

CONSEJO DE NOTARIOS DE LA CIUDAD DE MÉXICO

OBSERVACIONES AL ESTUDIO

LEIDO POR EL SR.

MARTINEZ MADERO

LUIS GUERRERO

MÉXICO

TIPOGRAFÍA DE LA VIUDA DE FRANCISCO DÍAZ DE LEÓN

Esquina Cinco de Mayo y Callejón de Santa Clara.

1905

«La forma, enemiga de lo arbitrario, es la hermana gemela de la libertad» ha dicho Von Jhering y repetido aquí nuestro estimado y laborioso compañero el Sr. Lic. D. Manuel Martínez Madero; pero yo, señores, tengo entendido: que la forma es una abstracción, que las abstracciones carecen de sensibilidad, que la sensibilidad es el origen de las pasiones, que la enemistad es una pasión, y por lo mismo, me creo autorizado para deducir, con perdón de ambos jurisconsultos, que la forma no es enemiga de lo arbitrario, ni tampoco es amiga suya, por más que, con gran frecuencia existan juntas, como nos lo enseña la naturaleza, que, bajo la misma forma, produce arbitrariamente la infinita variedad de seres humanos.

También sostengo que la forma no es hermana carnal, uterina, ni gemela de la libertad; porque el parentesco es una relación que existe sólo entre los seres animados como una consecuencia de los actos de generación, esencialmente fisiológicos, y las abstracciones toman su origen en un acto psicológico de la inteligencia.

Esa brillante figura de retórica, que alhaga nuestro oído, se compone de dos proposiciones absolutamente falsas, y si en ella se resume toda la filosofía de la forma, tendremos que convenir en que ha de ser una filosofía llena de sofismas y poco satisfactoria, cuando, para penetrar en nuestro espíritu, comienza por atribuir á las simples abstracciones, relaciones y sentimientos de que absolutamente son susceptibles.

Nada extraño es, por lo tanto, que en apoyo de semejante concepto se hayan interpretado erróneamente los datos fidedignos de la historia, atribuyendo al pueblo romano, ideas y vicios de raciocinio enteramente ajenas á su carácter; pues jamás entre ellos estuvo el testamento revestido de mayores solemnidades que los actos de su misma naturaleza.

Fué al principio una ley y, como las demás leyes, se presentaba, discutía, aprobaba ó rechazaba en la Asamblea general de los ciudadanos, llamada Comicios.

Se consideró después como la compra-venta de un patrimonio *res mancipi*; y, como la compra-venta de las demás cosas de su misma especie, se verificaba en un sólo acto entre el testador y el heredero,

familiæ emptor, pronunciando las palabras sacramentales de la *mancipatio* en presencia de un *libripens*, ó portador de balanza, y de cinco testigos, ciudadanos.

En una y otra forma el testamento era irrevocable, por que la ley no podía quedar al arbitrio de una sola persona, ni la subsistencia del contrato podía estar á merced de uno sólo de los interesados; para subsanar este inconveniente se substituyó al heredero por un *emptor familiæ* extraño; éste y el *libripens* perdieron su carácter simbólico para asumir el de simples testigos; la *mancipatio* cayó en desuso, y quedó solamente la *nuncupatio*, ó sea el testamento verbal ó escrito, otorgado todavía por medio de palabras sacramentales, en presencia de siete testigos.

En los *calatis comitiis* el testador podía designar á su heredero, pero éste había de ser aceptado por la Asamblea; en el testamento *per æs et libram* el nombramiento de heredero dependía sólo de la voluntad del testador, pero la institución una vez hecha era irrevocable; en el testamento nuncupativo la institución podía hacerse y revocarse cuantas veces conviniera al testador.

Se ve, pues, que, á mayor libertad en el ejercicio del derecho, correspondió constantemente una reducción paulatina en las solemnidades del testamento y, á medida que la época fué más avanzada y libre, los requisitos fueron más sencillos y fáciles de observar.

Esto no es paradójico sino del todo conforme con la naturaleza de las cosas; pues de todos es sabido que la Ley es una restricción á la libertad del hombre, establecida para conservar el orden en la sociedad, y las Leyes que regulan la forma de los actos humanos son más restrictivas todavía, supuesto que sujetan esa libertad limitada á determinada modalidad en sus manifestaciones.

Lo que hay de cierto, es que entre los romanos, el testamento tenía una importancia de que carece entre nosotros; porque allí era una institución de derecho público y aquí lo es de derecho privado; entonces no se podía, y ahora sí, morir en parte testado y en parte intestado: entre nosotros el heredero adquiere solamente la totalidad ó parte de los bienes del finado y entre los romanos reemplazaba en un todo al testador, sucediéndole no sólo en la posesión de las cosas profanas sino también en la de las sagradas y viniendo á ocupar su lugar en aquella sociedad excesivamente aristocrática y religiosa; por cuya razón era considerado como una desgracia y aun como un positivo deshonor el morir sin haber hecho testamento; mientras que entre nosotros el hacer testamento es una simple cuestión de intereses, suficientemente asegurados, en la inmensa mayoría de los casos, con las prescripciones establecidas para la sucesión legítima.

También nos ha dicho el ilustrado conferencista, que el testamento público es la disposición más trascendental que puede hacerse y aquélla cuya conservación idéntica es más importante. Yo ingenuamente os confieso que no puedo comprender por qué si el testamento público es trascendental, no lo es en igual grado el testamento privado.

En pro de su opinión podrá citar á todos los autores inspirados en el Derecho Romano, que no parece sino que se han copiado los unos á los otros, según la unanimidad con que atribuyen al testamento la cualidad de ser el más solemne, importante y trascendental de los actos de la vida civil.

Entre nosotros esos calificativos son enteramente arbitrarios pues el legislador se ha cuidado bien de usar alguno de ellos y con prudente concisión nos dice que: se llama testamento el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó parte de ellos; en seguida dice que es un acto personal que no puede desempeñarse por procurador y, después, que es un acto revocable hasta el último momento de la vida del testador; pero en ninguna parte lo llama el más solemne, ni el más importante, ni el más trascendental.

Cuando la Ley no hace uso de ninguno de estos adjetivos á nosotros nos toca examinar si los autores tienen alguna razón para prodigarlos.

Y ¿por qué había de ser el testamento la más solemne de nuestras acciones? ¿Por qué se verifica en un sólo acto? También en un sólo acto se verifica el protesto de una letra de cambio; en un sólo acto se verifica el reconocimiento de un hijo natural y la presentación de uno legítimo; y en un sólo acto se verifica el más insignificante de los juicios verbales. ¿Por qué ha de redactarse por escrito? Pero si la Ley exige la forma escrita para la inmensa mayoría de los contratos y el testamento puede ser verbal en determinados casos. ¿Por qué se otorga ante un Notario y tres testigos? Pero el matrimonio también se otorga ante un funcionario público y tres testigos; en el testamento el Notario puede ser substituido por otro funcionario ó por mayor número de testigos y aun puede faltar de una manera absoluta, y en el matrimonio la intervención del funcionario es indispensable.

¿Con qué derecho se llama al testamento el más solemne de los actos civiles, si la misma ley que nos autoriza para disponer de todo nuestro patrimonio verbalmente y ante tres testigos, ante dos, en determinados casos, niega la existencia jurídica de la hipoteca más insignificante si no consta en escritura pública, sea cual fuere la urgencia del caso, los peligros de la peste y la calidad de los interesados?

Si el testamento no es el más solemne ¿podrá ser el más importante de nuestros actos? ¿El más importante para quién? ¿Para la sociedad?

Representa solamente la distribución de una riqueza y para la sociedad es más importante cualquier acto de producción que los de distribución, porque sin producir previamente la riqueza es imposible distribuirla, bien ó mal. ¿Para el testador? El dispone de sus bienes para después de su muerte, es decir, para una época en que le ha de ser imposible disfrutar de ellos.—¿Para el heredero? Si lo es legítimo, el testamento pone en peligro sus derechos eventuales á una fortuna de que puede creerse llamado á disfrutar en razón de los vínculos de afecto y parentesco que lo ligan con el autor de la herencia; si no es legítimo el testamento le proporciona el medio de sugestionar la espasmódica voluntad de un moribundo para hacerse pagar, con crecidos intereses, el precio de sus servicios aparentemente desinteresados, que no se atrevió á exigir en vida porque sus pretensiones habrían sido seguramente rechazadas.

Por otra parte, la importancia de nuestros actos se rige también por el mayor ó menor valor de los bienes de que son objeto y este valor es esencialmente variable y relativo.—Aun para el mismo testador mal puede llamarse más importante el testamento en que dispone sólo de una pequeña parte de su patrimonio que la donación por causa de muerte, si dispone en esta forma de las dos terceras partes de su fortuna.

¿Será el más trascendental? Si no fueran trascendentales todos nuestros actos la legislación no tendría razón de ser, pues hay que normalizar las acciones del hombre precisamente en atención á las consecuencias que para el agente y para los demás miembros de la sociedad pueden producir, y la trascendencia de nuestras acciones depende con gran frecuencia menos de la acción misma que de las circunstancias en que se produce.

Si el testamento no es ni más ni menos solemne, importante y trascendental que los demás actos, debemos investigar su verdadera naturaleza en los preceptos establecidos por nuestra ley positiva, y despojados de toda clase de preocupaciones, será fácil á cualquier mediano observador comprender que el testamento es un acto personal y revocable, sometido á requisitos especiales de forma y fondo, por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad ó una parte de sus bienes y de la tutela de sus hijos.

Es personal y revocable por que expresamente lo dice el Código Civil y nadie podrá negar que está sometido á requisitos especiales de forma y de fondo, después de haber leído los títulos segundo y tercero, libro cuarto del mismo ordenamiento, consagrados exclusivamente á determinar de la manera más minuciosa y con los más prolijos detalles: las diversas especies de testamentos, las solemnidades que en cada una han de observarse, la clase de funcionarios y el número de testigos que

en cada caso han de autorizar el acto, las incapacidades de los testigos; la clase de papel en que ha de quedar consignado, los requisitos de capacidad para testar y para heredar los bienes de que se puede disponer, las condiciones que pueden establecerse, la institución de herederos, los legados, los fideicomisos, las substituciones, la nulidad y revocación de los testamentos y hasta la responsabilidad del Notario.

Esos títulos comprenden todas las cuestiones relativas á la sucesión testamentaria hasta dejar ésta completamente agotada, y si uno por uno se comparan sus preceptos con los similares de nuestra legislación, se comprende perfectamente que los que rigen el testamento son verdaderamente excepcionales.

En efecto, la capacidad para testar es especial y distinta de la capacidad general establecida para los demás actos civiles; para heredar por testamento existen incapacidades especiales que no lo son para adquirir por cualquier otro medio legal; los testigos han de tener requisitos especiales que la ley no exige para ningún otro acto y desempeñan en el testamento una misión enteramente distinta de la que les ha sido encomendada por regla general: las condiciones en los testamentos se rigen por principios especiales y contrarios á las establecidas para las condiciones en los contratos; en éstos los vicios de fondo tienen grandísima importancia y los de forma son fácilmente subsanables; en los testamentos, por el contrario, los de fondo casi no tienen importancia á los ojos de la ley y los de forma son del todo insubsanables, ó muy difícilmente subsanables.

Tan numerosas especialidades, que tendremos ocasión para examinar detenidamente en el curso de estas conferencias, han de persuadir á cualquiera de que el testamento es un acto único en su especie y que, por consecuencia, en los efectos que produce y en la forma de su otorgamiento no pueden observarse las reglas generales de derecho, sino las excepcionales establecidas para ese acto por el legislador y así lo ha comprendido perfectamente el Sr. Martínez Madero al afirmar en una de sus conclusiones: que en el testamento público cerrado no deben observarse las disposiciones del Código Civil sobre testamento público abierto.

La razón consiste en que el abierto y el cerrado son dos especies distintas del mismo acto y cada una de ellas ha sido especialmente reglamentada por el Código Civil.

Esta misma razón existe para no observar en el testamento los requisitos establecidos para la escritura pública por la Ley del Notariado, pues ha sido especialmente reglamentado por el Código Civil con formalidades diversas aunque presenten alguna analogía; ambas leyes están igualmente vigentes, pero persiguen fines enteramente distintos, y cuando la del Notariado ha querido establecer algún requisito adicional á los del

Código Civil, ha cuidado de prevenir expresamente su observancia en materia de testamentos y lo ha limitado á este acto conservándole su carácter excepcional.

Este carácter ha sido reconocido, como no podía dejar de serlo por el Sr. Martínez Madero, quien, transcribiendo las palabras de Laurent, nos dice: «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 difiere de la Ley del Notariado, es preciso atenerse á la del Código, y no aplicar la de la Ley del Notariado.»

En estas palabras encontramos perfectamente resuelta en contra del conferencista la única cuestión de que he querido ocuparme: si en el testamento han de observarse las prescripciones de la Ley del Notariado ó las del Código Civil.

Cuando son idénticas, la cuestión no tiene en mi concepto importancia práctica, aunque si la tiene teórica; si difieren, es preciso atenernos á las del Código Civil, nos dice Laurent con el laconismo y precisión de ideas y de palabras, propio de un verdadero jurisconsulto.

Laurent no distingue, porque tampoco distingue la ley, si los preceptos del Código son interpretativos, restrictivos ó contradictorios á los de la Ley del Notariado; le basta con que sean distintos, por que el carácter común á las leyes excepcionales es ser distintas á la ley general; basta que haya la menor diferencia entre una y otra para que la excepción se aplique á los casos expresamente especificados en la misma ley: conservando la regla general todo su imperio para los casos no expresamente especificados, como preceptúa el artículo 10 del Código Civil.

Resumiendo lo expuesto, me creo autorizado para sostener y sostendré con empeño: Que la forma no es enemiga de lo arbitrario, ni hermana de la libertad; que entre los romanos estuvo el testamento sometido á las mismas solemnidades que la ley exigía para los demás actos de su misma naturaleza; que, entre nosotros, el testamento es un acto de naturaleza especial; que se encuentra regido por los preceptos excepcionales establecidos en los capítulos segundo y tercero, libro cuarto del Código Civil; que estos preceptos son de rigurosa observancia en materia de testamentos; que no son aplicables á ningún otro acto; que, si son diferentes á los análogos establecidos por la ley del Notariado, deben prevalecer los del Código; que este no exige al Notario escriba materialmente el testamento abierto; que el cerrado está sometido á solemnidades especiales y distintas á las del abierto; que no son de observarse en el primero las del segundo; y por último, que la razón de haber autorizado un testamento cerrado debe asentarse en el protocolo,

con expresión solamente de las circunstancias á que se refiere el art. 3,520 del Código Civil; pues yo no conozco disposición alguna en la Ley del Notariado relativa á razón y anotaciones.

Por la gravedad que el asunto en sí mismo entraña y por la mayor importancia que ha venido á darle el programa adoptado por el Consejo para las conferencias de este año, os requiero solemnemente á fin de que, estudiando con el debido detenimiento las conclusiones presentadas por mi distinguido amigo el Sr. Martínez Madero y comparándolas con las que yo he presentado modificando aquéllas, os dignéis aprobar las mías, pues solo así quedará allanado el camino que vamos á recorrer, de los numerosos errores á que pudo inducirnos las brillantes frases de von Iehring.