

LA SUPRESIÓN TOTAL DE TESTIGOS EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO *

Francisco Javier Villalón Ezquerro

A los doctores Luis Téllez y Arturo Fernández, impulsores del Análisis Económico del Derecho en México.

SUMARIO: Primera parte: Fe Pública Notarial. Estructura formal del testamento. Análisis económico-jurisprudencial Civil, rubros I a VI, (núms. 1 a 29). I. Introducción: Las razones de la propuesta de Reforma (núm. 1). II. Razones de coherencia del sistema de Fe Pública Notarial (números 2 a 6). III. Principio de unidad del acto (entre Obligación del Sistema Notarial de Fe Pública y Estructura Formal del Testamento) núms. 7 a 15). IV. La determinación de la presencia de testigos como cláusula accidental del testamento: dualidad efectiva testador-Notario unidad y eficacia formal de la misma (núms. 16 a 19). V. Análisis económico del Derecho y desregulación económica de la exigencia de presencia de testigos: El método de análisis económico jurisprudencial civil (núms. 20 a 24). VI. Razones propias de la estructura formal del testamento como negocio jurídico respecto a la supresión de testigos (núms. 25 a 29). Segunda parte: Perspectiva dinámica de la eficacia formal de la fe pública. Razones propias de la evolución histórica del derecho privado y experiencia iuscomparativista. (rubros VIII a XI, núms. 30 a 61). VII. Los testigos en el Testamento Público Abierto en el Código Civil de 1928 y en sus antecedentes directos (núms. 30 a 33). VIII. La función integral de fe pública notarial en su proyección testamentaria (núms. 34 a 43). IX. Proceso histórico de la dogmática iusprivatista y perspectivas iuscomparativistas del siglo XX (núm. 44 a 55). X. Conclusiones (núms. 56 a 60). XI. Colofón de consideración personal (dualidad a elección: sistema jurídico que fomenta un Derecho de juristas de tradición nacional o Derecho de conquista (núm. 61 y 62).

* Este documento es parte de una serie de estudios presentados en 1993 en el proceso de elaboración de la Reforma al Código Civil del D. F. que fuere publicada en el D.O. el 6 de enero de 1994. Se publica tal cual fue presentado salvo

PRIMERA PARTE

EFICACIA FORMAL DE LA FE NOTARIAL

Fe Pública Notarial
Estructura Formal del Testamento
Análisis Económico - Jurisprudencia Civil

Motivación de la Supresión Total de Testigos en el Testamento Público Abierto

I. INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES DE LA PROPUESTA DE REFORMA

1. La *Supresión total* de testigos en el testamento público abierto es una *medida normativa* (desregulación) *necesaria* por:

- a) Razones de *coherencia* del *Sistema de Fe Pública Notarial*;
- b) Razones de *Desregulación Económica*
- c) Razones propias de la *Estructura Formal del Testamento* como negocio jurídico;
- d) La experiencia de *Derecho Comparado* como razón adicional;
- e) Razones propias de la *Evolución Histórica del Derecho Privado* al respecto.

II. RAZONES DE COHERENCIA DEL SISTEMA DE FE PÚBLICA NOTARIAL

2. Respecto al núm. 1 a) (Razones de coherencia del *Sistema de Fe Pública Notarial*): Por definición la *Fe Pública* no necesita adición de testigos; o existe fe pública notarial o no existe fe pública notarial y si esto último, entonces estamos en el indeterminado ámbito de la prueba procesal.

3. Decimos *indeterminado ámbito de la prueba procesal del testi-*

las tres notas añadidas posteriormente y el número 62. La Reforma al Código Civil del D. F. acaba de ser imitada en la codificación civil del Estado de México (agosto de 1994). Agradezco al Consejo del Colegio de Notarios que haya permitido la publicación de este estudio en esta revista.

monio, porque sin Fe Notarial el negocio jurídico se encuentra sometido a:

a) La regla "*testis unus testis nullus*": exigencia procesal de dualidad de testimonios para que tengan valor y relevancia; el dicho de un único testigo es irrelevante;

b) La *valoración* de la prueba testimonial está directamente entregado al *criterio* judicial;

c) La amplitud de taches testimoniales es mayor, y su indeterminación por tanto;

d) La *indeterminabilidad* de los efectos testimoniales (la cual se origina, entre otras razones por su *falta de institucionalidad y garantía* jurídica);

e) La obvia *inexistencia* de *práctica profesional* testifical.

f) El testimonio testifical es imperfecto pues requiere de otros elementos de convicción judicial.

g) Por estas razones no se alcanza a configurar con certeza una prueba preconstituida.

4. En cambio la Fe Pública Notarial es:

a) Una *excepción legal* conciente y reflexiva de la regla citada;

b) Tiene *valor de prueba plena y presunción legal de validez* (dicho valor y presunción solamente pueden destruirse por impugnación demostrada así resuelta por el juez);

c) Existen *incompatibilidades y excusas* de actuación de tipo profesional;

d) Los efectos se encuentran *determinados* por la *garantía institucional* de la *configuración legal de la profesión* y sus prohibiciones e incompatibilidades por Ley;

e) La *efectividad* del *régimen legal* está *garantizada* por la *experiencia práctica especializada*.

d) Los efectos se encuentran *determinados* por la *garantía institucional* de la *configuración legal de la profesión* y sus prohibiciones e incompatibilidades por Ley;

e) La *efectividad* del *régimen legal* está *garantizada* por la *experiencia práctica especializada*;

f) En contraste el testimonio notarial integra un *documento perfecto* que no sólo no necesita otros elementos de convicción judicial sino que *incorpora fuerza legal conformadora* al acto que contiene;

h) Por estas razones el documento notarial sí alcanza una *triple finalidad de eficiencia* del orden jurídico.

i) Induce una *adecuada formación de la voluntad jurídica* de un negocio tan trascendente (fase *previa* de asesoría por seguridad jurídica anterior).

ii) Proporciona concomitantemente a la declaración la *forma legal* (fase del negocio en *acto* por seguridad jurídica presente).

iii) Protege con seguridad jurídica posterior (fase de seguridad jurídica posterior).

5. Entre las aplicaciones de este último punto está el contraste que queremos hacer de que el documento notarial sí *preconstituye* una *prueba procesal* y en realidad más que eso: no está en duda como prueba, la duda debe ser rogada e impugnada (tiene la *inercia procesal a su favor* ya que al revés de la prueba testifical se presume su validez antes de la calificación judicial y su impugnación requiere *impulso procesal*).

6. El régimen notarial es *incompatible* con el régimen legal esencial (obligatorio) de testigos procesales en el testamento público abierto por:

- a) La *coherencia* antes dicha;
- b) Razones de *economía procesal*;
- c) La *irrelevancia práctica* de la *función* testifical en virtud del contraste con la fuerza de la Fe Pública en el caso concreto del testamento público abierto;
- d) Por las *dificultades* que implica la *fijación* de la *celebración* del testamento.

DIVISIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

El estudio "la supresión total de los testigos en el testamento público abierto" se divide en dos partes:

I. Eficacia formal de la Fe Pública (perspectiva estática).

II. Perspectiva dinámica de la eficacia formal de la Fe Pública.

Por razones de edición y utilidad del documento no se ha independizado de la primera parte el análisis económico jurisprudencial civil. Sin embargo sabemos que hay razones para mantenerlo dentro de la sede de perspectiva estática de la Fe Pública aunque la ubicación más conveniente es como parte intermedia entre el primero y el segundo estudio. Pues desde luego presenta elementos dinámicos (vendrían a ser tres partes finalmente). Este estudio se efectúa en un medio de crisis jurídica mexicana y de falta de identificación con la tradición jurídica occidental que pensamos que no debe ser vista en forma alar-

mista pero sí desde la inteligencia y severidad de un proceso de evolución jurídica, ni rechazo del cambio ni mera copia de modelos extranjeros. El notariado latino presenta en la propuesta y el estudio que acompañamos un desarrollo propio que lo hará más eficaz y lo *subrayamos* más identificado con su naturaleza y su función misma, y ciertas incomprendiones de nuestro propio sistema jurídico fruto normal del extraordinario proceso de reformas que vivimos, cuya necesidad no se pone en duda, al contrario, únicamente es responsabilidad de los juristas hacer la labor que como tales espera su sociedad. El estudio es motivado para responder una objeción comprensible dentro de este contexto que obedece y refleja de modo ágil dicho Estado y por ello una posición normal y esperada de un abogado; por ello es la necesidad de un estudio sobre el tema tanto como respuesta jurídica como instrumento de apoyo a la reforma ante posiciones semejantes que pudieran encontrar.

III. PRINCIPIO DE UNIDAD DEL ACTO (ENTRE OBLIGACIÓN DEL SISTEMA NOTARIAL DE FE PÚBLICA Y ESTRUCTURA FORMAL DEL TESTAMENTO)

7. La única *relativa razón* de subsistencia de un testigo que honestamente encuentro es la de *constatación directa* del cumplimiento por parte del notario de su obligación legal del *otorgamiento en un solo acto de unidad de acto testamentario* como *garantía indirecta* de la *imposibilidad* de *influencias* personales en el proceso de conformación de la voluntad testamentaria o de razón de dificultad institucionalmente buscada por esa regulación legal.

8. La *relatividad* de dicha razón la encuentro en que precisamente la *utilidad* de dicha obligación notarial y del principio de unidad de acto del testamento, está *en buena medida relacionada con la presencia de testigos*, pues a pesar de los requisitos legales, éstos no alcanzan a liberar al testador de la *influencia* de los mismos testigos y el proceso subsecuente que impide la *confidencialidad* y el *secreto* del acto con las previsibles consecuencias de inquietud familiar sobre el destino y términos de la disposición (en algunos casos). Al contrario de lo esperado, la institución de testigos ha generado *efectos secundarios* en *contra* de la finalidad institucionalmente buscada, lo que es *cometido* y *razón adicional* de la reforma en comento que introduce la supresión total.

9. Como se ve en gran parte el *Principio de Unidad de Acto* dependió en su consagración legal de la escasa fuerza de la intervención notarial de antaño dentro del proceso evolutivo histórico del testamento y su interrelación con el histórico proceso evolutivo de la Fe Pública. Sin embargo, hoy la situación es distinta y la Fe Pública es esencial dentro del *Sistema Latino del Negocio Jurídico*.

10. Como se puede observar es *falsa* la concepción del *Notariado* como *reliquia* histórica; su *existencia* como tal es un *producto refinado de la evolución del Derecho Moderno* a través de una *reinterpretación de la figura histórica del escribano*. La verdadera constitución del notariado como tal en México es de la primera mitad de este siglo (finales del siglo pasado) y el Colegio de Notarios del D. F. (1946). La Asociación Nacional del Notariado Mexicano (1955) la Unión Internacional del Notariado Latino (1948) se crean en el umbral de la segunda mitad del siglo XX.

11. Las interrogantes son: ¿vale la pena *mantener la unidad del acto* en el testamento ya que desaparece una razón fundamental para ello?, ¿es *cuestionable* en teoría civil y en la metodología normativa para esta reforma?

12. Las influencias de hecho pueden darse dentro del proceso de *inducción* notarial de la *voluntad jurídica testamentaria* del testador a partir de la voluntad empírica del cliente a través de las 3 o 4 citas que la praxis notarialista acostumbra dedicar a este proceso de formación de este acto jurídico.

13. Lo cierto hoy día es que parece debe mantenerse el principio, pero *ya no con la rigidez* como se entendía en las conferencias notariales de 1905 en la posición de Borja Serrano, ni probablemente en sede solemne sino con un *sentido atenuado de obligación del notario* en el acto del otorgamiento.

14. La cuestión por decidir entonces sería la *determinación* de este punto con respecto a las *solemnidades* del testamento.

15. La solemnidad consistiría en:

a) El otorgamiento del testamento en escritura pública *liso y llano* o;

b) el otorgamiento del testamento en escritura pública *con unidad de acto* (*vid.* adicionalmente los números 56 y 57 sitios en la segunda parte del Estudio en donde se sostiene debe modificarse el artículo 1519 del c.c. sustituyendo la palabra "*formalidades*" por la de "*solemnidades*").

IV. LA DETERMINACIÓN DE LA PRESENCIA DE TESTIGOS COMO CLÁUSULA ACCIDENTAL DEL TESTAMENTO: DUALIDAD ELECTIVA TESTADOR-NOTARIO. UNIDAD Y EFICACIA FORMAL DE LA MISMA

16. Las anteriores consideraciones tal vez orillen a la doctrina a modificar la calificación de testamento público *abierto* dejando como género al testamento público y reservando como especie de testamento público abierto el punto *b*) del número anterior (si así se decide, o inclusive solamente como específico testamento público *abierto* al que *decida el cliente* con presencia de testigos en la actualización del *régimen accidental* de testigos en el testamento público que configura la reforma (*vid. infra* siguiente número).

17. De esta manera se establecería, en coherencia con el sistema notarial de Fe Pública la consideración legal y doctrinal *correspondencia* de la *estructura formal* del testamento de la *declaración* del testador y la *forma solemne otorgada en asesoría fedante notarial* con plenas *garantías institucionales de secreto, confidencialidad y eficacia*.

18. La *opción de disposición de cláusula accidental de testigos* debe quedar, además del arbitrio del testador, al *criterio prudencial del notario* para elegir *solicitar* la presencia de testigos o no según las circunstancias del caso, no como norma de actuación sino por *motivos excepcionales* (indicación de *inversión expresa* del *principio de rogación testifical* —en realidad en pleno uso de la obligación de cuidado asesorante del notario pues el principio de rogación y de actuación notarial ya se dio al solicitar el testador el servicio notarial).

19. Las anteriores observaciones se apuntan para la consideración que en su caso pueda hacerse respecto a una *eventual modificación terminológica y regulatoria* en el Código Civil.

V. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y DESREGULACIÓN ECONÓMICA DE LA EXIGENCIA DE PRESENCIA DE TESTIGOS: EL MÉTODO DE ANÁLISIS ECONÓMICO JURISPRUDENCIAL CIVIL

20. Las razones de *desregulación económica* obedecen a un obvio *Análisis Económico del Derecho* de los *costos de transacción* del testamento que en este caso son de tres clases:

a) del *acto en sí* en cuanto a la intervención del notario;

b) Del *costo social* de transacción *haciendo obvios costos ocultos*;

c) Del efectivo cumplimiento del marco regulatorio y de sus finalidades de Política Jurídica.

21. Respecto al primer punto (núm. 20 a) la existencia de un requisito del acto no justificable jurídicamente (núms. 1 al 4 c) y demás relativos) hace necesaria la desregulación de dicho requisito, las razones apuntadas de que se trata de un requisito de formalidad exterior y no de formalidad interior del acto indican la ortodoxia desregulatoria de dicha reforma. Las consecuencias de aumento en la eficacia notarial en la conformación de testamentos y sus repercusiones en costos del servicio notarial en general serán beneficios económicos directos de dicha desregulación.

22. Respecto al segundo punto (núm. 20, b) la desregulación se justifica económicamente.

a) Por el ahorro de horas-hombre perdidas por la citada exigencia;
b) Por la repercusión en la economía nacional de tres horas de trabajo perdidas sin utilidad real;

c) Por la corrección de la deformación institucional de dicho servicio notarial originado por la supresión de la externalidad de la exigencia de testigos aplicables con su consecuente costo económico concreto en el acto y difuso en lo general del servicio notarial.

23. Respecto al tercer punto (núm. 20, c) —lo que se conoce como "enforcement" regulatorio— el requisito adicional de presencia de testigos en el testamento público abierto se ha traducido en:

a) La ineficacia social de la institución testamentaria al disminuir sus posibilidades de efectiva realización;

b) La relegación del porcentaje de otorgamientos testamentarios a una reducida expresión no correspondiente a la importancia social, familiar y patrimonial del acto;

c) En un incentivo al constante proceso de desregularización de la tenencia de la tierra por el amplio.

d) En una ampliación del costo social a través de los gastos personales de intestados y en los que incurre la administración de justicia al tener que tramitarlos (sobre todo dada la gratitud legal del sistema de administración de justicia mexicano).

f) En una difusión de la inseguridad jurídica de determinación de titularidades en virtud del fenómeno sucesorio por:

i. La tardanza de trámite del intestado respecto de lo testamentario;
ii. La ausencia de trámite del intestado porque la familia no puede o no quiere llevar una sucesión legítima en trámite legal;

g) El estado regulatorio actual implica, adicionalmente, una externalidad que obliga a un desplazamiento de la función jurídica de la propiedad hacia la posesión, lo que tiene como consecuencia:

i. Aumento del costo de transacción de contratos.

ii. Inseguridad jurídica de la contratación.

iii. Incremento económico del costo asumido por el Estado vía administración de justicia o programas de regularización de tenencia de la tierra.

iv. Decremento de los ingresos estatales (vía derechos de registro e impuestos).

v. En síntesis contribuye a magnificar ineficiencias en el Sistema Mexicano de Asignación de Derechos de Propiedad Inmobiliaria.

24. Las anteriores ineficiencias pueden desarrollarse punto por punto como ahorros, ingresos y eficiencias fruto de la propuesta y ventajas de la reforma respecto al efectivo cumplimiento del marco regulatorio y de sus finalidades de política jurídica, punto que por obviedad nos abstenemos de desarrollar aunque podría desarrollarse para la presentación a autoridades.

VI. RAZONES PROPIAS DE LA ESTRUCTURA FORMAL DEL TESTAMENTO COMO NEGOCIO JURÍDICO RESPECTO A LA SUPRESIÓN DE TESTIGOS

25. Respecto al núm. 1, c) la Sistemática formal normal del testamento público abierto como negocio jurídico no necesita estructuralmente la presencia de testigos.

26. En un estadio evolutivo anterior del testamento, esa necesidad estructural sí existía; por eso se legislaron dichos requisitos; las disposiciones actuales son reminiscencia histórica de dicha función.

27. En la actualidad no es así. Para comprender esto debimos insistir en nuestra distinción entre formalidad interna del testamento y formalidad externa del mismo.

28. La presencia de testigos es una formalidad externa del testamento, un añadido que no tiene función real. Es decir, la función económica social efectiva del testamento no responde a ese aditamento formal de testigos.

29. Las razones de experiencia iuscomparativista y de historia dogmática del derecho privado (núm. 1 d) y e) se desarrollan, por comodidad de lectura en estudio por separado para, quien así lo desee, obvie

su lectura. Únicamente *sugerimos* la lectura y consideración de la sección de *conclusiones* en los números finales de dicho estudio, y si se tiene a bien, el Colofón del texto.

SEGUNDA PARTE

Perspectiva dinámica de la eficacia formal de la fe pública

Razones Propias de la Evolución Histórica del Derecho Privado

Experiencia Iuscomparativista

VII. LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928 Y EN SUS ANTECEDENTES DIRECTOS

30. El artículo 1511 del *Código Civil de 1928-1932*, sin reforma desde su redacción original, establece como requisito del testamento público abierto la presencia de testigos calificada como formalidad por el artículo 1519 del mismo. Su texto es el siguiente:

"Artículo 1511. Testamento público abierto es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos."

31. El artículo sigue la tradición de los *Códigos de 1870 y 1884* que encabezaban sus respectivos artículos 3768 y 3499 de la siguiente manera:

"El testamento público abierto se dictará de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el notario..."

32. El texto fue inspirado en el *proyecto Sierra*, que expresó en su artículo 571:

"Artículo 571. El testamento abierto debe ser otorgado ante escribano público y tres testigos domiciliados en el lugar de su otorgamiento y de los cuales uno a lo menos sepa escribir."

33. El texto repite el texto del artículo 565 párrafo segundo del proyecto de García Goyena.

VIII. LA FUNCIÓN INTEGRAL DE FE PÚBLICA NOTARIAL EN SU PROYECCIÓN TESTAMENTARIA

34. *Originalmente* los testigos tenían una *función de formalidad interna* del testamento ya que contribuían a la *identificación* y al juicio de *capacidad* y la función de representar la *presencia solemne* del Pueblo en la aprobación de una "Lex Privata" para la posteridad.

35. Esto se debe a que la fe notarial *no había alcanzado* completamente la *función integral de confianza social, sustrato necesario* de la Fe pública.

36. A la total confianza notarial del Derecho Moderno, sustrato de la Fe Pública Notarial, y *dato congruente del sistema jurídico civil de la forma*, tenemos que por coherencia hacía falta reformar el artículo 1511 del Código Civil para suprimir la exigencia de testigos en el acto testamentario.

37. Multitud de legislaciones así lo han hecho: De entre ellas la más reciente reforma en este sentido en los últimos años ha sido la supresión de los testigos en el *Código Civil Español* en virtud de Ley de 20 de diciembre de 1991 a sus artículos 685 y siguientes (hace menos de 2 años).

38. Se trata de una reforma *largamente requerida* por los juristas españoles tanto por congruencia con la fuerza fedante del notario de tipo latino como por razones desregulatorias y ahorro de pérdidas de horas-hombre de trabajo para los testigos con repercusión para la economía nacional.

39. La *Unión Internacional del Notariado Latino* viene señalando la *ortodoxia notarial de la supresión de testigos* desde hace muchos años dado que es una *mera reminiscencia histórica* sin función dentro del derecho notarial y dentro del negocio jurídico testamentario.

40. *No son válidas* las *pretendidas razones de seguridad jurídica* de la presencia de testigos. Al contrario:

a) En primer lugar Eduardo Pondé, jurista argentino que fuera Presidente de la Unión Internacional del Notario Latino, ha escrito un artículo sobre este tema intitulado *Fútil aporte a la seguridad jurídica*, refiriéndose precisamente a la función de los testigos en el *testamento*;

b) Se trata de una *aparente* función de seguridad jurídica puesto que se dice que así no podrá el notario *simular* un testamento. La razón no es válida puesto que *igual lo podría* hacer de acuerdo con un tercero;

c) Además se presenta un problema adicional, a quién creer: ¿al notario o al testigo en *testimonios contradictorios*? Es más probable que un testigo falte a su palabra que el mismo notario, quien tiene una *dedicación profesional* a la materia y para el cual el testamento es una de las *múltiples escrituras* que se otorgan ante él. Además se trata de una *posición y vocación permanente* como lo muestra la *efectiva permanencia notarial*, lo que *no se daría* si el notario fuera *empleado o funcionario de una burocracia privada* en la cual, como en toda empresa, habría una *rotación de puestos o salida* de la persona fedante de la empresa y *sustitución por otra*, lo que afectaría necesariamente a la *base de permanencia de la Fe Pública*. De hecho la actitud notarial ha sido la posición de la jurisprudencia en el Derecho Comparado en el tema de testimonios contradictorios notario-testigo cuando todavía se requerían dichos testigos.

41. Por ese tipo de razones el testamento *debe recibir fuerza solemne precisamente de la actividad fedante del notario*: o hay fe o no la hay; así de contundente, así de simple.

42. En el testamento como acto jurídico la *función actual* de la presencia de testigos es una *mera formalidad externa* que hace las veces de solemnidad y *no debe tener ninguna de las funciones fedantes y calificatorias* anejas a la actividad profesional del notario.

43. Dentro de la historia del derecho privado existe un *proceso desregulatorio* de los testigos de orden procesal en virtud de la *regla procedimental "Testis unus testis nullus"*.

IX. PROCESO HISTÓRICO DE LA DOGMÁTICA IUSPRIVATISTA Y PERSPECTIVAS IUSCOMPARATIVISTAS DEL SIGLO XX

44. Ese proceso comenzó desde las sucesivas etapas del Derecho Romano que en un máximo de solemnidad, testificaba la *asamblea por curias* la existencia de la declaración testamentaria; después se realiza ante cinco testigos y más tarde ante ocho firmas (siete testigos) con Teodosio II en el retraso regulatorio propio del derecho posclásico (438 d.C.).

45. En las *Siete Partidas de Alfonso X el Sabio* (1263-1305) (partida 6a., título I, Ley 1) se exigían igualmente siete testigos siguiendo el Derecho Romano (posclásico) y conforme a un principio de rogación testifical.

46. *El Ordenamiento de Alcalá* de Alfonso XI (1348) deroga la exigencia de tantos testigos y fija en tres el número para el testamento.

47. El *Código Napoleón (1804)* (artículo 971) seguía esa regla que como hemos visto sigue el proyecto de García Goyena.

48. El *Código Civil Italiano de 1902* (Código Mussolini) desreguló un testigo manteniendo sólo dos testigos en el Testamento Público (artículo 603 del C.C. Italiano en relación con el artículo 50 de la Ley del Notariado Italiano).

49. Cuando la Fe Notarial se constituye como tal, rompe la regla procesal "*Testis unus testis nullus*" y hace innecesaria la presencia de testigos. Se trata de otro régimen jurídico; de un régimen en cierta manera *extraprocesal* o más exactamente *preprocesal*, por tratarse de un *Derecho Preventivo de Configuración Autónoma*, que en el testamento puede representarse gráficamente con la pintoresca frase de Margadant que cita a un viejo romanista: "*La mano del muerto que sale de la tumba*". Por todo ello la declaración del testador y la Fe notarial se *identifican* y se *expresan unitariamente* sin necesidad de mediación de testigos.

50. Lo que ha pasado en este punto en que existe un *atraso legislativo* en México que se agrava al contemplar el Derecho Comparado al respecto.

51. Esta historia demuestra lo *singular y lo delicada* que es la *fe pública* y las *necesarias garantías institucionales* de su *imparcialidad*.

52. En *Prognosis Histórica del Derecho Privado* podemos prever la futura evolución de la institución con la advertencia que sigue: *Si se afecta la base de la imparcialidad se afecta la base de la fe pública y se arriesga el sistema jurídico a que haya un regreso a la fase procesal desapareciendo a la larga la fe pública* al otorgar a personas o entes no parciales por un texto legal. Aunque de hecho no se pretenda conscientemente desaparecer la Fe Pública como parece que es el sentido actual propio de tendencias jurídicas que técnicamente deben calificarse de "*Derecho vulgar o decadente*".

53. No admitir la anterior conclusión, es no dar relevancia histórica al *desarrollo evolutivo de las diferencias* de los *sistemas jurídicos* latino-continental y el del *common law*, que se desarrollaron en esa dife-

rente óptica de posiciones jurídicas del jurista en acción ante la conformación del *negocio jurídico* y en el mismo *Rol Constitucional* de lo Jurídico. Seguir exigiendo un testigo sería sólo motivado por esa *incoherente evolución de nuestro sistema* debido a la rigidez del *método de codificación* (petrificación del derecho civil ante la inaccesible consideración del poder Legislativo al verdadero derecho de juristas), o en virtud de desconfianza o incomprensión de la función notarial manifestada en sede concreta testamentaria.

54. La contemporánea *reforma actual española* modifica los artículos 685 y demás del C.C. Español (antes hubo en 1982 un proyecto de reforma que intentó reducir a dos los testigos de testamento y que traducía la posición italiana de 1942 al respecto).

55. Es de hacer notar que esta reforma fue precedida por *previas reformas* de supresión de los testigos testamentarios en testamento público abierto en compilaciones forales de derecho civil durante la década de los años ochentas (Baleares —1985— y Aragón —1987—).

X. CONCLUSIONES

56. Es importante considerar al testamento como *solemne* en forma congruente con otros textos, por lo que se deberá *sustituir* la palabra *formalidades* del artículo 1519 del C.C. por la palabra *solemnidades* para ser congruente con la reforma (dado que en el fondo la función de testigos era formal) y con el fondo testamentario del otorgamiento solemne (como ratifica el artículo 1486 del C.C.).

57. La función del principio de *unidad del acto* tiene un *desplazamiento* desde la estructura formal del testamento hacia una obligación notarial encuadrada exclusivamente dentro de la sistemática de la Fe notarial.

58. La determinación de presencia de testigos es un *elemento accidental* de forma del nuevo testamento público a introducirse por elección individual del testador o del notario.

59. Debe modificarse la redacción del artículo 1504 del código civil para ajustar las funciones de notario y testigos en su respectivo ámbito y jerarquía. (Aplicación conclusiva de los razonamientos del estudio).

60. La desregulación consistente en la supresión total de testigos se justifica por los *cinco* tipos de razones del primer numeral de este es-

tudio según ha quedado demostrado (*vid.* número 1 de la primera parte).

XI. COLOFÓN DE CONSIDERACIÓN PERSONAL

(*Dualidad a elección: Sistema Jurídico que fomenta un Derecho de Juristas de Tradición Nacional o un Derecho de Conquista...*)

61. Como último punto, en consideración de la advertencia al rubro, sólo me queda *dejar una constancia* de la relativa incomprensión del sistema jurídico occidental y de la tradición mexicana dentro de nuestro propio medio jurídico, lo cual ya ha sido diagnosticado hasta por juristas norteamericanos al efectuar, con mayor simpatía con nuestro sistema jurídico que muchos abogados mexicanos, una prevención muy seria contra la americanización del Derecho mexicano (*The Americanization of Mexican Law: non trade issues in the North American Free Trade Agreement* artículo escrito por Stephen Zamora, profesor americano, y publicado en "Law and Policy in International Business (Georgetown University Law Center), de la cual si puedo, como académico, no sin lamentarlo, dar fe. Sin embargo, no estoy por una visión cerrada de la tradición jurídica, la tradición es abierta o no es tradición sino tradicionalismo; su verdadero sentido implica asimilación y recepción inteligente de lo diferente, es decir, ni copia ni rechazo de lo nuevo sino recreación a partir de nuestras propias instituciones y sistema jurídico en función no de extrapolaciones sino de necesidades concretas, es decir, la superación de dicha dualidad.¹

62. Quisiera cerrar con las pertinentes palabras del extraordinario jurista Francesco Carnelutti, muerto hace ya 30 años, que a propósito del testamento, su experiencia y su fenomenología, escribió en esa prosa que admiramos los abogados desde los inicios de nuestros estudios:

"Para hacerse cargo del valor de sus consejos, no hay un ejemplo más convincente que el del testamento. No existe, para mí, una figura de negocio jurídico más importante; y ¿por qué no decir? más fascina-

¹ Véase en este sentido a MONSIVÁIS, Carlos, en su artículo sobre "El Nacionalismo o la norteamericanización de México", en *X Revista Internacional de la Cultura y las Artes en México*, verano 1994, pp. 9 y ss.

dora... La verdad es que se precisa una inteligencia de primerísimo orden para explicarse este milagro del derecho, en virtud del cual la voluntad del hombre le sobrevive. Cada vez que pienso en esto, me parece ver el espíritu del hombre custodiado en una urna de cristal. Un juicio que sirve para regular la vida de los otros después de la muerte de quien lo pronuncia, y así cuando no hay lugar a reconocer el error. El que lo emite debería tener entre las manos una balanza de precisión. El notario, que está a su lado, es esta balanza".²

² CARNELUTTI, Francesco, *La figura jurídica del notario*, Madrid, A.A.M.N., Editorial Reus, 1954, p. 21.