

## **LA INTERVENCIÓN DE TESTIGOS EN LA HISTORIA DE LOS TESTAMENTOS**

*Lic. Javier Arce Gargollo\**

---

\* Notario del Distrito Federal.

## I. INTRODUCCIÓN

Testamento viene “del latín *testamentum*, y éste de *testis*, testigo, y de *testor*, atestiguar; algunos lo hacen derivar de *testatio et mens*, testimonio de la mente o de la voluntad”.<sup>1</sup>

En la evolución de las solemnidades testamentarias, encontramos que este acto jurídico ha sido en la gran mayoría de los casos otorgado ante testigos, cuyo número ha variado en atención al tiempo y a las diferentes formas en que se ha otorgado.

La idea de este trabajo es exponer, brevemente el papel que han tenido los testigos en las principales formas testamentarias desde su creación en Roma hasta las disposiciones que rigen al Código Civil para el Distrito Federal.

## II. LOS TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS DEL DERECHO ROMANO

“El testamento, como los romanos lo concibieron, no tiene precedentes en la historia del Derecho antiguo... se nos presenta como una de las creaciones más originales y características del genio jurídico latino.”<sup>2</sup>

Aunque hay numerosas formas testamentarias en la evolución del Derecho romano, sobre todo en los últimos siglos, señalo las más destacadas.

a) *El testamento calatis comitiis*.—Dentro de las formas testamentarias arcaicas, este testamento “tenía un carácter eminentemente religioso y público, y una estructura oral mediante el pronunciamiento de palabras solemnes. Se realizaba ante el pueblo (*populus*) reunido para los comicios (*comitia curiata*), convocados y presididos por los pontífices”.<sup>3</sup> En este testamento, el *populus* actuaba como testigo.

<sup>1</sup> *Diccionario de Derecho Privado*, Editorial Labor, Madrid, 1951, voz: testamento.

<sup>2</sup> Biondi, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación*, 2ª ed., traducido por Manuel Fairén, Ed. Bosch, Barcelona 1960, págs. 15 y 16.

<sup>3</sup> Martos Calabrús, Ma. Angustias, *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 1998, pág. 18.

b) *El testamento in procinctu.*—“Se hacía ante el ejército formado en orden de batalla y dispuesto para el combate, y puede considerarse que era sustituto del anterior en aquel caso supremo.”<sup>4</sup>

c) *Testamento per aes et libram.*—Para el derecho civil, no valía el testamento si no se había celebrado con esta formalidad, pero de hecho, lo que atestiguaba la voluntad del testador eran las tablillas (*tabulae testamenti*) y por eso, el pretor consideró que el testamento eran las mismas *tabulae* y ofreció la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien apareciera instituido heredero en unas tablillas selladas con los sellos íntegros de *siete testigos*. Estos testigos eran los cinco de la *mancipatio*, más el *librepens* y el *emptor familiae*.

En este sentido se puede hablar de un testamento pretorio, escrito, con *siete testigos*, frente al testamento civil, oral, de *cinco testigos*.<sup>5</sup>

d) *El testamento tripertitum.*—Así le llama el emperador Justiniano, porque deriva de tres fuentes: el derecho civil antiguo, el derecho pretorio y las constituciones imperiales. Sus requisitos son *unitas actus*, o sea unidad de tiempo y de contexto, la presencia de *siete testigos* que debían ser simultáneos, rogados y voluntarios.

El testamento podía ser *ológrafo* y *allografo*. En el primero no era necesaria la firma del testador, pero en ambos se requería firma y sello de cada uno de los testigos. En el testamento oral o *nuncupativo*, se requería que el testador manifestara claramente su voluntad ante testigos.<sup>6</sup>

### III. LOS TESTAMENTOS EN LA EDAD MEDIA <sup>7</sup>

a) *El Breviario de Alarico (año de 506).*—Se distingue entre el testamento civil y pretorio. Para el primero, que es escrito exige *cinco testigos*; el pretorio exige *siete testigos*. Junto a éstos existe un testamento nuncupativo con *siete testigos*.

b) *El testamento en algunos Fueros.*—En la Alta Edad Media la forma más utilizada fue la oral, subsistiendo la forma escrita en ambientes más cultos como las ciudades y los monasterios. La mayoría de los actos *mortis causae* son disposiciones piadosas que se conservan

<sup>4</sup> Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Editorial Reus, Madrid 1965, pág. 603.

<sup>5</sup> Cfr. D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Tercera edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, Núm. 273.

<sup>6</sup> Bonfante, *op. cit.*, pág. 606.

<sup>7</sup> Cfr. Martos Calabrús, *op. cit.*, págs. 32 a 54.

en los cartularios de las propias entidades beneficiarias. La forma es muy simple, se realiza ante *testigos* estableciendo el destino de los bienes y nombrándose un ejecutor, o sólo se designaba un ejecutor que hiciera la disposición tras la muerte del causante.

Respecto a la forma escrita, los Fueros dicen poco. Es en el Fuero de Soria y en el Fuero Real (ambos del año de 1255) donde se establecen diversas formas de mandas escritas: la pública, que consagra por primera vez la figura del *notario* y la privada sellada por el autor de la manda.

La intervención de *testigos* se exige como fundamento de certeza en el otorgamiento, pero no se establece nada respecto a su número. En los documentos de la época no se encuentran menos de dos y en cuanto a los requisitos, serían principalmente hombres, ya que las mujeres solamente podían ser en los testamentos ante párroco, y sólo si eran de buena fama.

c) *El testamento en la Baja Edad Media.*—El más empleado es el *nuncupativo*, que requiere la presencia de *siete testigos* en la ciudad y *cinco* en el campo, ante los cuales el disponente declaraba su voluntad. Para la validez del testamento era necesario que los testigos acudieran luego al juez instándole para que recibiera el contenido y estas declaraciones las tenía que recoger por escrito el notario, lo que convertía a este testamento en un testamento público.

d) *El testamento en las Siete Partidas (1252 a 1259).*—Este ordenamiento recoge el testamento nuncupativo del Derecho pretorio y el testamento escrito. Los testamentos tenían que cumplir algunas solemnidades comunes, como la presencia de *testigos*. El número es diferente, se requieren *siete* para el abierto, el cerrado y el del ciego; *cinco* en el testamento de los aldeanos y *dos* en el de los caballeros.

e) *La Compilación de Huesca (1247).*—Esta Compilación del Derecho aragonés regula una variedad de formas de testamento, entre los que destaca el testamento público ante notario que requería *dos testigos*.

f) *El Ordenamiento de Alcalá (1348).*—Este ordenamiento simplifica las solemnidades externas del testamento. El número de *testigos* se reduce a tres o cinco, según la forma del testamento y se suprime el requisito de rogación. Hay una mayor variedad en las formas testamentarias: el que se hace ante notario y *tres testigos* vecinos, ante *cinco testigos* vecinos, sin notario.

#### IV. LOS TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS DE LA EDAD MODERNA

*Ordenamiento de Montalvo (1484)*.—Como en las Partidas, este Ordenamiento vuelve a distinguir entre el testamento abierto, nuncupativo, del cerrado —*in scriptis*— que requería *siete testigos* y escribano público.

En la Edad Moderna, el requisito que destaca, junto con la concurrencia de *testigos*, es la intervención notarial. La institución del notariado goza de una importancia decisiva. La *Pragmática de Alacalá (1503)*, contiene disposiciones como la redacción íntegra en el protocolo, la custodia de éste, el proceso formal del instrumento público, la lectura a los otorgantes y la firma.<sup>8</sup>

#### V. LOS TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS DE LOS MODERNOS CÓDIGOS

a) *Código Napoleón (1803)*.—Originalmente el testamento público abierto debía otorgarse ante dos notarios y *dos testigos*, o un notario y *cuatro testigos*. En reforma de 1950, se estableció que podía otorgarse ante dos notarios sin testigos o un notario y *dos testigos*.

b) *Código Civil español (1889)*.—En este Código, antes de la reforma del año de 1991, el testamento público abierto se otorgaba ante notario y *tres testigos*.

Con la reforma de 1991 se suprimen los *testigos* en los testamentos notariales, con excepción de aquellos en los que el testador no sabe o no puede firmar, sea ciego o no puede leer por sí el testamento o cuando el testador y el notario así lo soliciten.

c) *El Código Civil italiano (1942)*.—En este ordenamiento, el testamento público abierto debe otorgarse ante notario y *dos testigos*.

#### VI. LA PRESENCIA DE TESTIGOS EN ALGUNOS ACTOS DEL DERECHO PRIVADO

¿Qué actos jurídicos en nuestro Código requieren de testigos? En general puede decirse que cuatro grupos de actos requieren *testigos*:

- a) Las actas del Registro Civil.
- b) Algunas notificaciones e interpelaciones (arts. 1292, 2036, 2080, 2409).
- c) Actos como la cesión de créditos (art. 2033), la carta poder (art. 2555).

<sup>8</sup> Cfr. Martos Calabrús, *op. cit.*, pág. 59.

d) Los testamentos: opcional para el público abierto (art. 1513); obligatorio si el testador es sordo (art. 1516), ciego (art. 1517), no puede o no sabe firmar (art. 1514); el público cerrado (arts. 1523, 1524); el ológrafo para su presentación (art. 1554); el privado (art. 1567); el militar (art. 1579) y el marítimo (art. 1584).

La presencia de *testigos* en estos actos jurídicos tiene como finalidad el ser un medio de prueba del acto, de modo que cuando el acto debe presentarse para su declaración formal, o demostrarse su existencia ante el juez se debe llamar a los *testigos*. Por ejemplo en los casos de apertura de un testamento público cerrado o la declaración judicial de validez de un testamento privado.

El término de testigo corresponde, sobre todo, a la materia procesal. En este sentido, se dice que: "*Testigo* es la persona ajena a las partes que declara en juicio sobre hechos relacionados con la controversia, conocidos por ella, a través de sus sentidos. El ser ajena consiste en que no le afecte el resultado de la sentencia."<sup>9</sup>

## VII. LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO EN LOS CÓDIGOS MEXICANOS

En los diversos códigos civiles que han estado vigentes en el Distrito Federal, el testamento público abierto es el que se otorga ante notario y *tres testigos*. Así lo señalan el artículo 1511 del Código vigente antes de la reforma de (art. 3769), el Código Civil de 1884 (art. 3499), el Código Civil de 1870 (art. 3769), el Proyecto Justo Sierra (art. 572) y su antecedente, el Proyecto de García Goyena (art. 565).<sup>10</sup>

La función de los *testigos* en el testamento público abierto es identificar al testador, determinar que está en su cabal juicio y que no hay coacción. Cuando concurren con el notario son instrumentales (1543), necesarios para la validez del instrumento.

Con el notario, tienen los *testigos* la calidad de autorizantes y deben oír y ver todo lo que dice el testador, para asegurarse de que conserva su cabal juicio y su libertad moral. Deben también apreciar si la voluntad del testador ha sido transcrita fielmente. En este sentido siguen siendo garantía para el notario y el mismo testador.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, Ed. Porrúa, 14ª edic., México, 1992, págs. 119 y 120.

<sup>10</sup> Cfr. Batiza, Rodolfo, *Las fuentes del Código civil de 1928*, Editorial Porrúa, México, 1979.

<sup>11</sup> Cfr. Arce y Cervantes, José, *De las sucesiones*, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1999, págs. 118 y 119.

### VIII. LA SUPRESIÓN DE LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO

Por reforma aparecida en el *Diario Oficial* del 6 de enero de 1994, se reformaron diversos artículos del Código civil y se suprimieron los *testigos* instrumentales obligatorios en el testamento público abierto (art. 1511). Sólo estableció como excepción la presencia de *dos testigos* (no de tres) en los casos *especiales* en los que el testador: no sabe o no puede firmar (art. 1514), es enteramente sordo (art. 1516), es ciego (art. 1517) o así lo solicite el notario o el propio testador (art. 1514).

En otros códigos civiles de algunas entidades federativas se han suprimido *los testigos* en el testamento público abierto, como en los códigos civiles de los estados de Jalisco, Estado de México, Querétaro, Colima, Sonora, Veracruz y Baja California Sur. En estas legislaciones, como en la del Distrito Federal, es opcional para el notario o el testador, el que comparezcan *dos testigos* al testamento.

### IX. CUADRO RESUMEN

<i>Testamento</i>	<i>Época</i>	<i>Testigos</i>
1. <i>Calatis comitiis</i>	Derecho Romano arcaico	todo el pueblo
2. <i>In procinctu</i>	Derecho Romano arcaico	ante el ejército
3. <i>Per aes et libram</i>	Derecho Romano	siete
4. <i>Tripertitum</i>	Justiniano	siete
5. Civil (escrito)	Breviario de Alarico	cinco
6. Pretorio (oral)	Breviario de Alarico	siete
7. Escrito	Fueros de Soria y Real	más de dos
8. Nuncupativo	Baja Edad Media	siete
9. Nuncupativo	Siete Partidas	siete, cinco, dos
10. Ante notario	Compilación de Huesca	dos
11. Ante notario	Ordenamiento de Alcalá	tres vecinos
12. Sin notario	Ordenamiento de Alcalá	cinco vecinos
13. Cerrado (escribano)	Ordenamiento de Montalvo	siete
14. Público abierto	Código Napoleón (1803)	cuatro, dos
15. Público abierto	Código español (1889)	tres
16. Público abierto	Código italiano (1942)	dos
17. Público abierto	Cód. Civ. Mex. (1870)	tres
18. Público abierto	Cód. Civ. Mex. (1884)	tres
19. Público abierto	Cód. Civ. Mex. (1928)	tres