

# La Capacidad Legal para Testar y Testificar

Por el Lic. Eleuterio Valencia Carranza

No es ahora el momento propicio para hacer un análisis exhaustivo de las diversas causas de incapacidad absoluta y respectiva para testar y testificar; mas en cambio, si es oportuno resaltar la incapacidad natural y legal derivada de la falta de edad el estado por el articulo 503, en relación con el 694, del Código Civil.

La opinión que a titulo personal ahora exteriorizo, no tiene otro propósito que el de contribuir en la medida y limite de mis posibilidades y experiencias profesionales, en los plausibles esfuerzos que con denuedo y perseverancia emprende el actual Consejo de Notarios del Estado, para el estado de Jalisco.

La opinión que a titulo personal ahora exteriorizo, no tiene otro propósito que el de contribuir en la medida y limite de mis posibilidades y experiencias profesionales, en los plausibles esfuerzos que con denuedo y perseverancia emprende el actual consejo de Notarios del Estado, para encontrar formulas de superiores de perfeccionamiento y rectitud en la noble función notarial.

El código Civil para el Estado de Jalisco, expedido el 27 de febrero de 1935, por el gobernador don Sebastián Allende, publicado en el Periódico Oficial del "EL ESTADO DE JALISCO", el día de 4 de mayo del propio año y en vigencia a partir del de enero de 836, consagra a la libertad de testar, apartándose en consecuencia, del sistema de legítimas.

La única taxativa que impone, estriba en el deber de dejar alimentos a las personas mencionadas en el articulo 1302, en relación con el 1308. Este criterio lo comparten los Códigos de Panamá, Honduras y Costa Rica.

En España se manifiestan como partidarios de la libertad de testar, juristas tan eminentes como Costa, Azcarate, Nocedal, Silverio, Morales y Sanchez Román, Acuden que la libertad de testar es necesario complemento de la libertad individual del testador, en atención a que una distribución mas equitativa de la herencia, favorece la estabilidad de la familia y remedia la crisis de la maternidad, El derecho anglosajón se pronuncia por la mas absoluta libertad de testar.

En la Legislación Soviética solo pueden ser herederos los descendientes directos, el cónyuge supérstite y las personas inútiles para el trabajo y carentes de recursos a quienes hubiere mantenido el causante desde un año antes de su muerte. El sistema de legítimas, dice Barassi, concilia los dos opuestos intereses, la autonomía del difunto y la expectativa de la familia.

Ahora bien, entrando propiamente en materia, el Código Civil para el Estado de Jalisco, respecto del testamento publico abierto, aun conserva disposiciones que a todas luces carecen de absoluto de consonancia substantiva, toda vez que, por una parte, de los artículos 1240 y 1436, fracción II, interpretados a contrario sensu, se desprende que los menores que han cumplido 16 años de edad, tienen capacidad legal, tanto para otorgar testamento como para intervenir como testigos instrumentales en el propio acto de voluntad, y por otra parte, el numeral 503, en relación con el 694, categóricamente dispone que los menores de edad tienen incapacidad natural, y legal; a mayor abundamiento, el artículo 17 del propio cuerpo de leyes, dispone que la menor edad constituye restricción a la personalidad jurídica; pero que los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Así mismo, el artículo 695, precisa que el mayor de edad, dispone libremente de su persona y de sus bienes, mas no el de menor de edad, aun cuando se hubiere substraído legalmente de la patria potestad o tutela, bien a virtud de emancipación por razón de matrimonio o por encontrarse en la hipótesis prevista por el artículo 690.

Del diverso artículo 691, fracciones II y III, se divierten que si bien el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, no tiene la libre disposición de los mismos, por cuanto que siempre necesita durante su menor edad:

“...de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes y raíces; y de un tutor para los negocios judiciales.”

Como es sabido, de acuerdo con la norma definitoria (artículo 1229 y 1445), el testamento publico abierto es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone, ante Notario y tres testigos idóneos, de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

Conforme a los artículos 424, fracción IV y 522, el testamento publico abierto, además de ser un acto patrimonial, puede contener disposiciones de naturaleza extra patrimonial como es el caso de reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio y de designación de tutor para los descendientes sobre quienes ejerza la patria potestad, con inclusión del hijo póstumo.

La definición enunciada supera en gran medida la noción de carácter únicamente patrimonial que ofrece diversos códigos extranjeros, entre otros, el Alemán, el Francés, el Italiano, el Español y el Argentino, que solo contienen disposiciones de carácter meramente patrimonial.

Al propio tiempo, es un hecho notorio que la función de los testigos instrumentales es de mayor envergadura y significado que la de los testigos de identidad, por cuanto que aquellos intervienen en el desarrollo integro, continuo y unitario del acto solamente del testamento, e cuya presencia del testador dispone de sus bienes, instituye herederos y legatarios, nombra albacea y además particulares del testamento publico abierto; en cambio, los testigos de identidad o conocimiento, se limitan, principalmente, a manifestar al Notario que conocen al testador y que es la persona cuyo nombre le ha proporcionado.

Sobre el particular, el Primer Tribunal Colegiado del cuarto Circuito, ha sostenido el criterio en el sentido que - - - - -

...En efecto, la responsabilidad considera que la circunstancia de que el Notario no haya asentado que la voluntad de testador se hubiere manifestado ante el y los testigos que intervinieron en ese acto no es una formalidad esencial para la validez del testamento, razonamiento contrario a lo dispuesto por el artículo 1405 del código Civil de Tamaulipas, (1445 C.C. Jalisco), que dice: "Testamento publico abierto es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos", en relación con el 1406 (1446 C.C. Jalisco) que establece: "El testador expresara de un modo claro y terminante su voluntad al notario y a los testigos...; advirtiéndose, por lo tanto, como requisito indispensable, que la manifestación de esa voluntad se haga ante la presencia de los testigos, esto es, darlos por presentes junto con el que va a testar, en la redacción de un testamento publico abierto, además, el notario deberá exigir la presencia física de los testigos que van a intervenir en el acto, obligación que se deriva de los citados artículos, que se deriva de los citados artículos, que por lo que no es correcto que primero se de por presente a quien va a otorgar el testamento, y después se corrija tal omisión, con el solo hecho de manifestar que para cumplir con las formalidades del procedimiento", se presentan a las personas que van a intervenir como testigos que van a intervenir en el acto, obligación que se deriva de los citados artículos, por lo que no es correcto que primero se de por presente a quien va a otorgar el testamento, y después se corrija tal omisión, con el solo hecho de manifestar que para cumplir con las formalidades del procedimiento", se presentara a las personas que van a intervenir como testigos. Al acontecer esto, se desprende que a los testigos, no se les hizo saber en el acto que iban a intervenir, ni sus alcances legales, y en el caso concreto esas personas solo se limitaron a dar fe de la firma que estampo el testador, contraviniendo los mencionados artículos, surtiéndose en consecuencia la hipótesis prevista por el artículo 1385 del citado ordenamiento legal, (1425 C.C. Jalisco) que dice: "El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley"; según se puede constatar en la resolución pronunciada en el amparo directo 346/85 publicada en el informe 1986. Tercera parte. Tribunales Colegiados. Pág. 366. quiere la libre y expresa manifestación del testador capaz, con intención de que produzca efectos jurídicos, el Codito Civil para el Estado de Jalisco, como ya ese dijo, faculta a los menores que han cumplido 16 años de edad para intervenir como testigos instrumentales en el acto solemne el testamento y , en cambio , t6al liberalidad no se hace extensiva a otras especies de testigos, a pesar de que no como antes se sostuvo, la función de los testimonios instrumentales es de mayor significación que la de los testigos de identidad o conocimiento. A manera de ejemplo, conviene mencionar que los testigos que intervienen en la formulación de las actas del Registro Civil, necesariamente deben haber alcanzado la mayoría de edad según lo previene el artículo 39, fracción I.

Así las cosas, resultan poco ortodoxo que los menores de edad no emancipados y, por ende, aun sujetos a la patria potestad o tutela, puedan disponer libremente del todo o de parte de sus bienes, al otorgar testamento publico abierto y que, además lealmente puedan ser reputados como testigos instrumentales idóneos, toda vez que salta a la vista que no es cosa común la idoneidad de un menor de edad para otorgar testamento publico o para intervenir como testigo instrumental en el propio acto solemne.

Sobre esta cuestión, conviene precisar que la redacción del Artículo 81 de la Ley del Notariado del Estado, es mas afortunada que la correspondiente del Código Civil, por cuanto que aquella, en forma clara, expresa y terminante exige la mayoría de edad para el efecto de intervenir como testigo instrumental.

Por tanto, en el supuesto de prosperar una iniciativa de la ley para reformar los preceptos pertinentes del código civil, es claro que el testamento publico abierto otorgado ante Notario y únicamente dos testigos instrumentales verdaderamente idóneos, sin duda, ofrecería mas seguridad jurídica y mayor discreción respecto a su contenido, que otro testamento otorgado ante Notario y tres testigos que aun no han alcanzado la mayoría de edad prevista por el artículo 694.

En cuestiones diversas al otorgamiento de un testamento publico abierto, la tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nacion, en tesis sustentada en amparo directo numero 3878/67, y publicada en el semanario Judicial de la federaron sexta época, volumen CXXIV (124) Cuarta parte, marzo de 1968. Pagina 93, baja la voz "TESTIMONIO SINGULAR, VALORACION DEL" (VALORACION DEL TESTIMONIO SINGULAR), en la que por ciento fue Ministro ponente, don Rafael Rojina Villegas, define que: - - - - -  
"La Autoridad Judicial solo puede incurrir en violaciones de garantías, cuando ejercita su arbitrio en forma contraria a la lógica o al buen sentido. Si bien es cierto que el solo hecho de que un testigo tenga carácter singular no es bastante para privar de eficacia a su testimonio, tampoco puede afirmarse a contrario sensu que todo testimonio singular merezca una fe absoluta; deben tomarse en consideración, al respecto, las circunstancias concretas que concurren en el caso, la naturaleza de los hechos materia de la prueba y la dificultad mayor o menor de su comprobación".

En estas circunstancias, hoy en día resulta innecesariamente elevado el numero de testigos instrumentales que exige el artículo 1445, en atención a que el 1 de enero de 1936, cuando entro en vigor el código Civil no se exigían los mismos requisitos que ahora previene la Ley de Notario del Estado a los interesados en obtener Fiat de Notario Publico y por ende, adquirir capacidad jurídica feudataria plena, como lo son los respectivos exámenes de capacitación y de oposición, en su caso , practicados ambos por Jurados compuestos con 5 Sinodales; independientemente de las exigencias insalvables de acreditar en forma fehaciente el titulo de licenciado en derecho y con 5 años cuando menos de ejercicio profesional el haber practicado durante 3 años por lo menos, en alguna de las Notarias del Estado, además, el Ministro Publico, en forma periódica y con fundamento en los artículos en los artículos 112 a 116 de la Ley del Notariado, practica visitas de inspección a las Notarias a fin de cerciorarse si se han cumplido los requisitos que señala la Ley de la Materia.

Para cumplir y por considerar que en la especie se trata de un interesante hallazgo, quisiera reproducir, con su benevolencia, el texto original de un modelo de testamento nuncupativo o publico abierto del año 1859, así como el de las ideas prevalecientes en aquella época sobre el valor y autoridad de las escrituras y que, al afecto, pueden consultarse en la cuarta edición de la obra titulada "El Novísimo Escribano Instruido", de Rodríguez de San Miguel, publicada en el año de 1892, por la casa Editorial "Imprenta y Encuadernación de A. de J. Lozano", en calle Cerrada de Jesús No. 10, México, D.F.

## MODELO DE UN TESTAMENTO NUNCUPATIVO

(Págs. 461 a 463)

“En el nombre de Dios Todopoderoso: yo Don Francisco López, Mayor de edad, natural y vecino de México, hijo legítimo de don Francisco López y doña Antonia García, ya difuntos, naturales y vecinos que fueron de la expresada ciudad, hallándome en cama con la enfermedad que Dios SE HA SERVIDO ENVIARME, PERO EN MI ENTERO y cabal juicio, y creyendo como firmemente creo en el inefable misterio de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y espíritu Santo, tres personas distintas y un solo Dios verdadero, el de la Encarnación y los demás que cree y confiesa nuestra santa madre la Iglesia católica, apostólica y romana, así mismo el de la inmaculada Concepción de nuestra señora la Virgen Maria, bajo su cuyo especial patrocinio y al de todos los santos encomiendo mi alma, ordeno mi testamento de la siguiente forma: Es mi voluntad que verificado mi fallecimiento, quede amortajado el cadáver con tal habito o trabajo, y sea conducido al cementerio sin ostentación alguna, y solo cado en un nicho que no sea costoso, sobre lo que hago especial encargo a mis albaceas.- A las mandas forzosas lego por una sola vez la limosna o cantidad acostumbrada.- En igualmente mi voluntad que el funeral sea humilde y muy moderado, sin que por ningún respeto humano dejen mis albaceas de observar esta advertencia pues prefiero se invierta en misas por mi alma, y en limosnas a pobres verdaderamente necesitados, los gastos que debía ocasionar un suntuoso y lucido funeral.- Quiero que a la mayor brevedad posible se celebren después de mi muerte tantas misas en altares privilegiados de tales iglesias, sin perjuicio de la cuarta parroquial, dándole de limosna un peso por cada una.- Declaro hallarme casado con doña Maria Pérez, natural de esta ciudad, de cuyo legítimo matrimonio he tenido tres hijos, don Pedro, doña Rosario y don Vicente, los cuales son menores de edad.- Así mismo declaro que l expresada mi esposa me entrego n dote diez mil pesos, según aparece de la escritura dotal que con tal fecha otorgue ante tal escribano, y que me pertenecen en propiedad como caudal mió privativo los bienes que expresa la escritura con este objeto otorgada en tal fecha por ante tal escribano, todos los que conservo sin haber vendido ni enajenado ninguno de ellos.

También declaro que no debo a nadie cantidad alguna.- Lego a la citada mi esposa, en prueba del cariño que la profeso, el quinto de todos mis bienes, derechos y acciones que me pertenezcan o puedan corresponder y mediante a que mis tres citados hijos se encuentran en la menor edad, nombro a su madre mi expresada esposa por su tutora y curadora con relevación de fianza.- En consideración a que mi hija doña Rosario, por razón de su sexo y del estado de enfermedad en que se encuentra, ha de verse mas necesitada que mis otros hijos, la mejoro en el tercio que le consigno en tales bienes. En el remanente que quedare de todos mis bienes, después de cumplido lo que en este testamento he ordenado, nombro o instituyo por mis únicos y universales herederos a mis tres mencionados hijos por iguales partes.- Y si los tres fallecieren dentro de la edad pupilar y no los sobrevive su madre, nombro por su heredero a don José Díaz, vecino de esta ciudad.- Es mi voluntad que si dejara alguna memoria con fecha posterior o este mi testamento, escrita por mi o al menor firmada, se cumpla todo su contenido y se tenga por parte de el como si en el mismo se hubiese expresado. Para cumplir esta ultima voluntad, nombro por mis albaceas y testamentarios a la referida mi esposa doña Maria Pérez y don José Díaz y a don Felipe López vecinos y residentes de esta capital, a quienes doy amplio para demandar judicial y extrajudicialmente los bienes que me pertenezcan, para que extrajudicial practiquen la participación de mis bienes ENTRE MIS HIJOS en conformidad a lo que dispuesto en este mi testamento, y les confiero todas las demás facultades que sean necesarias para cumplirlo y ejecutarlo, y se las concedo a todos de mancomunó y a cada uno de ellos de albaceazgo por todo el tiempo que para desempeñar su encargo

necesiten.- Y por el presente revoco y anulo todas las disposiciones testamentarias que antes de ahora en cualquier forma haya otorgado, aun cuando contuvieren cláusulas derogatorias generales o especiales, las que quiero se tengan por puestas en este mi testamento, pues es mi voluntad que ninguno valga ni tenga valor en juicio o fuera de el, excepto este testamento y memoria citada, que mando se tenga por tal, se cumpla en todas sus partes como mi ultima voluntad, o en la forma que mas haya lugar en derecho, así lo dijo y firmo el señor otorgante, a quien doy fe conozco, en esta ciudad, a tantos de tal mes y año, ante mi el infrascrito escribano del numero; siendo testigos don N., don N., don N., vecinos de la misma.- Francisco López.- ante mi Pedro Alonso.”

## **VALOR Y AUTORIDAD DE LAS ESCRITURAS**

(Págs. 140 y 141)

Nada estimula tanto a emprender con ardor y constancia el estudio de un ramo especial de una ciencia cualquiera, ni a procurar hacer en el útiles y provechosos adelantos, como el conocimiento exacto de su importancia. Esta es la causa que nos ha movido a dar una ligera idea del valor y autoridad de los instrumentos públicos después de haber tratado de sus diferentes especies y explicado los requisitos necesarios para su validez; pues estamos firmemente persuadidos de que conocía la importancia de las escrituras por los que aspiran al notariado, no podrán menos de interesarse en adquirir la ciencia necesaria para poder hacer escrituras que al mismo tiempo que sean monumentos indestructibles de los hechos que refieren, lo sean también de la inteligencia y sólida instrucción del escribano que las extiende y autorice.

