toda referencia respecto de los testigos testamentarios, ya que siendo el tema central de nuestra investigación, lo trataremos en los capítulos posteriores en los cuales hemos de mencionar los requisitos de su intervención, sus características fundamentales, naturaleza, etc.

Según el artículo 1512 del Código en estudio, el testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al notario y a los testigos.

El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que el testador manifieste su conformidad con el documento.

Para entender cabalmente esta disposición, es necesario apreciar que es lo que debe entenderse por "redactará por escrito".

Al respecto exponemos algunas opiniones de ciertas tratadistas.

Laurent, expone su opinión como sigue: "las actas notariales -- por lo general, no son dictadas por las partes, el notario o su dependiente las redactan según las indicaciones que reciben; las partes sólo figuran en el acto por su firma; por el contrario, el testamento lo dicta el testador y el notario escribe lo que se le dicta. El testamento debe ser la expresión libre, espontánea de la voluntad del testador; una de las garantías que la ley ha establecido para asegurar que el acta es en realidad, lo que debe ser, el testador es el autor directo y exclusivo de sus disposiciones.

El notario sólo interviene como secretario, para dar autenticidad a las disposiciones dictadas por el testador." (11)

(11).- Laurent, cit. por el Lic. Mtz. Madero en la "Revista de derecho notarial" (Méx. D. F.) Año XIX No. 61 pág. 36

Baudry Lacantinierie opina; "...el Notario debe escribir tal - como le es dictado, ¿Quiere decir que el Notario debe reproducir - servilmente las mismas expresiones que se ha servido el testador ? La negativa es cierta, desde el punto de vista de la claridad y la corrección, puede haber interés en que la redacción del Notario di fiera un poco del dictado del testador. Lo que debe reproducirse - con fidelidad es principalmente el pensamiento del que dispone. La ley hace del Notario que tiene la pluma, el secretario del testa-- dor, pero no le prohíbe que sea un secretario inteligente." (12)

Pacifici Mazzoni, en sus instituciones de Derecho Civil Italia no dice: "...el reducir a escrito la declaración de la voluntad -- del testador, consiste en la reproducción no de todas y cada una - de las palabras dichas por el mismo, sino de la substancia de la - declaración misma." (13)

Al estudiar el artículo 3499 del Código Civil de 1884, encon-- tramos la equivalencia al artículo 1512 del Código Civil vigente - en el D. F., el Lic. Martínez Madero considera en relación a la -- opinión de Laurent que "...en el Derecho jamás se ha entendido de esa manera; los testamentos frecuentemente se hacen por hombres po co ilustrados en materia jurídica que no conocen el sentido y al - alcance de los términos jurídicos por lo que no se puede obligar - al Notario a escribir como autómatas lo que dice el testador, preci-- samente por su seguridad misma." (14)

Consideramos acertada esta observación y también la opinión de Baudry Lacantinierie, ya que lo que se pretende en el citado artícu lo, es que el notario al redactar el testamento exprese fielmente- la voluntad del testador, y así lo dice expresamente en la misma -

(12).- Baudry Lacantinierie, cit. por; ibid., pág. 37

(13).- Pacifici Mazzoni, cit. por; ibidem.

(14).- Martínez Madero, op. cit., pág. 38

frase al decir "redactará por escrito las cláusulas del testamento SUJETANDOSE ESTRICTAMENTE A LA VOLUNTAD DEL TESTADOR"

A mayor abundamiento, el Código Civil de 84 decía en su parte-conducente lo siguiente:

"Se dictará de un modo claro y terminante por el testador en presencia de los testigos y el Notario; éste radactará por escrito las cláusulas."

El Código Civil vigente cambió la palabra "dictará" por la de "expresará" ya que el mismo legislador ha querido que el testamento no sea un mero "dictado" donde el Notario reproduzca servilmente, (como si fuera un secretario del testador) lo que éste le dicta, sino que el Notario redacte el testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, expresada de manera clara y terminante.

Si este precepto no se entiende de esa manera, que objeto tendrían los artículos 13 fracción II y 33 de la Ley del Notariado al decir el primero, que para ser Notario se requiere ser Licenciado en Derecho y el segundo refiere al Notario en el ejercicio de sus funciones orientará y explicará a los otorgantes el valor y las -- consecuencias legales de los actos que vayan a otorgarse ante él.

De estos artículos podemos concluir que siendo el Notario un perito en Derecho, tiene el deber de orientar a las partes en materia jurídica, lo que debe cumplirse con más razón en los testamentos, por la trascendencia que tienen este tipo de actos.

Otro problema que presenta el citado artículo, es de si el Notario esta obligado a escribir personalmente el testamento en el protocolo.

Se considera que no existe precepto alguno que obligue al Notario a escribir por si las cláusulas del testamento, sino que puede hacerlo cualquier persona bajo su dirección y cuidado.

El artículo del Código Civil no debe entenderse en otro sentido, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto - que, "...los Notarios no están obligados a escribir de su puño y - letra el testamento público abierto, sino que basta que éste sea - redactado por escrito. (Ejecutoria de 14 de enero de 1928)." (15)

Acto seguido, el Notario leerá en voz alta el testamento para - que el testador manifieste su conformidad con él y en este caso -- firmarán todos el instrumento, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

Según el artículo 1513 del Código Civil si alguno de los testi - gos, no supiere escribir firmará otro por él, pero siempre debere - constar la firma entera de dos cuando menos.

El artículo 1514 del mismo Código, previene que en el caso de - que el testador no sepa o no pueda firmar, firmará otro testigo -- más a su ruego.

En relación con esto es conveniente citar el artículo 62 de la - Ley del Notariado que señala las formalidades que han de observarse en el otorgamiento de toda escritura y en su fracción XIII, in - ciso d, previene que en caso de que el otorgante no puede firmar, - además de que firme otra persona por el a su ruego, deberá de im - primir aquél su huella digital.

Se considera que en el otorgamiento de los testamentos, además de lo dispuesto por el artículo 1514, deberá de observarse lo que - previene la Ley del Notariado, por lo que el testador que no firme imprimirá su huella digital indefectiblemente.

El artículo 1515 señala que en caso de extrema urgencia y no - pudiendo ser llamado otro testigo para que firme por el testador, - firmará alguno de los testigos instrumentales haciéndose constar - esa circunstancia.

El numeral 1503 previene que en el caso de que el testador ig - (15).- Ibarrola, op. cit., pág. 571

nore el idioma del país, concurrirán en el acto dos intérpretes -- nombrados por él, los cuales firmarán el testamento.

El artículo 1518, establece el procedimiento que se debe seguir en el caso del artículo anterior.

Existe una incongruencia entre lo que dispone el artículo 1503 del Código Civil y lo enunciado por el artículo 67 de la Ley del Notariado, el cual previene que en el caso de que los comparecientes que consurran al otorgamiento de alguna escritura ignoren el idioma castellano, se asistirán de un intérprete nombrado por ellos, mientras el citado en primer término exige dos intérpretes.

A nuestro juicio consideramos más acertada la disposición señalada por el Código Civil, respecto de lo anteriormente expresado -- en el párrafo que antecede, para tal efecto apoyamos nuestro punto de vista con el criterio expresado por Laurent, "...el testamento es una acta especial, por consiguiente cuando se ha establecido -- una forma para las actas notariales en general y la disposición -- análoga del Código sobre testamentos discrepa de la Ley del Notariado, siendo preciso atenerse a la disposición del Código Civil y no aplicar la Ley del Notariado, ...aquí el principio de la especialidad prevalece, porque tal es la voluntad del legislador."

(16)

De suma importancia resulta lo dispuesto por el artículo 1504 -- el cual establece la obligación tanto del Notario, como de los testigos que intervienen en un testamento, de cerciorarse de la identidad del testador y de que se encuentra en su cabal juicio y libre de coacción.

En relación con esta obligación el artículo 63 de la Ley del Notariado, establece los medios por los cuales el Notario hará constar la identidad de los comparecientes por medio de:

(16).- Laurent, cit. por Martínez Madero, op. cit., pág. 28

I.- La certificación que haga de que los conoce personalmente.

II.- Algún documento oficial, como tarjeta de identidad, pasaporte, carta de naturalización, licencia, etc.

III.- Mediante la declaración de dos testigos de identidad.

Según el artículo 1505 en el caso de que la identidad del testador no pudiere ser verificada, se declarará esta circunstancia - por el Notario o los testigos y se harán constar todos los datos - que sirvan para identificar al testador.

La falta de esta formalidad es sancionada por el diverso artículo 1506 y es la invalidez del testamento, pero a nuestro juicio- consideramos que más que invalidez, se trata de una inexistencia,- porque más que formalidad es una verdadera solemnidad sin la cual- el acto mismo no puede existir.

En relación al artículo 1306 fracción II, mencionada al hablar de la capacidad para otorgar testamento, es necesario que el testador en el momento de otorgar el testamento se encuentre en su cabal juicio y de acuerdo con el artículo 1504 el Notario y los testigos deben cerciorarse de algún modo de esta circunstancia.

De acuerdo con el artículo 64 de la Ley del Notariado para que el Notario haga constar que los otorgantes tienen capacidad legal, bastará con que en ellos no se observen manifestaciones de incapacidad natural y que no tenga noticias de que esten sujetos a incapacidad civil.

En relación con lo anterior, resulta conveniente ver lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado acerca de lo - que significa "Cabal Juicio"

TESTAMENTOS: "Capacidad para otorgarlos. Cabal Juicio. Es verdad que la Ley parte de una idea positiva de la capacidad del testador, al decir en el artículo 1306, fracción II, del Código Civil que estan incapacitados para testar los que habitual o accidental-

mente no disfrutaban de su cabal juicio. Sin embargo la dicción empleada en dicho precepto, sin pretención científica, tiene una amplia comprensión práctica y aún cuando el término "cabal" es sinónimo de lo completo, justo, acabado y exacto, en tal sentido no parece posible predicarse de la salud mental que como la física es raramente perfecta, también por cabal se entiende lo normal en cuya acepción, indudablemente, la ley emplea, refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos propios del acto verdaderamente humano, caracterizado porque se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer el fin que con el mismo se persigue voluntad que la falta de inteligencia vicia por no poderse querer lo que antes no es conocido y por ello el estado patológico natural por vía de demencia impide al testador hallarse en su cabal juicio como en el cual no se haya un testador en el momento de otorgar su testamento, si las pruebas revelan que en ese momento disfruta de discernimiento, conciencia y voluntad, por haber desaparecido el estado de confusión mental en que estuvo hasta dos días antes de dictar su disposición testamentaria.

Amp. Dir. 2444/69 Guadalupe Gleason de Quiroz, 22 de julio de 1974, 5 vot. Ernesto Solís López, Secretario, Ignacio Nieto K."
(17)

Otra de las características esenciales que tiene el testamento público abierto es lo que se conoce con el nombre de UNIDAD DEL ACTO O UNIDAD DE CONTEXTO..., exigida por el artículo 1519 del Código Civil el cual dice; las formalidades se practicarán acto continuo y el notario dará fe de haberse llenado todas.

(17).- "Compilación Alfabética, Semanario Judicial de la Federación, Tesis y Jurisprudencia", Séptima Época, Cuarta-Parte, Tercera Sala, Ocampo Editor, México, 1975 p. 353

Pero surge la duda acerca de lo que debe entenderse por "unidad del acto". Al efecto Ibarrola cita una ejecutoria de la Suprema Corte, misma en la que nos indica lo que debe entenderse por -- tal idea.

"La circunstancia de que los testigos hayan firmado un testamento en la pieza contigua a la que tuvo verificativo aquél, no es causa de nulidad del mismo, fundándose en que con ello se rompe la unidad del acto, porque tal hecho no afecta de modo esencial la voluntad del testador hecha constar en el testamento firmado por el mismo, ante el notario y los testigos después de manifestarse conforme su contenido, pues la ley al hablar de la unidad del acto, -- se refiere como es natural, a lo que es esencial, esto es a que la expresión de la última voluntad del testador no se haga en distintos momentos. (González López de León Carmen, S. C. J., Tomo ---- LVIII, 17 de octubre de 1938. pág. 742)." (18)

El artículo 1520 del Código Civil es muy severo en relación al testamento expresando; faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto y el notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además en la pena de -- pérdida de oficio.

La primera parte del artículo anterior, confirma lo que se ha dicho con anterioridad en el sentido de que las formalidades que -- han de observarse en el otorgamiento de los testamentos, especialmente en los testamentos públicos, son verdaderas solemnidades, cuya inobservancia hace que el testamento sea inexistente.

En relación con la segunda parte de éste numeral se puede ver -- a que graves consecuencias esta expuesto el notario que no observe las formalidades exigidas por el Código en el otorgamiento de los testamentos.

(18).- Ibarrola, op. cit., pág. 572

4.1.2 TESTAMENTO PUBLICO CERRADO

El testamento público cerrado es un testamento ordinario, es - definido por Rafael de Pina de la siguiente manera: "Testamento Pú blico Cerrado es aquel que escrito por el propio testador o por -- otra persona a su ruego en papel común, debe de presentarlo ante - un notario público para que recoja la declaración del testador de- que la expresión de su última voluntad se encuentra en el pliego - que va cerrado en el sobre que exhibe, para que se haga constar es ta declaración por acta notarial en el sobre de referencia." (19)

En cuanto a la capacidad del testador para otorgarlo, aparte- de la regla general de incapacidad para testar, mencionada ante--- riormente, existen incapacidades especiales para otorgar este tipo de testamento.

Según el artículo 1530 son incapaces para otorgar este tipo de testamentos los que no saben o no pueden leer.

Ahora bien, el sordo mudo podrá hacer este testamento siempre- que este escrito y fechado de su propia mano y que al presentarlo- al notario ante cinco testigos, escriba en presencia de todos so--- bre la cubierta, "que en aquel pliego se contiene su última volun- tad" la cual va escrita y firmada por el propio testador, de acuer- do con el artículo 1531.

El artículo 1533 previene que aquél, que sea solamente mudo o- sordo puede otorgar este tipo de testamento con tal de que este es crito de su puño y letra o si lo ha escrito otro, lo anote así el- testador y firme la nota de su puño y letra, observándose las de--- más solemnidades.

El testamento público cerrado según el artículo 1521 puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego y en papel - común.

El testador deberá rubricar todas las hojas y firmarlo al calce, pero en el caso de que no pueda o no sepa, podrá hacerlo otra persona, en este caso dicha persona concurrirá con él, a la presentación del pliego cerrado y el testador declarará esta circunstancia, debiendo firmar la mencionada persona, la cubierta con los testigos y el notario.

El testador de acuerdo con el artículo 1524 exhibirá el papel, en el que consta por escrito el testamento ante el notario, en presencia de los testigos y deberá estar cerrado el sobre en el que se exhibe el mismo, además sellado, o en su caso el testador lo hará cerrar y sellar en el acto del otorgamiento.

Al hacerse la presentación el testador declarará que en aquél pliego, obra su última voluntad.

El notario dará fe del otorgamiento con la expresión de las solemnidades antes descritas, lo cual deberá hacerse constar en la cubierta del testamento, la que será firmada por el testador, testigos y el notario, quien además pondrá su sello de autorizar.

Siempre deberán de constar por lo menos tres firmas de los testigos, aunque alguno no sepa o no pueda hacerlo, pues en tal caso se llamará a otra persona.

En el caso de que el testador no sepa firmar lo hará otra persona, sin que lo pueda hacer alguno de los testigos. En caso de suma urgencia lo podrá hacer alguno de los testigos ya por el testador o por el notario.

En todo caso el notario hará constar dichas circunstancias, porque de lo contrario existe para él una pena de suspensión de oficio por tres años.

El artículo 1534 establece la sanción de que el testamento que dará sin efecto cuando no se cumplan las formalidades anteriores.

Además dicho artículo hace responsable al notario en los térmi

nos del artículo 1520.

Una vez que se ha cerrado y autorizado el testamento por el no tario, éste sera entregado al testador. El notario deberá poner ra zón en el protocolo del lugar, día, hora, mes y año, en que fue au torizado el testamento.

El testador podrá conservar su testamento o bien depositarlo - con una persona de su confianza o en el archivo judicial cumpliéndose las formalidades que exigen para el deposito, los artículos -- 1538 y siguientes.

Los artículos 1542 y siguientes establecen la necesidad de rea lizar ante el juez, con posterioridad a la fecha del fallecimiento del testador, unas diligencias de apertura y protocolización del - testamento en donde deben concurrir, el notario y los testigos que intervinieron, a ratificar sus firmas y la del testador. A decla-- rar que en su concepto el testamento se encuentra cerrado y sellado como lo estuvo en el acto de entrega.

Si no pudieran comparecer ante el Juez, el notario y los testi gos se observará lo que previenen los artículos 1544 y 1545.

Según el artículo 1547 una vez que se hayan cumplido los requi sitos anteriores, el Juez decretará la publicación y protocoliza-- ción del testamento.

El artículo 1548 establece que el testamento quedará sin efecto siempre que se encuentre, roto el pliego interior o abierto el- que forma la cubierta o borradas, raspadas o enmendadas las firmas

Por esta razón entre otras, es más recomendable hacer el tes- tamento público abierto, debido a que el testamento cerrado por el transcurso del tiempo queda expuesto a sufrir los deterioros pre-- vistos en este artículo.

El artículo 80 de la Ley del Notariado establece la obligación del notario ante quien se otorgue un testamento público abierto o-

público cerrado, de dar aviso a la Sección del Archivo de Notarías a la Dirección General del Registro Público de la Propiedad. En es te aviso se deberá de expresar lo siguiente:

- a.- Fecha de otorgamiento del testamento;
- b.- Nombre y generales del testador;
- c.- En caso de que se trate de testamento cerrado se expresará además la persona en cuyo poder se haya depositado.
- d.- Si el testador expresa ante el notario el nombre de sus pa dres, también se dará ese dato a la sección.

Así mismo se establece la obligación a los notarios y jueces - ante quienes se tramite una sucesión, la de recabar informes pre- vios de dicha sección.

4.1.3 TESTAMENTO OLOGRAFO

Es otra de las formas ordinarias para testar, prevenida en --- nuestro Código Civil.

En materia de testamento ológrafo el Código Civil, en su artículo 1550 se establece. Testamento Ológrafo es aquel que es escrito de puño y letra del testador.

Este tipo de testamento no producirá efecto legal alguno si no están depositados en el Archivo General de Notarías.

Es decir que su deposito en dicha dependencia es un presupues- to "sine qua non" que sea legalmente válido.

El Juez o Notario ante quien se tramite una sucesión, esta --- obligado a girar un oficio a dicha dependencia, para el efecto de- saber, si el de cuyus, no deposito algún testamento ológrafo.

Las formalidades de este tipo de testamento son;

Deberá ser escrito totalmente por el testador, quien lo firma- rá con expresión del día, mes y año en que se otorgue. En el caso- de extranjeros lo otorgarán en su propio idioma.

En el caso de que contenga palabras testadas, enmendadas o entrerrenglonadas siempre deben ser salvadas por el testador bajo su firma, sino se observa esta formalidad se afectará la válidez de dichas palabras.

Según el artículo 1553, este testamento se hará por duplicado, imprimiendo el testador su huella digital en cada ejemplar. Ambos ejemplares se guardarán dentro de sendos sobres cerrados y lacrados; el que contenga el original se depositará en el Archivo General de Notarias, personalmente por el testador, quien si no es conocido del jefe de esa dependencia, presentará dos testigos de --- identidad.

En el sobre en el cual se guarda el testamento, según el artículo 1554 del Código Civil, el testador pondrá la nota "dentro de este sobre se contiene mi testamento".

De acuerdo con el artículo 1556 en el caso de que el testador-estuviere imposibilitado para hacer personalmente la entrega, el -encargado de la oficina correspondiente deberá de concurrir al lugar en que se encuentre el testador, para cumplir con las formalidades del depósito ya referidas anteriormente. Hecho el depósito el encargado de la citada dependencia tomará nota de él, en el libro-respectivo, conservando el original bajo su directa responsabilidad.

En el sobre cerrado que contenga el duplicado, según lo dis---puesto por el artículo 1555 del Código Civil, el encargado de la -oficina pondrá la constancia a que se refiere dicho precepto.

Posteriormente se pondrá el lugar y la fecha en la que se extiende la constancia, la firma del testador y en su caso la de los testigos.

El testador tiene derecho de retirar del Archivo General de --Notarias cuando así lo desee su testamento personalmente o por medio de mandatario con poder especial, de acuerdo con el artículo -

1533 del Código Civil.

Para que este tipo de testamento pueda surtir sus efectos es indispensable que a la muerte del testador, el juez competente observando lo prevenido por los artículos 1560 y siguientes declare formal dicho testamento.

4.2 TESTAMENTOS ESPECIALES

"Existen también además de las formas ordinarias de los testamentos formas especiales, que las previene el artículo 1501 del Código Civil. Este tipo de formas obedece a la necesidad de que las formalidades o solemnidades ordinarias sean dispensadas en razón de las circunstancias especiales en que se encuentra el testador en el momento del otorgamiento del testamento." (20)

4.2.1 TESTAMENTO PRIVADO

Entre las formas especiales para testar se encuentra en primer lugar el testamento privado, que es aquel en que el testador declara su voluntad en presencia de cinco testigos idóneos y uno de ellos deberá redactarlo, si el testador no lo pudiere escribir.

Cuando ninguno de los testigos sepa escribir no será necesario que se redacte por escrito y en caso de suma urgencia bastará el testimonio de tres testigos idóneos.

Para que se pueda otorgar este tipo de testamento según el artículo 1566 es necesario que al testador no le sea posible hacer un testamento ológrafo y que se encuentre en alguno de los casos que previene el artículo 1565 siendo éstos:

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

(20).- Colin y Capitant, op. cit., pág. 43

el testamento;

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

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

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

Según el artículo 1571 el testamento privado sólo surtirá sus - efectos, cuando el testador fallece de la enfermedad o el peligro - en que se hallaba o dentro de un mes de desaparecida la causa que - lo autorizó.

Otro de los requisitos para que surta sus efectos el menciona - do testamento, es que el juez lo declare formal siguiendo los li - neamientos que marcan los artículos 1574 y siguientes de la multi - citada legislación.

4.2.2 TESTAMENTO MILITAR

Otra de las formas especiales que prevee el Código Civil es el - llamado testamento militar.

De acuerdo con el artículo 1579, el testador debe declarar su - voluntad ante dos testigos o bien entregar a los mismos, un pliego - cerrado en el cual se contenga su última voluntad, debiendo estar - el mismo firmado de su puño y letra.

Este tipo de testamento sólo se puede otorgar cuando el mili - tar es asimilado al ejército, haciendo su disposición en el momen - to de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo - de batalla.

Una vez que ha muerto el testador, en caso de testamento escri - to, la persona en cuyo poder se encuentre el testamento, lo deberá

entregar al jefe de la corporación, quien a su vez lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional y está a su vez a la autoridad judicial competente.

En el caso de que haya sido verbal, los testigos instruirán de él al jefe de la misión se procederá de la manera anteriormente citada.

En todo caso se debe tener en cuenta lo dispuesto por los artículos 1571 a 1578, del Código Civil para el Distrito Federal.

4.2.3 TESTAMENTO MARITIMO

El testamento marítimo es otra de las formas especiales de testar prevista en el Código Civil.

Según los artículos 1583 y siguientes de la ley en consulta, pueden otorgar este tipo de testamento, aquellos que se encuentren en alta mar a bordo de navios nacionales.

Las formalidades para el otorgamiento de este tipo de testamento son:

1.- Deberá ser escrito ante el capitán del navio y en presencia de dos testigos, observándose las formalidades previstas en los artículos 1512 a 1519.

En caso de que el testador sea el capitán, hará sus veces la persona que le siga en el mando.

2.- Deberá hacerse por duplicado, conservándose entre los papeles más importantes de la embarcación y de él se hará mención en el diario o bitácora.

En relación a la entrega y depósito de este testamento se deberá de observar lo que disponen los artículos 1587 y siguientes.

Este testamento sólo producirá sus efectos legales falleciendo el testador en el mar o dentro de un mes de que desembarque, en donde haya podido ratificar u otorgar nuevamente su disposición

testamentaria ya sea conforme a las leyes mexicanas o extranjeras.

4.2.4 TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO

Por último el Código Civil en su artículo 1593 y siguientes, - contempla el llamado testamento hecho en país extranjero, que es - aquel que se otorga ante los secretarios de la legación, cónsules- y vicecónsules mexicanos, siempre y cuando se haya formulado de -- acuerdo con las leyes del país en donde se otorgó. En todo caso de be de observarse lo dispuesto en los artículos 1593 y siguientes -- del Código Civil.

CAPITULO III

LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS EN LA LEGISLACION CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

En el presente capítulo haremos una breve referencia del tratamiento, que nuestra legislación civil vigente da a los testigos testamentarios. Destacaremos la participación que tienen los mismos, en la formulación de alguna disposición testamentaria.

1.- CLASES DE TESTIGOS TESTAMENTARIOS

Existen en la legislación civil dos clases de testigos testamentarios;

- a.- Testigos de identidad.
- b.- Testigos instrumentales.

1.1 TESTIGOS DE IDENTIDAD

Sobre este tipo de testigos diremos, que son los que intervienen en los testamentos públicos y su función consiste en identificar al testador, cuando el otorgante no es conocido por el propio notario. Según disposición del artículo 1504 del Código Civil, tanto el notario como los testigos deben conocer al testador.

1.1.1 FUNCION

Ya se dejó asentado que los referidos testigos, tienen como única función la de identificar al testador cuando no es conocido por el notario. Este tipo de testigos no sólo intervienen en los testamentos públicos, sino que también pueden intervenir en los diversos tipos de instrumentos públicos; constituyendo uno de los medios que auxilian al notario, para hacer constar la identidad --

del compareciente. La intervención de los mismos está regulada por el artículo 63 fracción III de la Ley del Notariado.

1.1.2 REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR

El artículo 63 de la Ley del Notariado al respecto nos indica. "El notario hará constar la identidad de los comparecientes por -- cualquiera de los medios siguientes:

I.- ...

II.- ...

III.- Mediante la declaración de dos testigos idóneos, mayores de edad, a su vez identificados por el notario, quien deberá de ex presarlo así en la escritura."

Para que los testigos aseguren la identidad y capacidad del -- otorgante, deberán de saber el nombre y apellidos de éste, no observándose en él manifestaciones patentes de incapacidad natural y el de que no se encuentran sujetos a incapacidad civil.

Para lo cual el notario les informará a los testigos cuales -- son las incapacidades naturales y civiles. En substitución del tes tigo que no supiere o no pudiese firmar, lo hará otra persona elegido por éste, el primero de ellos imprimirá únicamente su huella digital.

En relación con este tipo de testigos el autor argentino Eméri to González opina lo siguiente:

"a.- Deben ser necesariamente conocidos por el escribano, ---- quien dará fe de esa circunstancia.

b.- Su tarea es asegurar la identidad de los comparecientes, -- como medio supletorio de la fe del conocimiento que debe dar el -- autorizante.

c.- Sólo actúan a requerimiento del escribano cuando éste no -- conoce a las partes intervinientes.

Su intervención en el acto instrumental es excepcional." (01)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado claramente la diferencia que tienen estos testigos con los instrumentales. Precizando la función de los testigos de identidad en la siguiente ejecutoria:

"1021 TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO, TESTIGOS INSTRUMENTALES Y DE IDENTIDAD EN EL.- La prohibición que alude la fracción VI del artículo 1502 del Código Civil no alcanza a los testigos de identidad.

Tanto el Código Civil como la Ley del Notariado del Distrito Federal, distinguen perfectamente entre testigos instrumentales y testigos de identidad; aquéllos son los que presencian el acto solemne del testamento, en presencia de quienes el testador dispone de sus bienes, instituye herederos y legatarios, nombra albacea y demás particulares del testamento; en cambio los testigos de identidad o de conocimiento se limitan a manifestar al notario que conocen al testador y que es la persona cuyo nombre le ha proporcionado, sin notar en él signos patentes de incapacidad natural e ignorar que este sujeto a incapacidad civil. El artículo 1515 del Código Civil dispone que en caso de extrema urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales cuando el testador no pudiere o no supiere escribir, en cuyo caso el artículo anterior ya había dispuesto que interviniera otro testigo, además de los instrumentales. Estos preceptos están denotando claramente que los testigos instrumentales sólo son aquellos, a los que alude la definición misma de testamento público abierto, consignada en el artículo 1511. La Ley del Notariado del Distrito Federal aclara con toda precisión cuales son los -

(01).- Emérito González Carlos, "Teoría general del instrumento público", s. ed., s. Ed., Buenos Aires, 1953. p. 261

testigos de identidad y su objeto, como puede verse en los artículos 14 fracción XI, 36 y 37, este último establece que los testigos de identidad podrán ser del sexo masculino o femenino, podrán ser mayores de dieciocho años y para identificar y dar fe de los otorgantes de la escritura correspondiente, bastará que sepan su nombre y apellido, que no observen en ellos manifestaciones patentes de incapacidad natural y que no tengan conocimiento de que están sujetos a incapacidad civil. Por tanto, estando establecida la distinción en la propia ley, entre unos testigos y otros carece de razón la Sala responsable al afirmar que la prohibición de la fracción VI del artículo 1502 del Código Civil comprenda a ambas especies de testigos, con base en el argumento de que en donde la ley no distingue, el juzgador no debe distinguir. La función e intervención de los testigos de identidad, no tienen más finalidad que la de identificar al otorgante, para que no exista la posibilidad de una suplantación de persona y para tener la certeza de que la manifestación de voluntad del otorgante corresponde realmente a la persona física que la exterioriza.

Es pertinente que la diferencia entre testigos instrumentales y de identidad, radica en que aquéllos atestiguan el acto que contiene la escritura y estos últimos tan sólo atestiguan la identidad del otorgante al notario.

Amparo Directo 2212/67 Sucesión Josefina Contreras Vda. de Gómez y Coaga, Marzo 29 de 1968, Unanimidad de 5 votos, Mtro. Mariano Azuela, 3a Sala.- Informe 1968." (02)

Podemos concluir de acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia, que la única función que desempeñan los testigos de identidad es precisamente la de identificar al otorgante del testamento, para que no exista la posibilidad de una suplantación

de persona. Siendo esta función de suma importancia, ya que el artículo 1506 del Código Civil describe, que mientras no se haya justificado la identidad del testador, el testamento no tendrá validez. Ahora bien, el artículo 1505 dice al respecto lo siguiente:

"Si la identidad del testador no pudiere ser verificada se declarará esta circunstancia por el notario o por los testigos en su caso, agregando unos u otros todas las señales que caracterizan a la persona de aquél."

Sin embargo su aplicación puede resultar peligrosa, ya que al agregar todas las señales que caracterizan a la persona del testador se puede incurrir en algún error y es más conveniente recurrir a la intervención de los testigos de identidad.

De acuerdo con el artículo 63 fracción III de la Ley del Notariado los requisitos que deben de reunir esta clase de testigos -- cuando intervienen en los testamentos, son los siguientes:

1.- Deben ser testigos idóneos, es decir que no deben de quedar incluidos en algunas de las incapacidades que señala el artículo 1502 del Código Civil.

2.- Deben ser mayores de edad y a su vez conocidos e 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.- Deberá de asegurarse de la identidad y capacidad del otorgante, cumpliéndose esto de la siguiente manera:

a.- Deberá de saber el nombre y apellidos del otorgante.

b.- No haber observado en el manifestaciones patentes de incapacidad natural.

c.- No tener conocimiento de que esta sujeto a alguna incapacidad civil.

d.- Deberá de firmar además junto con el otorgante.

1.2 TESTIGOS INSTRUMENTALES

Identificamos como testigos instrumentales, a aquellos que reuniendo los requisitos que la ley establece, concurren al otorga---miento de un testamento. Presenciando la manifestación de la volun---tad del testador y estando presentes durante todo su otorgamiento.

1.2.1 FUNCION

Se ha estatuido, como función de este tipo de testigo, la de ---presenciar el acto solemne del otorgamiento del testamento.

En cuya comparecencia el testador dispone de sus bienes nom---brando herederos, legatarios, designando albacea y demás particula---ridades del testamento.

Su finalidad primordial ha de consistir en atestiguar el acto---contenido en el testamento.

1.2.2 REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR

Para que los testigos puedan intervenir validamente en los tes---tamentos es necesario que tengan la capacidad necesaria que la ley exige. El Código Civil del Distrito Federal, no contiene disposi---ción alguna en la que se establezca quienes pueden ser testigos ---instrumentales en los testamentos. Por el contrario se sigue un ---procedimiento negativo, es decir se señala en el artículo 1502 de---la referida legislación, quienes no pueden ser testigos en los tes---tamentos. Por tanto, todas aquellas personas que no esten inclui---das en dicho precepto pueden validamente intervenir como testigos---en las disposiciones testamentarias del otorgante.

La capacidad para ser testigo es conocida también con el nom---bre de idoneidad de los testigos. Asi los artículos 1511, 1567 y ---1575 hablan de testigos idóneos.

El artículo 1502 del Código Civil para el Distrito Federal, señala las personas que no pueden ser testigos en los testamentos en general, estableciéndose así incapacidades especiales que no tienen los testigos para intervenir en otro tipo de actos. Esto se puede explicar como más adelante se verá, los testigos en el testamento tienen una función muy especial, la cual no se desempeña en otro tipo de acto, en el que la ley exija la concurrencia de los testigos.

Es conveniente hacer referencia en especial, a cada una de las incapacidades que señala la ley.

El artículo 1502 en su fracción I, establece que no pueden ser testigos en el testamento, "los amanuenses del notario que lo autorice" disposición que proviene desde el Código de 1870, siendo producto la misma de la influencia de otras legislaciones como la francesa, alemana y española.

El Lic. Felipe Guzman Nuñez, opina respecto de esta fracción - lo siguiente:

"...con esta prohibición entiendo, se quiere evitar que el notario pueda perder imparcialidad, ser un profesional incapaz de ceder a una tentación de lucro y así la ley prohíbe que algunos de sus empleados "los amanuenses" sean testigos. Pero la prohibición abarca solamente a los amanuenses y según el Diccionario de la Real Academia, ese término se aplica a las personas que escriben el dictado, por tanto esta claro que las taquígrafas y mecanógrafas de una notaría no pueden intervenir como testigos en un testamento, pero que decir de una recepcionista o de un abogado que preste sus servicios en una notaría. ¿Ellos podrían ser testigos? porque la ley habla claramente de amanuenses y este término tiene un significado preciso en el lenguaje.

Una interpretación literal de esta fracción nos lleva evidentemente, a concluir que se aplica exclusivamente a los amanuenses co

no dice expresamente la ley.

Para encontrar el verdadero campo de aplicación de la fracción comentada, es necesario atenerse a lo que se llama espíritu de la ley objetivamente considerada como ente dotado de fuerza propia."

(03)

Considero que la fracción I del artículo 1502 de nuestro Código Civil, debe interpretarse en el sentido de hacer extensiva esa prohibición a los empleados del notario; entendiéndose por empleados, todas aquellas personas que conforme a la Ley Federal del Trabajo, tengan relación de dependencia con el notario, cualquiera -- que sea la actividad o servicios que presten en una notaría. Opino que ésto se encuentra más acorde con el espíritu de la ley y no -- una interpretación literal.

Al particular compartimos la opinión del Lic. Guzmán Nuñez y -- consideramos que tal disposición debe aplicarse a aquellas personas que tengan cualquier tipo de relación de dependencia con la notaría, ya que de lo contrario se haría nugatoria la prohibición referida anteriormente.

De acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el hecho de que los testigos que aparecen en un testamento público aparezcan en otros hechos ante el mismo notario, no basta para considerarlos como amanuenses de acuerdo con la siguiente ejecutoria:

"2020 TESTAMENTOS, REQUISITOS DE LOS TESTIGOS QUE INTERVIENEN EN LOS.- De acuerdo con el artículo 1504 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, tanto el notario como -- los testigos que intervienen en cualquier testamento deberán conocer al testador o cerciorarse de algún modo de su identidad y de --

(03).- Guzmán Nuñez Felipe, "Revista de derecho notarial", sep de 1973, Año XVII, No. 52 pág. 89

que se haya en su cabal juicio y libre de cualquier coacción. Por tanto la sola circunstancia de que los testigos que figuren en un testamento público abierto aparezcan también con ese carácter en otros testamentos otorgados ante el mismo notario, no les resta idoneidad ni basta para considerarlos amanuenses del notario y anular el testamento, si de éste se desprende que se ajustaron a los requisitos prevenidos en el citado precepto y por otro lado, el documento se otorgó muchos años antes de la muerte del testador, no se invocó que éste hubiese sido coaccionado al otorgarlo o estuviese afectado de sus facultades mentales, ni menos se aportó prueba alguna en este sentido.

Amparo Directo 8950/1966 Adolfo Manero Suárez, Noviembre 15 de 1968, Unanimidad, Ponente: Mtro. Ernesto Solís López.

3a. Sala.- Sexta Época, Volumen CXXXVII, Cuarta Parte." (04)

La fracción II del artículo en cuestión habla de los menores de 16 años, en relación con esta incapacidad Ibarrola opina lo siguiente:

Antiguamente se exigía la mayor edad. Esto también se suprimió considerándose que si el menor de edad, mayor de dieciseis años, puede hacer testamento, no hay razón para que no sea testigo.

El Lic. Guzmán Nuñez a su vez opina lo siguiente al referirse a esta incapacidad:

"...es clara y lo único que llama la atención es que una persona de esa edad puede ser instrumental. El legislador ha considerado que es suficiente para tener capacidad y madurez de juicio y libre de cualquier coacción" (05)

Circunstancias fundamentales en el testamento; ya que identificar al testador no supone ningún esfuerzo ni se necesita tener cua

(04).- Ibarrola, op. cit., pág. 89

(05).- Guzmán Nuñez, op. cit., pág. 89

lidad especial.

La fracción anteriormente referida es acertada, ya que como dice Ibarrola, no habría razón para que si un mayor de 16 años puede otorgar testamento, no pudiera ser testigo testamentario.

La fracción III de la disposición en consulta establece la incapacidad de los que no esten en su sano juicio.

En relación con esta fracción se puede citar el criterio de Colín y Capitant, quien opina acerca de la misma incapacidad establecida:

"Si son incapaces los que no están en su sano juicio, para ser capaz será necesario hallarse en la plena posesión de las facultades mentales en el momento del otorgamiento, de suerte que el testigo pueda darse perfectamente cuenta de los actos que ante él tienen lugar." (06)

Sobre esta incapacidad se plantea el problema en los testamentos públicos de que el notario es el que debe de juzgar acerca de la capacidad o incapacidad del testigo, pero como es un especialista, se considera correcta la opinión del Lic. Guzmán Nuñez, en el sentido de que bastará que el notario cumpla con lo que dispone la Ley del Notariado, en este caso, en su artículo 64 se establece -- que no debe de observarse en el testigo manifestaciones de incapacidad natural y el no tener noticias de que se encuentra sujeto a incapacidad civil.

La fracción IV del propio artículo 1502, establece la incapacidad para ser testigo, "de los ciegos, sordos o mudos"

Esta fracción se puede explicar fácilmente, ya que cualquiera de las personas señaladas no podría cumplir con la obligación que señala el artículo 1504, al testigo que intervenga en cualquier tipo de testamento.

La fracción V del artículo de referencia, establece la incapacidad de las personas que no entiendan el idioma que habla el testador. Esto se justifica ya que de lo contrario los testigos no podrían darse cuenta de que las disposiciones provienen efectivamente del testador y no podrían cumplir con las obligaciones que supone el artículo 1504 del Código Civil.

Al referirse a esta incapacidad el Lic. Guzmán Nuñez opina lo siguiente:

"Es lógica ya que de otra manera no estarían en condiciones de comprobar que lo asentado en el protocolo (art. 1512), es idéntico a lo expresado por el testador." (07)

La fracción VI del artículo en estudio señala a los: "...herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuges o -- hermanos, sin embargo la concurrencia de alguna de las personas señaladas sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que lo beneficie o a sus parientes mencionados. Esta disposición, dice Ibarrola tiene su origen desde el Fuero Real." (08)

Finalmente la fracción VII señala como incapaces a los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

Sobre una capacidad similar establecida por el Código Civil -- Francés Colin y Capitant opina lo siguiente:

"Fundándose esta incapacidad en que son muy poco dignas de fe las personas enumeradas. Dice Scaevola (tomo XII, pag. 298) que -- mientras la sentencia no sea firme no se esta incapacitado, puesto que mientras no llega ese momento, no se constituye una situación definitiva." (09)

A propósito de esta incapacidad el Lic. Guzmán Nuñez dice:

(07).- Guzmán Nuñez, op. cit., pág. 89

(08).- Ibarrola, op. cit., pág. 560

(09).- Colin y Capitant, op. cit., pág. 224

"...para tener una relativa seguridad, tratándose por supuesto de personas poco conocidas del notario, será necesario pedir un -- certificado de antecedentes penales.

Resulta un poco grotesco, pero es a lo que nos conducen estas disposiciones." (10)

Concluimos señalando que todas las personas, que no están comprendidas en el mencionado artículo 1502 son hábiles para concurrir como testigos en los testamentos.

Ahora bien, surge la cuestión de en que momento debe juzgarse la capacidad del testigo.

Al respecto Alfonso de Cossio opina lo siguiente:

"Para que un testigo sea declarado inhábil es necesario que la causa de su incapacidad exista al momento de otorgarse el testamento." (11)

Colin y Capitant opina lo siguiente:

"Para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento... No importa por lo tanto, en términos generales, que el -- testigo incurra posteriormente en una de las causas de incapacidad enumeradas por la ley." (12)

Se concluye que el testigo debe ser capaz al otorgarse el testamento ya que es en ese momento, en el que desempeña la función -- que le señala la ley.

(10).- Guzmán Nuñez, op. cit., pág. 90

(11).- Cossio Alfonso de, "Instituciones de derecho civil", -- Vol. II, s. e., Ed. Alianza, Madrid, 1975 pág. 884

(12).- Colin y Capitant, op. cit., pág. 225

CAPITULO IV

NATURALEZA DE LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS

En el capítulo segundo de nuestra investigación dejamos asentado que el testamento es uno de los actos solemnes por excelencia - en el Derecho Civil Mexicano, dada su importancia y trascendencia, la ley lo ha rodeado de numerosos requisitos, siendo uno de éstos - la intervención de los testigos, tema específico de nuestra tesis.

En el presente capítulo estudiaremos la función que desempeñan los testigos en el testamento.

1.- FUNCION DE LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS

Para poder apreciar la función de los testigos en el testamento, hay que recordar la distinción hecha en el capítulo anterior, - acerca de las dos clases de testigos que pueden intervenir en las disposiciones de última voluntad.

En primer lugar los llamados testigos de identidad, han de ser aquellos que concurren al acto con la única finalidad de identificar al testador ante el notario. Su intervención está regulada, -- por el ya mencionado artículo 63 de la Ley del Notariado.

En segundo lugar los llamados testigos instrumentales, son --- aquellos que concurren al otorgamiento de un testamento, los cua-- les presencian lo que ocurre a lo largo de su otorgamiento.

En cuanto a los testigos instrumentales que intervienen en los testamentos hay que distinguir, entre los testigos que intervienen en los testamentos públicos y los que intervienen en los testamentos privados.

En cuanto a los primeros se pueden citar las opiniones de algunos autores.

El autor argentino Emérito González, opina de los testigos instrumentales lo siguiente:

"Ven y oyen al testador al dictar el testamento y ratificar su contenido. Lo entenderán con claridad y tendrán que saber el idioma del otorgante si fuera extranjero y no supiera el nuestro, para que la labor de los intérpretes sea doblemente ratificada." (01)

Planiol y Ripert opinan, "...los testigos no tienen solamente como función la de comprobar la independencia del testador sino -- además la regularidad de todas las formalidades que se efectúan ante ellos." (02)

No compartimos totalmente la opinión del referido autor ya que los testigos, no podrían comprobar la regularidad de las formalidades practicadas debido a que la mayor parte de los casos no son conocedores del Derecho y por tanto concurren sin ningún interés y con desconocimiento de las formalidades del acto, que se va a practicar ante ellos.

Antonio de Ibarrola dice: "...en los testamentos se trata de los testigos llamados en Derecho procesal contemporáneo, "presenciales" pues ante ellos se verifica o realiza el hecho o la cosa de que se trata y el testimonio de éstos es indispensable para que en el Derecho Civil tenga valor el mismo hecho, y aún para que exista, clase a la que pertenecen los testigos instrumentales y algunos de los judiciales." (03)

Ramón Ruiz al hablar de los testigos se expresa de la siguiente manera: "Es su deber asistir al acto de tal manera que estén en aptitud de desempeñar la función que la ley les encomienda, esto -

(01).- Emérito González C., op. cit., pág. 258

(02).- Planiol M. y Ripert J., "Tratado práctico de derecho civil francés", s. e., Ed. Cultural, la Habana, 1935 p.582

(03).- Ibarrola, op. cit., pág. 558

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 certificarse de que se conserva durante el acto su cabal juicio y su libertad moral." (04)

De acuerdo con las opiniones anteriores, podemos decir que la función de los testigos en el testamento público abierto es la de asistir al acto, presenciando todo su otorgamiento, de manera que puedan ver, oír y atender todo lo que se realiza ante ellos y son testigos de la expresión de voluntad que el testador hace ante el notario y deberán de permanecer presentes durante todo el otorgamiento del acto, esto lo confirman los artículos 1502 fracción IV y V, 1512 y 1519 del Código Civil.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1517, en el caso de -- que el testador sea ciego, se encomienda al testigo una función especial que consiste en dar lectura al testamento por segunda ocasión, una vez que ya haya sido leído por el notario.

En el testamento público cerrado su función consiste en presenciar la entrega que hace el testador al notario del pliego que contiene su testamento y la declaración que el mismo testador hace al propio notario de que en aquél pliego se contiene su última voluntad, de acuerdo con los artículos 1524 y 1525 del propio Código.

Sin embargo su función no termina aquí, sino que a la muerte -- del testador, para que pueda ser abierto el testamento es necesario de ser posible, que concurran junto con el notario, ante el -- juez para que reconozcan sus firmas y la del testador y declaren -- que en su concepto el pliego testamentario esta cerrado y sellado -- como lo estaba en el acto de entrega del mismo de acuerdo con el --

(04).- Ruiz Ramón E., "Revista de derecho notarial", (México -- D. F.), Año XIX: 1975, No. 61 pág. 71

artículo 1543 del ordenamiento citado.

En el caso de que alguno, la mayoría o ninguno de ellos pudiera concurrir se observará lo dispuesto por los artículos 1544 y -- 1545 del propio ordenamiento.

Una vez cumplidos estos requisitos se ordenará la publicación y protocolización del testamento (artículo 1547).

En ambos casos los testigos deberán de firmar junto con el testador y el notario, según los artículos 1512, 1513, 1523, 1526 y - 1527.

En cuanto a la intervención de los testigos en los testamentos privados se puede decir, que desempeñan una función muy importante y que este tipo de testamentos substituyen por completo al notario no en su calidad de fedatario público, sino solamente en su concurrencia al acto.

Ruiz Ramón E. señala, "...los testigos han sido instituidos para probar la existencia del testamento y por eso el Código quiere que conozcan al testador y exige que presencien consientemente la manifestación de voluntad, que lo oigan, que entiendan su idioma y que sean capaces de reproducir verbalmente su declaración. Si los testigos no declaran de ciencia cierta y circunstancialmente haber presenciado la manifestación de voluntad no puede estimarse comprobada la existencia del testamento y si no conocen al testador, aun que el testamento exista, no producirá efecto alguno por ser indeterminada la persona del agente." (05)

Esta opinión la confirman los artículos 1567 a 1570, 1572, --- 1574, 1579, 1582 y 1584 del Código Civil.

Sin embargo conviene resaltar que el artículo 1567 exige que uno de los testigos redacte por escrito el testamento, si el testador no supiere escribir, pero en caso de urgencia o si ninguno de-

los testigos sabe escribir, no será necesario redactar por escrito el testamento.

En cuanto a ésto el autor anterior opina.

"La ley no podía confiar a la memoria de los testigos la subsistencia de los testamentos y por eso les ordena que inmediatamente redacten por escrito el acta correspondiente que ha de contener además de las disposiciones del testador, la declaración de haber llenado ellos conjuntamente su cometido, lo que explica la unidad del acto y explica esta exigencia de la ley.

Cuando ninguno de los testigos sabe escribir, no será preciso redactar inmediatamente, por escrito el testamento y digo inmediatamente, porque la validez del privado, la ley exige que muerto el testador, los testigos declaren en la presencia judicial; el lugar día, mes y año en que se otorgó, el tenor de la disposición; si reconocieron, vieron y oyeron distintamente al testador, si éste se encontraba en su cabal juicio y libre de coacción; si falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba y la razón por la que no hubo notario; de cuya diligencia se levantará el acta correspondiente, que con la original, si la hubiere, se mandará protocolizar para que surta los efectos a que está destinada." ---
(06)

Es importante hacer notar que la intervención de los testigos en este tipo de testamentos es muy importante, ya que ellos son parte constitutiva del acto y además constituyen la única prueba de la existencia del testamento, es decir que su intervención y su declaración posterior es realmente constitutiva y probatoria del acto mismo, esto lo confirman los artículos 1572, 1575, 1582 y --- 1584 del Código Civil.

De acuerdo con el artículo 1504 del ordenamiento citado, es ---

(06).- Ibid. pág. 73

una obligación del notario y de los testigos que intervienen en -- cualquier tipo de testamento, conocer al testador o cerciorarse de algún modo de su identidad y de que se haya en su cabal juicio y - libre de coacción. En cuanto a la obligación del notario, nos remi- timos a lo que dejamos asentado en el capítulo tercero del presen- te trabajo.

Por lo que hace a la obligación de los testigos se puede decir que es indispensable que conozcan al testador precisamente para -- que puedan cumplir con una de sus principales funciones que es la- de presenciar y comprobar que la declaración de voluntad proviene- precisamente del testador, sin embargo, el ordenamiento en estudio señala en su artículo 1505 que si la identidad del testador no pue- de ser verificada, se declarará esta circunstancia agregándose to- das las señales que caractericen a la persona del testador, pero - en este caso de acuerdo con el artículo 1506 del mismo ordenamien- to no tendrá validez el testamento mientras no se justifique la -- identidad del testador. En relación con esto Manuel Martínez Mado- ro hace el siguiente comentario:

"Sin embargo, el Código, apartándose de los principios en pro- de la facultad de testar, permite a los testigos, si no conocen al testador, certificarse de algún modo de su identidad y si no fuera posible, consciente de que declaren esta circunstancia agregando - todas las señales que caractericen a la persona de aquél; pero en- ambos casos disminuye paulatinamente la eficacia del testamento, - pues en el primero la prueba testimonial es indirecta y su valor - depende del mayor o menor criterio adoptado y de los medios adecua- dos para cerciorarse de la identidad y en el segundo caso, los e-- efectos del testamento quedan en suspenso hasta que la identidad se justifique." (07)

(07).- Martínez Madero Manuel, op. cit. pág. 56

Tomando en consideración lo anterior se concluye que hay que tener mucho cuidado en observar lo preceptuado por el artículo --- 1504 y 1505 en lo que se refiere a la identidad del testador ya -- que de lo contrario el testamento se hace fácilmente atacable.

A este respecto el Lic. Felipe Guzmán Nuñez, expone lo siguiente:

"En la mayoría de los casos, los testigos conocen perfectamente al testador; pero puede presentarse el caso de que no se de esta circunstancia y por tanto como precaución en algunos casos el -- notario, antes de principiar la redacción del testamento deberá de preguntar si se conocen testador y testigos, ya que con esto se -- evitará posibles problemas de objeción a los testamentos por una -- circunstancia de esta naturaleza; pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1506 del Código referido, no tendría validez el testamento mientras no se justifique la identidad del testador, y además para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 1505 del Código Civil." (08)

Otra de las obligaciones de los testigos que señala el mencionado artículo 1504 es la de cerciorarse de algún modo de que se halla en su cabal juicio y libre de coacción. Esta exigencia concuerda con la naturaleza del testamento como acto libre.

En relación con lo que debe entenderse por cabal juicio, nos podemos remitir a la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expresada en el capítulo segundo del presente trabajo.

Al respecto es conveniente citar la opinión de Guzmán Nuñez Felipe, en la cual nos manifiesta:

"Conocer la integridad o deficiencia de las facultades intelectuales de una persona es uno de los problemas más difíciles de medicina legal y para resolverlo, se requieren conocimientos especial

les que la ley no exige a los testigos y por lo mismo, no puede --pretender se rinda un dictamen pericial y tiene que conformar con la prudente apreciación que hagan en cada caso.

Por consecuencia no puede reprocharse a los testigos que incurran en error si no ha habido de su parte imprevisión, negligencia falta de reflexión o de cuidado, pues si lo hubo, incurren en el delito de culpa grave o leve según las circunstancias del caso; si interviene el dolo resultan cómplices del delito que se haya perpetrado al otorgarse el testamento.

La presencia de los testigos excluye la coacción en el momento de otorgarse el testamento a no ser que ellos mismos la sufran, la ejerzan o permitan que se ejerza en su presencia, en cuyo caso resultaran víctimas, autores o cómplices del delito correspondiente; pero si la coacción se ha ejercido antes, sus efectos son enteramente psicológicos y escapan a la percepción de los testigos que no pueden apreciarla si el testador la oculta y por lo mismo, no incurren en responsabilidad si con posteridad llegara a demostrarse que la hubo." (09)

2.- SIGNIFICADO O NATURALEZA DE SU INTERVENCIÓN

En el presente apartado trataremos de determinar, la naturaleza o significado de la intervención de los testigos testamentarios en el Derecho Mexicano, a la luz de la doctrina y de la ley.

2.1 PRUEBA PRECONSTITUIDA

Para saber si la intervención de los testigos en el testamento es una prueba preconstituida, hay que entender que es lo que en Derecho significa la llamada "prueba preconstituida".

(09).- Ibid. págs. 102 y 103

La denominación prueba preconstituida según Arazi Roland, aparece por primera vez en la obra de Bentham para expresar, "...el testimonio aportado en un juicio, consistente en un escrito auténtico que ha sido hecho con arreglo a ciertas formas legales para ser empleado, eventualmente con carácter de prueba jurídica.

Para que la prueba tenga el carácter de preconstituida no basta que el medio probatorio se haya formado con anterioridad al proceso, sino que es necesaria la "intención" de acordarle tal carácter en el momento de su formación.

Dentro de este tipo de prueba, encontramos las siguientes distinciones.

1.- Pruebas que se preparan por adelantado para pura precaución y sin saber si jamás ha de existir un litigio, en este caso se tiene en cuenta, primordialmente la validez del acto más que su utilización como prueba;

2.- Aquellas que se preparan con el sólo fin de ser utilizadas en un proceso." (10)

El autor Carlos Emérito González, al hablar del instrumento público en general afirma que la prueba preconstituida, "...no es ni la única función, ni la más corriente en la existencia del negocio jurídico. Millones de actos jurídicos se formalizan sin que sus instrumentos lleguen nunca a ser empleados como prueba y las que se emplean de esa manera son mínimas comparadas con los que se forman, por esto no se puede decir que sea fundamental en la creación del instrumento esa función." (11)

Concluye el autor diciendo que el verdadero fin del instrumento es formar, constituir un negocio jurídico.

(10).- Bentham, cit. por Arazi Roland en "La prueba en el proceso civil" s. ed., Ed. Uthea, Bs. As., 1976 pag. 151.

(11).- Emérito González, op. cit., pag. 63

Miguel Fernández Casado al respecto opina:

"Dos son los fines principales que llena el instrumento público; perceptuar los hechos y las manifestaciones de voluntad y servir de prueba en juicio y fuera de él. Pero poco más de medio siglo transcurrió y ya ahora se afirma otra cosa." (12)

Tomando en consideración lo anteriormente expresado, concluimos que la intervención de los testigos en el testamento no puede considerarse como una prueba preconstituida, ya que ni el testador ni los testigos, al concurrir al otorgamiento del mismo, lo hacen con la intención de constituir una prueba con miras a un futuro -- proceso, sino como dice el autor Emérito González, lo hacen con el fin de dar forma y nacimiento a un acto jurídico válido en si mismo cumpliendo con todas las formalidades que señala la ley, para que el mismo tenga validez y existencia y el hecho de que en un momento dado ese testamento o aquellos testigos sirvan como prueba - en un juicio donde se ponga en duda la validez del testamento, no quiere decir que ese haya sido el fin principal que persiguieron - los testigos o el testador, sino que ello será sólo una consecuencia o un aspecto secundario del fin primordial que aquéllos tuvieron, siendo esta la formación válida del acto.

2.2 FORMALIDAD O SOLEMNIDAD

Para precisar el significado o naturaleza jurídica que constituye la intervención de los testigos en el testamento, es indispensable saber que debe entenderse por formalidad o por solemnidad en los actos jurídicos en general y principalmente en el testamento.

En este particular continuaremos mencionando el criterio del Maestro Emérito González.

"Salvat, hizo la clasificación más generalizada en nuestro De-

(12).- Fernández Casado Miguel, cit. por ibid., pág. 65

recho a saber;

Actos formales: cuando la ley establece una forma determinada para su celebración. Es necesario que el acto se otorgue en la forma que indica la ley llamándose a esa declaración de voluntad de claración formal.

Actos no formales, cuando la ley no establece formas especiales para su celebración y las partes pueden entonces elegir libremente la forma que deseen, (es el principio de la libertad en los actos jurídicos aplicado a su forma).

En el primero de los casos, los actos formales se distinguen dos tipos; actos solemnes y actos no solemnes.

Actos solemnes: la observación de la forma se hará bajo pena de nulidad y la validez o existencia del acto depende de la observancia de la forma que prescribe la ley. "Forma dat esse rei" (la forma da ser a la cosa). Salvat, denomina a este tipo "ad solemnitatem" tomando esta denominación, que de antiguo se encuentra en las principales obras del derecho latino.

Actos no solemnes: en estos la forma no se exige como condición de su validez, sino simplemente como medio de prueba; el legislador ha querido que la prueba de ciertos actos estuviera al abrigo de toda controversia ya sea en mira del interés de las partes, o en mira del interés de esos casos en que la forma es exigida ad-probationem." (13)

Según el autor en consulta esta clasificación no es compartida en la doctrina moderna ya que para la validez, eficacia y existencia de los actos jurídicos la forma no sólo da la prueba del acto sino antes y principalmente su existencia.

Aparte de la clasificación anterior el autor menciona otra que

(13).- Salvat, cit. por Emérito González, op. cit., págs. 120- y 128.

es de importancia para el presente estudio.

"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 forma 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 cauce de la forma exigida o convenida. La forma es constitutiva de la estructura del negocio y de la declaración de la voluntad negocial.

De valer, cuando la forma no es requisito del negocio, sino añadido, algo que es sumado posterior al negocio no es forma de declaración de la voluntad. Esta forma añadida es forma de eficacia del negocio o del instrumento, pero no de su constitución.

El negocio ya es perfecto pero hay que hacerlo valer. Ya se constituyó pero un negocio puede no ser eficaz por sí mismo como creador del Derecho." (14)

Sin embargo el autor seguido opina: "...la forma es un elemento esencial para la existencia del acto y que la prueba es sólo un procedimiento dirigido a la verificación de un juicio, que nada tiene que ver con aquél. La primera es un requisito esencial al negocio y la prueba es el mejor medio para la demostración del mismo

Por lo tanto ambas son independientes, pero la prueba en los negocios solemnes, está siempre subordinada a la forma, porque sin esta no hay nada que probar." (15)

Estamos de acuerdo con el referido autor, en lo relativo a que no deben confundirse ambos conceptos y que la forma en los actos solemnes más que dar un elemento de prueba, primero dan un elemento de existencia y validez al acto, sin el cual no habría na-

(14).- Ibid. pág. 141 y 142

(15).- Ibid. pág. 153

da que probar.

Ahora bien para determinar cual es el verdadero significado de la intervención de los testigos en el acto testamentario, es conveniente citar la opinión que al respecto tienen algunos autores.

Manresa y Navarro opina: "...el número y la capacidad de los testigos pertenece a la solemnidad del testamento y por lo tanto este 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." (16)

Diego F. Clemente dice: "...como existencia de solemnidad y no simplemente como medio de prueba intervienen los testigos en el testamento." (17)

Golín y Capitant se expresan de la siguiente manera: "Dentro de las formalidades del testamento, la concurrencia de los testigos tiene el carácter de una solemnidad necesaria para la validez del acto." (18)

Emérito González expresa, "...son condición de solemnidad más que de prueba." (19)

Antonio de Ibarrola, manifiesta lo siguiente:

"Se ha discutido si la asistencia de los "testigos" al otorgamiento del testamento es un requisito "ad probationem" o por el contrario "ad solemnitatem". Nos inclinamos a creer lo último. Los testigos son uno de los elementos esenciales, integrantes de la so

(16).- Manresa y Navarro José, "Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil", s. ed., Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1895. pág. 378

(17).- Clement Diego F., "Instituciones de derecho español", - s. ed., Ed. Alianza, Madrid, 1962 pág. 100

(18).- Golín y Capitant, op. cit., pág. 122

(19).- Emérito González, op. cit., pág. 258

lemnidad. Valverde opina que es un requisito de solemnidad más que de prueba, un requisito esencial de la forma. Este autor está de acuerdo con nuestro pensamiento, de lo contrario, se aplicaría simple y sencillamente la regla jurídica de Santo Tomás "fides est de non visis" (la fe se refiere a las cosas que no vemos). De las cosas que ven nuestros ojos, no necesitamos testigos. Si el testigo-testamentario fuere requerido por el Código simplemente ad probationem, bastaría al interesado probar en cualquier forma el contenido de un testamento.

Para Chironi el testigo es "un pequeño notario"; para Laurent representa a la sociedad y para Zacharias es el depositario de la potestad pública. Lo cierto es que realiza una función social de notoria importancia." (20)

Rafael de Pina dice al respecto lo siguiente:

"La concurrencia de los testigos en el testamento notarial no es sin embargo, un simple requisito formal, ni de efectos meramente probatorios, sino que tienen una mayor trascendencia, pues es un requisito substancial del que no se puede prescindir, no obstante la intervención notarial, porque su falta acarrearía en cualquier caso la nulidad del testamento. Es una solemnidad esencial y por lo tanto inexcusable." (21)

Podemos observar que el criterio de la doctrina es unánime, al considerar la intervención de los testigos en el testamento como una solemnidad necesaria.

En el Derecho Mexicano existe un problema, sobre el particular el cual consiste en que el Código Civil, al referirse no sólo a la intervención de los testigos, sino en general al conjunto de requisitos que deben llenarse en el otorgamiento de los testamentos, a-

(20).- Ibarrola Antonio de, op. cit. pág. 557

(21).- Pina Rafael de, op. cit. pág. 323

veces habla de formalidades y otras veces de solemnidades; esto se puede apreciar en los artículos 1310, 1319, 1519, 1520 y 1534 del ordenamiento citado.

Lo que podemos contemplar es que al tratarse del testamento abierto, el Código Civil emplea como sinónimas las palabras "formalidades" y "solemnidades". Por tanto las formalidades según el artículo 1519 han de practicarse acto continuo, son las mismas solemnidades cuya omisión deja sin efecto un testamento según el artículo 1520 y pretender lo contrario sería incurrir en un número infinito de contradicciones.

Compartimos la opinión de los autores y por tanto concluimos - que la intervención de los testigos en el testamento es una solemnidad sin la cual el acto no llega a nacer, es decir, no existe.

3.- EFFECTOS DE LA AUSENCIA DE LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS

En cuanto a los efectos jurídicos que produce la ausencia de los testigos en el otorgamiento de un testamento, citaremos algunas opiniones de ciertos autores.

Valverde opina, "...cuando en el Derecho Español el Código habla de nulidad del testamento más bien se refiere a inexistencia - entre otras cosas porque el testamento es un acto formal o solemne y por lo tanto, la voluntad expresada de otra manera no tiene validez ante la ley, puesto que la forma es lo esencial." (22)

Antonio de Ibarrola, al respecto expresa:

"La intervención de los testigos instrumentales en número y calidad, no sólo es exigible en razón de un testimonio, sino precisamente como rigurosa y rígida solemnidad formal, por lo que el defecto intrínseco que a la misma se refiere se transforma en vicio-

(22).- Valverde, cit. por Colin y Capitant, op. cit., p. 261

esencial que anula radicalmente el testamento. Si los testigos no concurren a la manifestación de voluntad en el testamento abierto o a la entrega y consiguientemente a la declaración en el cerrado, propiamente no llega a nacer el negocio jurídico mortis causa. Tam poco basta la mera presencia física, sino que es preciso que el -- testigo vea y entienda lo que ante él se realiza.

La invalidez procede;

Cuando en el testamento no han concurrido las solemnidades y - requisitos necesarios para su validez. Esta nulidad arranca de su confección misma, afecta a todo el documento. El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por - la ley (art. 1491). Podría hablarse en el caso de inexistencia, -- creemos que no siempre. El artículo 2224 sólo habla de que, el acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto -- que pueda ser materia de él, no producirá efecto alguno." (23)

A nuestro modo de ver y dada la importancia que la ley otorga a las formalidades y que hacen del testamento actualmente un acto-solemne, en la mayoría de los casos si puede decirse que se trata de inexistencia.

Compartimos la opinión del autor citado y por lo tanto, llegamos a la conclusión de que, aunque el Código Civil habla de nulidad en su artículo 1491 y los artículos 1520 y 1534 solamente en - su contenido se establece que "el testamento quedará sin efecto", - sin expresar a que tipo de ineficiencia se está refiriendo, en virtud de que la intervención de los testigos es uno de los elementos de la solemnidad del testamento y ésta forma parte del acto mismo.

Si no se observa dicha solemnidad, el testamento jurídicamente no llega a nacer, por lo que se le tiene que considerar como inexistente. Es decir que si la voluntad no se expresa de la manera - que exige la ley, ésta le impide nacer.

(23).- Ibarrola, op. cit., págs. 592 y 593

4.- CRITERIOS DOCTRINALES SOBRE LA INTERVENCION DE LOS TESTI-- GOS EN EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

En el presente apartado haremos un somero estudio sobre la con-
veniencia o inconveniencia de que en el Derecho Mexicano, se siga-
exigiendo al lado de todas las formalidades de los testamentos pú-
blicos la comparecencia de los testigos.

Sobre el particular expodremos el criterio doctrinal de diver-
sos autores.

4.1 TEORIAS FAVORABLES

Siguiendo en esta cuestión básicamente el autor argentino Car-
los Emérito González, hace un estudio desde el punto de vista de -
la intervención de los testigos en los testamentos públicos, citan-
do para tal efecto distintas teorías que se muestran favorables a
la participación de los testigos en los referidos actos.

1.- Una de las primeras justificaciones es la de carácter his-
tórico. Sus raíces entonces profundamente arraigadas y los tradi-
cionalistas se muestran reacios a la innovación.

2.- José Maximo Paz los ha calificado como control público del
acto solidarisándose con Nova, que interpreta que asumen la repre-
sentación del pueblo.

3.- En la discusión entre Torres Aguilar y Falguera, este últi-
mo sostuvo que deben concurrir al otorgamiento para imprimir a es-
te el sello de la publicidad y evitar desconfianza hacia la perso-
na del funcionario autorizante.

4.- Para Otero y Valentín, es la función notarial la que por -
su condición y ponderación social, exige garantías en la consagra-
ción de otorgamientos y formulación original; de ahí el que se ne-
cesite a los testigos instrumentales; por ser una necesidad objeti-
va. Es un equívoco prescindir de los testigos instrumentales, los-

cuales al notario, en todo caso no le deben preocupar, al contrario le sirven de garantía para que presencien su discreción y diligencia.

5.- Son de solemnidad y no medio de prueba. Pero lo cierto es que si bien no pueden posteriormente contradecir lo dicho, innumerables fallos jurisprudenciales nos demuestran la perturbación que acarrearán toda vez que se discute judicialmente la validez del instrumento.

6.- Coadyuvan a la fe de conocimiento, asistiendo al otorgamiento como partícipes.

Den mayor credibilidad a lo expresado por las partes.

7.- Su presencia y firma en la coparticipación del otorgamiento le da a éste un severo carácter de audiencia pública.

8.- Robustecen la situación del escribano en los actos graves como donaciones, reconocimiento de obligaciones, etc., cooperando a la prueba de la actuación correcta de aquél." (24)

Existen también según el autor algunas doctrinas que son partidarias de su supresión, pero que aceptan algunas excepciones. Dentro de esta corriente que se podría llamar ecléctica se encuentran los siguientes autores:

Villalba Welsh, opina que si se ha llegado a la conclusión de que la presencia de los testigos no es necesaria, no se advierte - cual puede ser el motivo para que en algunos casos sea necesaria, - sobre todo en que la fe notarial es única y no necesita ser reforzada en ningún caso.

Sin embargo el autor citado opina que se ve obligado a romper la lógica jurídica cuando se trata del testamento por la siguiente razón:

"...es que el testamento es un acto cuyas formalidades son exi

(24).- Emérito González, op. cit. pags. 267 y 268

gidas ad solemnitatem. Ningún otro medio de prueba, por evidente - que parezca, es capaz jurídicamente de remplazarlo. Lo consignado - en un testamento válido, nada ni nadie puede modificarlo, ni por - el contrario existe forma alguna de acreditar la voluntad del tes- tador, que no sea precisamente por el testamento. Se comprende así que las formalidades testamentarias tengan tal importancia y que - los jueces sean tan severos en la apreciación de su observancia.

La regla admitida de no intervención encuentra adecuada justifi- cación para excepcionar en materia de testamentos." (25)

Sin embargo Emérito González, opina que las formalidades testa- mentarias se llenan cumplidamente por el funcionario autorizante y los testigos nada dicen, ni nada hacen para configurarlas rectamen- te, ya que su actuación se limita regularmente a oír, ver y callar esta última porque por lo general no saben Derecho y por lo tanto, nada aportan al acto con su pasiva intervención.

Jorge A. Bollini, "...propugna por la supresión de los testi- gos, por la razón de la imposibilidad práctica de obtenerlos, la ne- cesidad de guardar el secreto profesional y la consideración de -- que su presencia es depresiva para la autoridad del escribano.

Sin embargo se admiten dos excepciones:

- 1.- Cuando cualquiera de los otorgantes o el propio escribano- los exigiere y
- 2.- En los testamentos por acto público." (26)

4.2 TEORIAS CONTRARIAS

Entre los autores que se muestran contrarios a la intervención de los testigos, se pueden señalar a los siguientes:

- (25).- Villalba Wash, cit. por Emérito González, op. cit. ---
pág. 263
- (26).- Bollini, cit. por ibid. pág. 270

Alfonso de Cossio dice: "no es fácil explicar, dada la intervención de la fe pública notarial, la exigencia de un tan copioso número de testigos. La fe del notario establece una presunción de veracidad que sólo mediante una prueba contundente y rotunda puede ser destruida." (27)

Los hermanos Mazeaud, opinan en relación con las ventajas e in convenientes del testamento lo siguiente:

"...los gastos, la obligación de confiar los secretos personales a un notario y a los testigos, el temor de incurrir en sus reproches desvían a los testadores de la forma auténtica.

De hecho la mayor parte de los testadores dispone en forma ológrafa; los más prudentes se contentan con pedirle consejo a un notario para la redacción del testamento y para asegurarse de su conservación, lo depositan en una notaría o en su caja de seguridad - bancaria." (28)

El referido autor Emérito González cita las siguientes teorías al respecto.

Anselmo Anselmi, -calificó a los testigos como momias, ya que nada hacen, nada ven y nada valen.

Fernández Casado, opina que los testigos son innecesarios en los instrumentos públicos.

Torres Aguilar, tomando las actas del congreso de Stuttgart de 1871, opina lo siguiente:

"Ahí se dijo que los testigos eran agentes inconscientes en la mayoría de las veces que asistían al otorgamiento; criados del notario, instrumentos pasivos, que sólo sirven para dar un vano apa-

(27).- Cossio Alfonso de, "Instituciones de derecho civil", -- s. ed., Ed. Alianza, Madrid, 1975 pág. 84

(28).- Mazeaud Henri, "Lecciones de derecho civil", s. ed., -- Edic. Jdcas., Bs. As., 1965 pág. 376

rato al acto que concurren; personas en fin, a quienes no se exigen las condiciones de diversa índole que para ser notario se requieran." (29)

Su concepción primordial está en esta pregunta que se hace:

" ¿El notario es un archivero de los documentos a que se desea dar autenticidad pública o es un funcionario autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran?

En el primer sistema desaparece la fe notarial y la intervención de los testigos se haría necesaria.

Pero la segunda parte, es la verdadera, en todos los países -- con notariado de tipo latino. Así lo cree Torres Aguilar, pues la autorización del notario, insiste; tiene el carácter de fe pública valor que el Estado da al acto o contrato en que este funcionario interviene, para que sea de todos creído, a menos que se pruebe su nulidad o su falsedad. El sistema notarial, derivado de este principio, no son necesarios los testigos. Su intervención únicamente puede admitirse consignando que el notario tiene a medias la fe pública y dando parte de ello a las personas que presencien el otorgamiento y firman la escritura, lo cual equivale a negar al notario." (30)

Mario Armero Delgado, en relación a los testigos testamentarios, opina que son dos los mayores inconvenientes del testamento notarial.

"1.- La falta de discreción y reserva de aquellos que impiden al testador mantener sus disposiciones en el necesario secreto.

2.- Porque la intervención y cualidades para su idoneidad, --- constituyen una de las causas más frecuentes de la nulidad formal del testamento.

(29).- Torres Aguilar cit. por Emérito Glz, op. cit., pág 275

(30).- Ibidem

Por tanto tendría grandes ventajas la supresión de este requisito." (31)

Mario Armero Delgado da los siguientes argumentos en los cuales expone la inutilidad de los testigos testamentarios.

1.- Surgidos cuando el instrumento público nacía, desempeñaron su papel hasta que el escribano dejó de ser un simple redactor de documentos para convertirse en uno de los principales operarios o si se quiere técnico del Derecho.

2.- El instrumento público es ahora auténtico y no necesita -- más que de la fe del depositario público de ella, para que valga -- contra cualquiera y en todo tiempo. Los testigos no ponen, ni quitan, ni aseguran, ni dan vigor, ni mayor credibilidad, ni al instrumento ni a su contenido.

3.- Su arcaica idea ha sido superada. La función notarial y su titular abarcan la totalidad de la acción configuradora instrumental.

4.- La fe pública notarial sólo pertenece al notario. La doctrina primero y la legislación después lo tienen consagrado. La fe pública es única y es también indivisible, porque jamás se ha visto que el Estado haya investido a otra persona con tal autoridad.

Por supuesto, que el testigo no la posee, porque ni asienta, -- lo que las partes declararón o dierón a conocer. El no reconoce hechos jurídicos que forman con aquellas actitudes la esencia de la fe pública. Sólo está presente y en silencio para luego firmar.

5.- No tiene interés en el acto que presencia.

6.- Su pasividad es sinónimo de inconciencia, porque al carecer de interés no se da cuenta exacta de cuanto ocurre.

7.- Cuando se hace la escritura constará la dación de fe que -- hace el escribano auténticante, sin que su presencia acredite nada en concreto más que su presencia misma.

(31).- Armero Delgado M. cit. por Emérito Glz, op cit., p. 276

8.- La garantía que algunos dicen ofrecerían a los otorgantes no logra entonces hacerse efectiva. ¿Quiénes son los testigos de mi escritura?, ¿Qué responsabilidad me ofrecen?, ¿Qué valor puede darse a su pasiva presencia?, ¿Qué órganos serios vigilan su conducta y el cumplimiento de la ley?. Ni se quienes son, ni se si tienen responsabilidad, ni su presencia tendrá caracteres de comprensión de cuanto quiero realizar, ni hay órgano que los vigile en lo más mínimo.

9.- Frente a ellos, en cambio, está la secular organización del notariado que con innumerables atributos y graves caracteres constituye, el sólido pilar en que se asienta toda la teoría del instrumento público, en la plenitud de su vigor y en la severidad de su autenticidad.

10.- Tampoco asumen los testigos la representación del pueblo. No sólo sería inconstitucional arrogarse esa facultad, sino que, aunque es obvio comentarlo, el Estado moderno ha tomado a su cargo tal representación y en la distribución de poderes que ha hecho, el poder de dar fe lo entregó a los escribanos y éstos son así sus únicos delegados.

11.- La audiencia pública, que integrarían el notario, las partes y los testigos, no es audiencia ni es pública, lo primero porque la escritura no es litigio, ni recepción de pruebas sino conjunción de voluntades exteriorizadas en conjunto para producir un acto o un negocio jurídico, la armonía y paz entre todos, es su característica. Recordemos otra vez que el escribano es el funcionario jurídico de la paz. No es pública, porque si lo es la escritura, en cuanto a su representación y validez para todos y contratos, eso no quiere significar que la reunión de esas personas tenga caracteres públicos.

12.- Se dice que presencian la diligencia y discreción de todos. Dividamos ante las personas. La diligencia y discreción de --

las partes, la presencia y control a el notario desde el instante en que se le encomendaron la escritura hasta que pone el ante mi.

La del notario la controla la ley y por cierto con minuciosidad y saludable severidad.

13.- Dan mayor credibilidad al instrumento, la calidad de creible no puede alargarse o disminuirse. Se cree en él o no se cree; luego la credibilidad no es mayor ni menor, es una sola.

14.- Si aceptáramos por un instante la intervención de los testigos, deberíamos hacernos estas dos preguntas básicas; ¿Qué hacen o para que sirven?. Miran escuchan y firman. Si se comete alguna - trasgresión. ¿Qué harán?. Después de la lectura, único instante de su actividad, recurrirán al escribano, director del acto y éste resolverá. Después del acto cuando a posteriori llegue el momento de la prueba en el juicio, se cuidaran muy bien de contradecir, va-- riar o alterar el contenido del acto, porque la ley se lo prohíbe.

15.- Muchas veces son causas de nulidades que impiden el cum-- plimiento del fin querido por el interesado.

16.- Su larga trayectoria histórica no es óbice para que en la natural y progresiva evolución del Derecho vayan cambiando los conceptos, concatenadamente con los hombres y las instituciones que - constituyen sus basamentos y que evolucionan también transformándo se poco a poco.

17.- El Derecho comparado que relacionaremos, nos da por su estimable calidad una nueva prueba de que la tendencia moderna tiende a la eliminación total de los testigos.

18.- Toda la teoría testifical gira alrededor de la prueba y - la prueba ha dejado de ser la única finalidad del instrumento pú-- blico. El valor forma, ocupa el primer lugar. Es más importante -- ser requisito para el nacimiento o celebración del negocio que probar alguna vez su existencia.

19.- Ha llegado el momento de decir lo que todos sabemos, que pese a la clara disposición del Código, los testigos no están presentes ni firman la escritura al momento de su celebración, en la inmensa mayoría de los casos. Sólo firman las escrituras públicas para dar cumplimiento a la ley.

20.- Entre los instrumentos públicos y privados, los primeros llevan superior valía por su autenticidad. Sin embargo, si el privado, que es lo menos no lleva testigos, no entendemos porque el público que es lo más, que va plétórico de garantías y seguridades debe tener un elemento como el testigo, considerado innecesario para aquellos otros carentes de esas garantías y seguridad.

21.- La uniformidad en base a los principios del Derecho latino es también argumento para mejorar lo nuestro. Velez Sársfield - tuvo como ejemplo a las mismas legislaciones que ahora evolucionadas tratamos de seguir aunque más avanzadamente que ellas, porque propondremos a la inexistencia absoluta de los testigos en los instrumentos públicos." (32)

Es indudable que los anteriores argumentos pueden aplicarse a los testigos testamentarios que intervienen en los testamentos públicos regulados por el Código Civil del Distrito Federal.

El autor referido en la cita anterior opina:

"La fe pública, única e indivisible, está a cargo del notario.

No hay ni se necesitan, otras personas que la compartan. Él es el forjador del instrumento, el técnico a las partes, el que respaldará por toda la estructuración jurídica. Nada pueden hacer, de trás de él, los testigos instrumentales.

Si no concocen a los otorgantes, demosle autorización suficiente para que por todos los medios a su alcance llegue al convencimiento de la identidad de éstos por el sistema que mejor le conven

ga en cada oportunidad. Los testigos de conocimiento sólo serán -- uno de esos sistemas, pero ni el mejor ni el exclusivo. Saquemos-- los de la legislación obligatoria y dejémoslo al arbitrio del au-- tenticador.

En cuanto a la diferenciación entre los actos inter-vivos y -- mortis causa, no vemos por qué si el acto es más o menos solemne -- podrá variar la fe pública para unos u otros. Limitarla a los tes-- tamentos es presumir graduaciones en ella, como si la moral consin-- tiera distingos." (33)

Resulta interesante exponer las tendencias de algunas legisla-- ciones, sobre el particular.

España ha eliminado la concurrencia de los testigos en casi la totalidad de las escrituras, salvo en los testamentos.

En Italia, las partes pueden renunciar a la concurrencia de -- los testigos instrumentales y así lo hacen en la mayoría de los ca-- sos. Se exceptúan de esta disposición las donaciones y el matrimo-- nio.

En Francia, todos los actos son realizados con la sola inter-- vención del notario, sin testigos a excepción de los testamentos,-- donaciones entre vivos, reconocimiento de hijos y en los casos en-- que una o más partes no saben o no pueden firmar.

En Cuba, no es necesaria su intervención, salvo cuando lo pi-- dan las partes o en los testamentos o cuando las partes no pudie-- ren firmar.

Se puede observar con la tendencia de las legislaciones ante-- riormente referidas, se pretende ir eliminando la concurrencia de-- los testigos en algunos actos jurídicos.

Rafael de Pina al hablar del testamento público opina lo si--- guiente;

(33).- Ibid. pág. 282

"Lo que carece de sentido, a nuestro entender, es el reforzar la fe pública notarial con el testimonio instrumental de otras personas." (34)

El Lic. Felipe Guzmán Nuñez opina lo siguiente al hablar de -- los testigos que intervienen en el testamento público abierto:

"En cuanto a la conveniencia de que nuestra ley siga conservando estas disposiciones, cabría pensar si no sería bueno tener unas disposiciones como las de la Ley Alemana, mencionada anteriormente, en el cual se dejara en libertad al testador de llamar testigos o no. Desde luego considero que se ganaría en agilidad ya -- que este procedimiento que ha durado tantos siglos, no lo objeto -- por antiguo, en la actualidad entorpece esta clase de actos, además de ser una patente desconfianza, por parte del legislador hacia el notario." (35)

En este sentido se expresan autores como Bonnacase, quien dice que esta forma era muy usada, pero ha perdido atractivo para los testadores con el desarrollo del ológrafo.

Julius Binder expresa, "los objetivos de estas prescripciones de forma se alcanzan plenamente por medio del testamento público, -- el cual sin embargo lleva consigo la observancia de una pesada serie de formalidades...El testamento privado llamado testamento ológrafo, testamentum holographum, es una forma testamentaria mucho -- más sencilla y consiguientemente más cómoda que el testamento público. Procede del Derecho Francés, en cuyo territorio es forma -- testamentaria más frecuente y ha tomado rápidamente carta de naturalización en Alemania. Las ventajas del ológrafo son la comodidad ...expresa Trabucchi." (36)

(34).- Pina Rafael de, op. cit. pág. 332

(35).- Guzmán Nuñez Felipe, op. cit. pág. 100

(36).- Binder Julius, op. cit. pág. 382

También es elocuente lo que dice nuestro legislador en la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal;

"...como novedad en el Proyecto del Código se adoptó el testamento ológrafo, es decir, testamento escrito todo de puño y letra del testador sin intervención del notario, ni de ningún otro funcionario y sin que el testador este obligado a observar la enorme cantidad de ritualidades con que la ley rodea a los testamentos...

Sin duda puede disminuirse esas ritualidades y hacerse mucho más expedito, sin perder las seguridades que llevan consigo los testamentos públicos; bien hechos, apegados a la ley; precisión a quien lo debe aplicar, evitando alguna de las controversias en materia de prueba." (37)

La razón de mayor peso, en nuestra opinión, para pugnar por la supresión de los testigos en esta clase de testamentos, por lo menos como obligatorio, es que al notario se le reitera esa confianza que se ha depositado en él, al exigir en esta clase de actos, - testigos instrumentales; se le retira y ya no hay consecuencia lógica con la definición tan solemne que dan del notario los artículos 2 y 3 de la Ley del Notariado; persona investida de fe pública es decir que con ésto se le quita parte de la potestad que el Estado ha delegado en su persona.

El Lic. Agustín Tellez Cruces con motivo de la inauguración del Archivo de Notarias, el 7 de octubre de 1969 expresó, "...ser notario es tener la fe pública que el Estado delega a un hombre -- convirtiéndolo en portaestandarte de la verdad, para mayor vencimiento y estabilidad de las relaciones humanas... Si la seguridad jurídica es esencial para la convivencia, el notario lo hace in-- cuestionable y vigente." (38)

(37).- Guzmán Nuñez Felipe, op. cit. pág. 101

(38).- Ruiz Ramón E., op. cit. pág. 92

Desde nuestro punto de vista, consideramos acertadas las opiniones anteriores, así para mayor abundamiento, para poder juzgar sobre la necesidad de los testigos en los testamentos públicos, resultaría interesante considerar, si sería posible que los testigos que intervinieron en un testamento, posteriormente declararan en juicio en contra de lo que se dejó asentado en el testamento por el notario y respecto de lo cual los propios testigos manifestaron su conformidad en ese acto.

Exponemos a la vista el muy elevado criterio de la Suprema Corte de Justicia y del tribunal Superior de Justicia.

"INSTRUMENTOS PUBLICOS.- Para destruir su fuerza probatoria, se necesitan elementos de prueba más poderosos que los que pueda tener el instrumento público que se trata de destruir y que, naturalmente, tienen que ser distintos de aquellos mismos que constituyen dicho instrumento.

TESTIGOS.- Las declaraciones que hagan, robustecidas por el dicho de un funcionario público a quien la ley concede facultad para certificar, son preferentes a las que se hagan sin esa circunstancia.

(Semanario Judicial de la Federación, 5a. época, Tomo XI, segunda parte, pág. 850, Quejoso Sánchez María Cruz y Medina Pascual 26 de septiembre de 1972)." (39)

TESTAMENTO.- "Acción de nulidad. Valor de la Prueba Testimonial para justificarla.

La impugnación de un testamento, en cuanto a su validez, cuando se apoya en testigos, en general no debe admitirse por ser necesario para ese efecto que concurran elementos más poderosos que los del instrumento mismo que se trata de destruir y siendo la prueba testimonial, menos poderosa para ese efecto; más aún en los

(39).- Semanario Judicial de la Federación... pág. 351

casos en que hubiera declaraciones de testigos que sean contradictorias con las que los mismos testigos produjeran antes, porque es racional suponer que la primera declaración es la que verdaderamente está apegada a la verdad y sobre todo si el testimonio se ha -- producido en un instrumento público que esta apoyado por la fe del notario.

Entre lo atestiguado al firmar el testamento ante el notario y lo declarado por los testigos en sentido contrario ante el juez -- con motivo de una discutida legalidad del testamento hay que atenderse al acto primero porque para cuestionar la fuerza probatoria de un instrumento público se necesitan elementos más poderosos, -- probatorios y además deben ser de mayor fuerza y distinta del testamento.

Por lo que debe darse mayor valor a las declaraciones de los -- testigos robustecidas por el dicho del funcionario público y la fe que da en el acto; que las declaraciones que se rindan sin esas -- condiciones.

(Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Cuarta -- Parte, Volumen 9, pág. 44, Quejoso Ignacio Sánchez Mena, 26 de septiembre de 1969.)." (40)

Podemos concluir de acuerdo con las ejecutorias anteriores, -- que no existe la posibilidad de que los testigos que intervinieron en un testamento, sirvan de prueba posteriormente para desvirtuarlo que dejó asentado el notario en el instrumento.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto en el contenido de nuestra investigación, concluimos la misma bajo las siguientes aseveraciones.

PRIMERA. El testamento ha sido uno de los actos jurídicos más solemnes, en la historia de la humanidad. Por lo tanto su importancia y trascendencia ha pasado a los Códigos Civiles, rodeado de numerosos requisitos, los cuales en ocasiones resultan ser excesivos.

SEGUNDA. El hecho de que hasta hoy se siga conservando la existencia de los testigos en los testamentos, se debe a una simple tradición o reminiscencia histórica.

TERCERA. La fe del notario es única e indivisible y por consiguiente no hay necesidad de que ésta sea complementada con la intervención de los testigos, los cuales no tienen ninguna utilidad en la formación del acto ya que éstos concurren al mismo, sin ningún interés, ni responsabilidad.

CUARTA. La intervención de los testigos en los testamentos privados, desempeñan una función muy importante, pues en este tipo de testamentos substituyen por completo al notario, - no en su calidad de fedatario público, sino con su concurrencia en la celebración del acto testamentario.

QUINTA. En cuanto a los testigos de identidad, consideramos -- que podrían ser útiles al notario cuando no conozca al testador, sin embargo, no es el único medio de que el propio notario dispone para cerciorarse de la identidad del testador, pues tiene otros a su alcance, los cuales se encuentran señalados en el artículo 63 de la Ley del Notariado -

del Distrito Federal, siendo una prerrogativa de su persona el elegir el que más le convenga.

SEXTA. La intervención de los testigos instrumentales debe ser eliminada en los testamentos públicos o bien su concurrencia debiera ser voluntaria para el testador y el notario, cuando concurra alguna circunstancia especial.

SEPTIMA. No nos explicamos porque en el depósito que se hace del testamento ológrafo, ante el jefe del Archivo General de Notarias, según el artículo 1554 del Código Civil, no se requieren testigos, más que en el caso de que el testador no sea conocido por el jefe de dicha dependencia. En cambio cuando se trata del testamento público abierto, que es realizado ante un notario, si se requieren testigos para la celebración del acto.

OCTAVA. La intervención de los testigos, resulta ser un obstáculo para el testador, cuando es su deseo el que sus disposiciones testamentarias no sean conocidas, por otra persona distinta al fedatario público.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

- Arazi Roland, "La prueba en el proceso civil", s. ed., Ed. He-
liasta, Buenos Aires, 1976.
- Becerra Bautista José, "El proceso civil en México", 7a. ed., -
Ed. Porrúa, México, 1979.
- Beneyto Pérez Juan, "Instituciones de derecho histórico espa-
ñol", s. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1930.
- Binder Julius, "Derecho de las sucesiones", s. ed., Ed. Labor,
Barcelona, 1953.
- Biondi Biondi, "sucesiones testamentarias y donación", 8a. ed,
Ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- Caravantes José de Vicente, "Tratado histórico, crítico, filo-
sófico de los procedimientos judiciales en materia civil",
s. ed., s. Ed., Madrid, 1856.
- Carnelutti Francisco, "Sistema de derecho procesal civil", s.-
ed., Ed. Uthea Argentina, Buenos Aires, 1944.
- Carral y de Teresa Luis, "Derecho notarial y registral", 4a. -
ed., Ed. Porrúa, México, 1978.
- Clemente Diego F., "Instituciones de derecho español", s. ed.,
Publicaciones de la residencia de estudiantes, Madrid, ---
1932.
- Colín y Capitant, "Curso elemental de derecho civil", 3a. ed.,
Ed. Reus, Madrid, 1951.
- Cossio Alfonso de, "Instituciones de derecho civil", t. II, --
s. ed., Ed. Alianza, Madrid, 1975.
- Emérito González Carlos, "Teoría general del instrumento públi-
co", s. ed., s. Ed., Buenos Aires, 1953.
- Ennecerus Ludwig Theodor Kipp y Martín Wolff, "Tratado de dere-
cho civil", t. V, 8a. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1930.
- Florig Margadant S. Guillermo, "El derecho privado romano", --
1ª ed., Ed. Espinge, México, 1960.
- Gutiérrez Fernández Benito, "Código o estudios fundamentales -
sobre el derecho civil español", 5a. ed., Librería de Ga--
briel Sánchez, Madrid, 1878.

- Ibarrola Antonio de, "Cosas y sucesiones", 4a. ed., Ed. Porrúa México, 1977.
- Manreza y Navarro José Ma., "Comentarios a la ley del enjuiciamiento civil", t. VI, s. ed., Imprenta de la revista de la gislación, Madrid, 1895.
- Mateos Alarcón Manuel, "Estudios sobre las pruebas en materia-civil, mercantil y federal", s. ed., Ed. Cárdenas Editor,- México, 1971.
- Mazeaud Henry León y Mazeaud Jean, "Lecciones de derecho civil", t. II, tr. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, s. ed.- Edic. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- Pina Rafael de, "Elementos de derecho civil", t. II, 10a. ed., Ed. Porrúa, México, 1980.
- Planiol Marcel y Ripert Jorge, "Tratado práctico de derecho civil francés", t. II, s. ed., Ed. Cultural, la Habana, 1945
- Folacco Victor, "Las sucesiones", tr. del italiano por Félix - Martínez Giralt, s. ed., Imprenta la propagandista, la Habana, 1931.
- Ricci Francisco, "Derecho civil teórico y práctico", t. V, tr. por Eduardo Ovejero, s. ed., Ed. la España moderna, Madrid s. a.
- Rojina Villegas Rafael, "Derecho civil mexicano", t. IV, 4a. - ed., Ed. Porrúa, México, 1976.

LEYES Y JURISPRUDENCIA

- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Ley del Notariado para el Distrito Federal.
- Compilación Alfabética, "Semanario Judicial de la Federación", Tesis y Jurisprudencia, Séptima Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Volúmenes del 1 al 36.

OTRAS FUENTES

- Cabanelas Guillermo, "Diccionario de derecho usual", 11a. ed.- Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1946.

Corominas Juan, "Diccionario crítico etimológico de la lengua-castellana", t. IV, s. ed., s. Ed., Madrid, 1976.

"Diccionario de la real academia de la lengua española", s. ed Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970.

Fernández de León Gonzálo, "Diccionario de derecho romano", -- s. ed., Ed. Sea, Buenos Aires, 1962.

Guzmán Nuñez Felipe, "Revista de derecho notarial", (México D. F.), Año XVII, No. 52

Martínez Madero Manuel, "Revista de derecho notarial (México - D. F.), Año XIX, No. 61

Ruiz Ramón E., "Revista de derecho notarial", (México D. F.),- Año XI, 1975.