

CONSEJO DE NOTARIOS DE LA CIUDAD DE MÉXICO

CONTESTACION

AL

SEÑOR MARTINEZ MADERO

Y OBJECIONES

AL ESTUDIO

DEL SEÑOR RUIZ

LUIS GUERRERO

MÉXICO

TIPOGRAFÍA DE LA VIUDA DE FRANCISCO DÍAZ DE LEÓN

Esquina Cinco de Mayo y Callejón de Santa Clara.

1905

No hay libro malo, que no contenga algo bueno, ni libro bueno que no contenga algo malo. Este aforismo, tanto más exacto, cuanto que revela la naturaleza, esencialmente falible y de origen divino del alma humana, me servirá de disculpa para escalar la tribuna, pues si Aristóteles, Sócrates y Platón, entre los antiguos, Galileo, Newton y Descartes, entre los modernos, han incurrido en error, bien puedo yo, obscuro Notario de la ciudad de México, exponer mis ideas en el seno de un grupo de amigos y compañeros, porque nuestros intereses son los mismos, y en rigor, á vosotros toca entresacar el poco grano que pueda haber en la hojarasca de mi discurso, y solamente sentiré que por desdén á la mal forjada frase, no estiméis en su justo valor el argumento que pueda contener.

En todo caso, yo habré cumplido con mi deber, manifestando lealmente el resultado de mis meditaciones sobre el asunto que hoy nos ocupa; y desde luego aplaudo al Consejo por haber querido formar, en nuestras conferencias, una monografía sobre la delicada materia de testamentos, porque es una tarea tan difícil é importante, que el haberla intentado, aun sin resultado favorable, será un timbre de gloria para su autor.

Pero, si acertado estuvo el Consejo al concebir su plan de estudios, estuvo lamentablemente inspirado al encomendarme una pequeña colaboración en su magna obra, error que rectifico espontáneamente, porque es de todos vosotros conocida la repugnancia que siempre he manifestado para ocuparme en asuntos netamente notariales, sobre todo cuando pueden revestir un carácter de actualidad, y también es conocida mi tendencia á procurar se sujeten á un riguroso examen las proposiciones todas que aquí se vierten, sea cual fuere su origen, para comprobar su conformidad con los preceptos de la ley y sólo en caso afirmativo, adoptarlas como norma de nuestra conducta.

Esta repugnancia y este deseo reconocen por común origen la firme persuasión de que á vosotros toca establecer la Jurisprudencia Notarial, que los tribunales han de llegar á confirmar con sus resoluciones, y para ello, es preciso desplegar una dosis de paciente tenacidad, de sano

criterio y de profundos conocimientos en la ciencia del derecho, verdaderamente extraordinarios, pues tenéis que luchar, á la vez, con dos preocupaciones contrarias entre sí, pero que existen juntamente en nuestro foro: menosprecio por el Notario y ciega idolatría por las formas de la escritura pública, cuya importancia se exagera, olvidando las causas que les dieron origen, las razones que las sostienen y las necesidades que están llamadas á satisfacer.

Combatir esas preocupaciones es tanto más difícil, cuanto que, con un fondo de verdad, son compartidas por algunos Notarios, que imputan como una seria falta al autorizante la omisión de cualquiera requisito de ley, ó de simple costumbre, sin reflexionar que no todos tienen la misma importancia y que la omisión depende, en muchos casos, de la voluntad expresamente manifestada por los interesados, ó de ignorar éstos alguna circunstancia de hecho, que con mayor cautela, habrían consignado como pacto en sus convenciones.

Es también difícil la tarea, porque se ha de oír con prevención, la voz del Notario, siempre que se levante en contra de las formas, en que el público puede ver la garantía de sus intereses, por más que sólo sean cortapisas de la libertad; y esto, sin perjuicio de reprochar al mismo Notario la escrupulosa observancia de esas mismas formas como necia palabrería, causa de moratorias inútiles y engendro informe de un cerebro falto de sentido.

Así lo hemos oído, recientemente, en nuestra tribuna parlamentaria y así, con graciosa y acertada sátira, lo afirma Soulié, cuando apuesta, que no se le presentará un Notario, de más de cincuenta años, con una sola idea.

En materia de testamentos, la dificultad es mayor todavía, por la multitud de reglas especiales á que se encuentra sometido, y prueban la exactitud de mi aserto, los hechos por vosotros todos presenciados, pues ni una sola palabra se ha proferido aquí para combatir la importantísima proposición formulada por el Lic. Borja Soriano, porque se refiere al fondo del mismo asunto; pero, apenas iniciada la cuestión de forma, la discusión surgió y el Lic. Martínez Madero perdió la calma, que sin embargo es absolutamente necesaria para procurar estudiarla con acierto.

Y lo hemos visto contestar mis observaciones con una larga serie de citas de los mejores autores, con las que ha dejado perfectamente comprobada su profunda erudición y mi absoluta ignorancia; cosas ambas que nadie jamás ha puesto en duda, pues soy el primero y lo seré siempre en reconocer la supremacía de cualquiera que lo pretenda.

Pero en su afán por destruir una ó todas mis aseveraciones, ha olvidado ocuparse, como era de su deber, de las dos únicas cuestiones que

por ahora nos separan, sobre las que yo vengo á insistir porque constituyen precisamente la base de la proyectada monografía.

El nos dijo en sentido figurado, que la forma es hermana de la libertad, tan semejante y parecida á ella como lo son dos gemelos entre sí.

Yo por el contrario sostuve, en lenguaje vúlgar, que la ley es una restricción á la libertad, y que las leyes que rigen la forma de nuestros actos son más restrictivas todavía, supuesto que sujetan la libertad, ya restringida, á determinada modalidad en sus manifestaciones.

Ni uno, ni otro, adujimos argumento alguno en pro de nuestra opinión y pudiera suceder que, si adoptáramos el mismo idioma llegáramos á ponernos de acuerdo; entretanto á vosotros toca elegir el extremo, en que estiméis conveniente colocaros.

Por lo que á la filosofía de la forma se refiere, en frente de los oráculos aquí pronunciados, oráculos tan sublimes que es imposible, no digo impugnarlos, pero ni defenderlos siquiera, voy á citar algunas líneas escritas en inglés, en el primer tercio del pasado siglo por un autor, de mediana talla, llamado Jeremias Bentham:

«En ciertos casos, dice, la jurisprudencia puede definirse como el arte de ignorar metódicamente lo que todo el mundo sabe. Yo me hallaba presente en la tribuna del Rey, en la sala de Westminster, cuando el célebre Wilkes, después de haberse substraído por algún tiempo á la sentencia que le esperaba, vino á presentarse de improviso para someterse á ella. No es posible imaginarse hasta qué punto sorprendió y confundió á los jueces aquella comparecencia inesperada. Las formas exigían, no que él viniese por sí mismo, sino que pareciese ante el tribunal, enviado por el sheriff; pero como faltaba esta forma, la perplejidad de la justicia era una verdadera comedia. Al fin se le dijo: «Hombre, yo quiero creer en mi particular que vos estáis ahí, pues que lo decís y que lo estoy viendo; pero no hay ejemplo que el tribunal, en asuntos de semejante naturaleza, haya creído que debe fiarse á sus propios ojos, y por lo tanto, nada tiene que decirnos.» ¿Quién le hablaba en estos términos? Uno de los talentos más grandes de Inglaterra; pero el talento, de qué sirve cuando se halla atado y sujeto por reglas que hacen que un hombre tenga ojos y no vea, tenga oídos y no oiga?»

En materia de testamentos, Laurent dice: «Las solemnidades tienen un inconveniente y consiste en que tienden á degenerar en un formalismo superticioso que, lejos de ser una garantía para el testador, se convierte en una traba, y con sobrada frecuencia en un lazo.» Transcribiendo las palabras de D'Aguesseau, nos dice: «Un formalismo excesivo es un lazo tendido al Notario y al testador.»

Si esos autores tuvieran razón, habrá que convenir en que la forma, en sentido figurado, lejos de ser hermana gemela, es una mala madrastra de la libertad.

La otra cuestión, consiste en saber cuáles disposiciones de la ley del Notariado, son aplicables á los testamentos públicos. Afirma mi contrincente que todas aquellas que no se encuentran en contradicción con los preceptos ó el sistema general establecido por el Código civil.

Yo sostuve que la cuestión está resuelta por Laurent en contra del conferencista, en el mismo párrafo por él transcrito, y le reproché que cuando el autor dice «difieran,» él, apoyándose en su autoridad, nos diga «sean contradictorias».

Entonces, aun no había yo confrontado la cita de Laurent y argumenté apoyándome en las palabras transcritas por el conferencista, pero después pude observar que no sólo había interpretado mal ese trozo, sino que suprimió palabras importantísimas.

En efecto, el Sr. Martínez, copiando á Laurent, 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 difiere de la ley del Notariado, es preciso atenerse á la del Código y no aplicar la de la ley del Notariado» puntos suspensivos.

En lugar de esos puntos, Laurent complementa su doctrina, con las siguientes frases: «aun cuando las disposiciones fueren compatibles, aquí el principio de la especialidad prevalece porque tal es la voluntad *probable* del legislador. Con mayor razón el Código civil abrogará la ley del Notariado, cuando reproduce pero en parte solamente una regla trazada con más extensión por la ley del Notariado; la intención del legislador de reducir la antigua disposición y limitar su aplicación, en materia de testamentos es entonces *evidente*».

Se me objetará que la supresión de estos últimos párrafos se hizo por no estimarlos pertinentes al asunto y yo acepto desde luego la explicación; pero hemos de convenir en que la doctrina de Laurent consiste: en aplicar á los testamentos las disposiciones del Código civil cuando difieren de las análogas establecidas por la ley del Notariado, aun cuando las dos sean compatibles y con más razón cuando el Código reproduce, pero en parte solamente, una regla trazada con mayor extensión por la ley del Notariado.

Estamos de acuerdo con gran complacencia de parte mía en que los puntos no previstos por el Código se rigen por la ley del Notariado; pero este acuerdo en las ideas pronto se rompe en presencia de los textos mutilados de la ley, de que hace uso el Sr. Martínez.

En efecto, él nos dice: «El Código civil llama testamento público abierto al que se otorga ante Notario y testigos idóneos» y después nos dice: «No habiendo en el Código Civil un precepto que ordene en dónde ha de ser escrito (el testamento público) deberá serlo en el lugar en que lo son las demás actas notariales; según el art. 49 de la ley del Notariado, en el protocolo.»

El raciocinio en la forma transcrita es enteramente correcto, pero desgraciadamente se apoya en el Código civil citado por el señor Martínez, no en el Código que anda en manos de todos vosotros; pues el citado art. 3,482, mutilado por el conferencista, dice en toda su integridad: «Testamento público es el que se otorga ante Notario y testigos idóneos y se extiende en papel con las estampillas que señala la ley;» luego no es cierto que no hay en el Código un precepto que ordene en dónde debe ser escrito el testamento y si lo extendemos en el protocolo ha de ser por alguna otra razón, porque si bien es cierto que el protocolo se compone de hojas de papel timbrado, también lo es que no todo papel con timbre es protocolo.

Lo expuesto bastará para demostraros que no siempre merecen fe las citas de los grandes autores, que también los doctos se equivocan y que para lograr acierto en nuestras discusiones debemos oír con calma las observaciones contrarias y pensarlas en su justo valor.

Entre nosotros, el decreto de 13 de Diciembre de 1870, aprobó el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California que, por orden del Ministerio de Justicia, formó una comisión compuesta por los CC. Lics. Mariano Yáñez, José M^a. Lafragua, Isidro Montiel y Rafael Dondé; ordenó que comenzara á regir desde el día 1º de Marzo del siguiente año y desde la misma fecha derogó toda la legislación antigua en las materias que abrazan los cuatro libros de que se compone el expresado Código.

Como este contiene un título relativo á la forma de los testamentos, es evidente que quedaron expresamente derogadas todas las leyes anteriores relativas á la forma de los testamentos, incluso las de Partida, las de Recopilación y la del Notariado de 29 de Noviembre de 1867. Son más absolutos todavía los términos empleados por el Código de 31 de Marzo de 1884, pues en el art. 2 de los llamados transitorios, derogó expresamente el Código Civil de 13 de Diciembre de 1870, así como toda la legislación civil anterior.

La ley del Notariado, vigente en la actualidad, es de 19 de Diciembre de 1901, fecha posterior á la del Código, y por consecuencia no está incluida en esa derogación; pero por medio de su art. 2º transitorio declaró á su vez, abrogadas todas las leyes anteriores relativas al Notariado.

¿Se encuentran comprendidos en esta abrogación los preceptos del Código Civil que rigen la forma de los testamentos públicos?

Si por leyes relativas al Notariado hemos de entender, como pueden entenderse, no solamente aquellas que establecen la naturaleza de la institución, las cualidades del Notario, impedimentos é incapacidades y la circunscripción territorial en que ha de ejercer sus funciones, sino también las que se refieren á los actos y contratos sometidos á su autorización, á los requisitos de fondo y forma que unos y otros han de satisfacer y á la manera de consignarlos á perpetuidad, no cabe duda en que la afirmativa se impone, por que la abrogación es absoluta.

Pero semejante interpretación es enteramente inaceptable por que dejaría sin objeto el art. 11 de la citada ley, que literalmente dice: «Además de las obligaciones que la presente ley impone á los Notarios, estos deben cumplir, en el examen de documentos, otorgamiento de escrituras y expedición de testimonios ó copias, todas las obligaciones que les imponen las leyes.» ¿Cuáles son esas leyes? Todas aquellas que, por el solo hecho de imponer alguna obligación al Notario, pueden perfectamente considerarse como relativas al Notariado.

La ley misma quedaría sin objeto en su totalidad, por que no conteniendo, como no contiene, un solo precepto encaminado á definir ni á enumerar los actos y contratos sometidos á la autorización del Notario, resultaría haber creado una clase de funcionarios destinados á la inacción por falta de competencia, lo cual es sencillamente absurdo suponer.

No solamente no ha sido esta la intención del legislador, sino que por el contrario, en su art. 12 nos dice expresamente: que Notario es el funcionario que tiene fe pública para hacer constar, conforme á las leyes, los actos que según estas deben ser autorizados.

Esa abrogación no es pues tan absoluta como á primera vista pudiera parecer, supuesto que la ley de 19 de Diciembre de 1901 deja expresamente vigentes leyes tan importantes como lo son, entre otras, las que determinan los actos que deben ser autorizados por el Notario y aquellas conforme á las cuales debe hacerlos constar.

Y digo entre otras, por que la misma ley deja igualmente vigentes las relativas á la responsabilidad penal y civil del Notario; pues en su art. 85 los declara responsables por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de sus funciones; en su art. 86 establece como responsabilidad criminal la que resulte de la infracción á las leyes penales y en su art. 87 restringe la responsabilidad administrativa á la infracción de cualquiera de sus preceptos que no esté prevista por la ley penal.

De lo expuesto se deduce que la ley citada abrogó todas las directamente relativas al Notariado, ó solamente las que determinan la natu-

raleza de la institución, las cualidades, impedimentos é incapacidades del Notario y la circunscripción territorial en que puede ejercer sus funciones, y también las que rigen la forma de los protocolos, por que está especialmente reglamentada por la ley vigente y por que la abrogación contenida en esta se dirige principalmente contra la ley de 29 de Noviembre de 1867, pues no hay otra que más directamente se refiera al Notariado, como su mismo nombre lo indica.

Reconocida expresamente por la ley de 19 de Diciembre la vigencia de otras leyes que rigen la responsabilidad civil y penal del Notario, de otras leyes que determinan los actos sometidos á su autorización y de otras leyes conforme á las cuales ha de hacerlos constar, es evidente que no han sido abrogadas las disposiciones del Código Civil relativas á los testamentos públicos.

Que estas deben aplicarse de preferencia á las contenidas en la ley del Notariado es un principio que se deduce de la naturaleza de las cosas; pues el Código civil es una ley principal, la ley substantiva por esencia y tan importante, que bajo muchos conceptos lo es aun más que la Constitución Federal, pues que los pueblos pueden vivir y de hecho viven tranquilos sin libertades políticas; pero el ejercicio del poder se hace intolerable y se convierte en verdadero despotismo cuando invade y vulnera el derecho civil de los particulares.

La ley del Notariado es una ley secundaria y adjetiva, cuyo principal objeto consiste en organizar esa institución de derecho público, restituyéndole la consideración jurídica que le corresponde y á tal efecto obedeció la iniciativa que le dió origen.

Ha sido dictada en provecho del público y no en beneficio de los funcionarios por ella establecidos, y sujeta á estos á determinadas reglas en el desempeño de sus funciones para garantizar mejor los intereses de los particulares encomendados á su cuidado; pero, respecto de la naturaleza jurídica de los actos que el Notario debe autorizar, ni contiene disposición alguna, ni le corresponde modificar y mucho menos restringir el derecho de los particulares.

Por consecuencia, en caso de conflicto entre el Código y la ley, debe prevalecer aquél sobre ésta, porque es propio de las leyes adjetivas doblegarse en frente de los preceptos substantivos y no contrariarlos en sus fines y tendencias.

La naturaleza de las cosas se impone de tal manera que el mismo legislador no puede alterarla y sólo así se explica que, siendo contrarios los términos de la cuestión en Francia y México, se pueda llegar á la misma conclusión aquí y allá.

En efecto, el Código civil es posterior en Francia y anterior entre nosotros á la ley del Notariado; pero como la relación entre ambas leyes es la misma, en los dos países debe prevalecer el Código sobre la ley del Notariado, cuya misión es integrarlo en los puntos deficientes, que son varios en el Código Francés y estoy por afirmar que ninguno en el nuestro.

Nadie ha puesto en duda que el Notario debe autorizar el testamento público, porque el Código civil en su art. 3,482 así lo ordena; pero, respecto á los requisitos de forma, que para hacerlo constar han de observarse, se ha pretendido combinar los del Código y los de la ley, conservando á aquéllos la supremacía solamente para los casos de contradicción, y en apoyo de esta doctrina se alega que, siendo el testamento una escritura pública, debe satisfacer los requisitos que para ésta establece el art. 50 de la ley del Notariado, además de los que el Código previene, pues así lo ordena el art. 11 de la misma ley.

La cuestión es la misma que acabo de estudiar y se resuelve por los mismos principios; pero como es de vital importancia para nosotros, siempre serán pocos los esfuerzos que hagamos para dejarla enteramente esclarecida y por esto me permito insistir en que el artículo 11 se refiere á las obligaciones que á los Notarios imponen las leyes y no á los requisitos de forma de las actas sometidas á su autorización; pues si en este último sentido debiera entenderse, habría que consignar por duplicado cada uno de los requisitos análogos, lo que á nadie ha ocurrido porque con toda evidencia no ha sido ésta la mente del legislador.

El documento en que se hace constar un testamento público es una acta notarial, y aunque la ley del Notariado usa estas palabras como sinónimas de escritura pública, se distinguen varias clases de actas, á saber: el acta tipo á que se refiere en art. 50, el acta del artículo 51 especial para la nueva forma de contratos, por ella establecida; el acta de protocolización del art. 52 y el acta del art. 55 para los actos que no son contratos ni testamentos, de donde se deduce que á pesar de los términos generales en que se encuentra concebido el art. 50, sus prescripciones son aplicables solamente á los contratos; pues los actos que no lo son, se rigen por los arts. 52 y 55, el último de los cuales á la letra dice: «Los actos que no sean contratos ni testamentos, como protestas, interpelaciones y demás que las leyes prescriban ó permitan que autorice un Notario, se extenderán en el protocolo con su número correspondiente, guardando los requisitos y forma que las mismas leyes prevengan; las que señala el art. 50 en sus fracs. I, II, IV, VII, X, XIII, XV, y , en lo conducente, las fracciones III, V, VI, XI, XII y XIV del mismo artículo.»

El que yo acabo de citar si ordena que en los actos á que se refiere se acumulen algunos de los requisitos del art. 50 á los establecidos por la ley que encomienda ó permite al Notario la autorización del acto; pero excluye expresamente de esta acumulación al testamento y no pueda sostenerse que, en virtud de la exclusión, queda sometido á los requisitos del art. 50 porque, en razón de los términos generales en que se encuentra concebido, contiene varias disposiciones, entre otras, las de la fracción tercera, la de la fracción novena y la del inciso segundo de la fracción duodécima, que con evidencia, no son aplicables á los testamentos, y si se pretendiera que sólo han de observarse los requisitos conducentes del art. 50, resultaría el testamento incluído entre los actos á que se refiere el art. 55 de donde ha sido expresamente excluído, haciéndose la contradicción enteramente manifiesta.

Además, hay que tener presente que, de los requisitos establecidos por el art. 50, sólo son esenciales, porque sólo ellos producen la nulidad del acta, aquéllos á que se refiere el art. 69 de la misma ley, que son los mismos, aunque menores en número que el Código civil exige para la validez del testamento, con excepción solamente del sello del Notario que la ley exige y que no exige el Código civil, en el testamento abierto.

Por último, señores, el autor de la ley del Notariado, el Secretario de Justicia que firmó la iniciativa y las Cámaras que la elevaron á precepto legislativo, conocían perfectamente la existencia del Código Civil, conocían perfectamente todos y cada uno de los preceptos que contiene y sabían también que el testamento es un acto solemne, importante y trascendental, que lo es á un grado tal, que los autores, en mi concepto sin razón, han llegado á considerarlo como el más solemne, el más importante y el más trascendental de nuestros actos; y esto no obstante, solo hicieron mención de ese acto en el art. 55 para excluirlo de sus preceptos, en el art. 68 para ordenar que se comunique al archivo su autorización; en los artículos relativos del arancel para fijar la remuneración del Notario y en el artículo 34 para prohibirle que exija su anticipo; omisión sistemática que solo puede atribuirse al perfecto conocimiento que tan ilustradas personas tienen de que el testamento se encuentra suficientemente reglamentado en el Código civil.

Esa reglamentación ha sido bien estudiada, en cuanto á la naturaleza de las disposiciones testamentarias, por nuestro estimado compañero el Sr. Lic. Borja y Soriano, quien, sin haber sido por nadie contradicho, ha formulado la siguiente proposición: si al dictar una persona su testamento público abierto, hace una disposición prohibida por la ley ó manifiestamente contraria á las buenas costumbres, deberá el Notario redac-

tar y autorizar ese testamento, salvo los casos especiales en que la ley expresamente le ordene lo contrario.

La cual proposición, tácitamente por todos vosotros aceptada, ha venido á corroborar las ideas por mí emitidas, pues equivale á sostener que á pesar de la prohibición general contenida en la fracción I, art. 34 de la ley de 1901, el Notario puede y debe autorizar el testamento aun cuando contenga disposiciones contrarias á la ley ó las buenas costumbres, siempre que no haya otra ley que expresamente ordene lo contrario en casos especiales.

Los requisitos de forma han sido examinados por nuestro estimado compañero el Sr. D. Ramón E. Ruiz con un criterio diametralmente opuesto al que ha normado siempre mi conducta, por cuyo motivo tendré la pena de combatirlo y aunque lamento haber ocupado demasiado tiempo vuestra atención, espero llevaréis vuestra tolerancia hasta permitirme exponer antes algunos conceptos sobre las cuestiones cuya solución ha tenido á bien encomendarme en un principio el Consejo.

El pregunta cuántos son los testigos que deben concurrir al otorgamiento de un testamento, y á mí, salvo el respeto que como Cuerpo Colegiado merece y el que personalmente me inspiran todos y cada uno de los miembros que lo constituyen, me ocurre contestar que la cuestión no ha sido sometida durante la vigencia de nuestro Código á la decisión de los tribunales y que si en lo sucesivo llegara á substanciarse, no poca responsabilidad cabría á quienes han llegado á iniciarla; pues es de aquellas que, con justicia hicieron decir á Jeremías Bentham: «la jurisprudencia es el arte de ignorar metódicamente lo que todo el mundo sabe».

En efecto, nadie ignora que el número menor está comprendido en el mayor y que tres es mayor que dos, y por consecuencia, nadie podrá negar que si tres testigos pide el Código civil y tres concurren al otorgamiento de un testamento, con este número quedan satisfechas las exigencias de la ley que se conforma con dos en las actas notariales y esto, aun cuando no fuera cierto, como creo haber demostrado, que las disposiciones del Código deben prevalecer sobre las de la ley de 1901.

Pero como pudiera pretenderse que, es preciso adicionar esos números y hacer concurrir cinco testigos al otorgamiento de un testamento, tres por el Código y dos más por la ley del Notariado, anticipándome á la objeción, contesto, que no hay en esta precepto alguno que así lo ordene expresamente, y deducirlo de los términos en que se encuentra concebido el art. 11, es ponerse en contradicción con el espíritu general de la ley y con las consideraciones que ha tenido presente el legislador al dictarla.

Persuadido de que la práctica ha demostrado numerosos inconvenientes en el uso de testigos instrumentales, ha querido, con prudente cautela, disminuir su número, mejorando su calidad, por medio del empleo potestativo de los adscriptos y cuando el legislador ha dicho expresamente que quiere reducir el número de testigos, es imposible atribuirle la intención de aumentarlo precisamente en el testamento en que mayor número exige la ley vigente; con tanta más razón cuando que el Código civil ha llegado al número de tres, reduciendo en más de la mitad el de siete, que exigían las leyes anteriores.

En consecuencia, debemos sujetarnos á las disposiciones del Código civil, y de acuerdo con sus arts. 3,499 y 3,509 pedir tres testigos, en todo caso, cuatro en los testamentos abiertos, según el art. 3,501, si el testador no sabe ó no puede escribir, y cinco en los cerrados si el testador fuere sordo-mudo.

Además de los testigos, pero sin calidad de tales, en los testamentos cerrados han de intervenir, si el testador no supo ó no pudo firmar su testamento, la persona que lo haya hecho por él, art. 3,508; si el testador no sabe ó no puede firmar el acta de presentación, una persona que lo haga en su nombre y en su presencia, art. 3,513; y si tampoco alguno de los testigos sabe firmar, otra persona que lo haga igualmente en su nombre y en su presencia, aunque no haya asistido a todo el acto.

En los casos de suma urgencia el Notario puede, de acuerdo con los arts. 3,502 y 3,514, conformarse con tres testigos, sea el testamento abierto ó cerrado, siempre que por lo menos dos puedan firmar, aunque no pueda hacerlo el testador; pero haciendo constar esas circunstancias, exigiendo siempre cinco testigos en el testamento cerrado del sordo-mudo.

Los testigos desempeñan en los testamentos una misión muy semejante á la que corresponde llenar al Notario mismo y en los testamentos privados lo substituyen por completo.

Han sido instituidos para probar la existencia del testamento y por esto el Código quiere que conozcan al testador y exige que presencien conscientemente la manifestación de su voluntad, que lo oigan, que entiendan el idioma en que se exprese y que sean capaces de producir verbalmente su declaración.

Estas circunstancias son esenciales y se encuentran en todas las épocas, en todos los países y en toda clase de testamentos, sin más excepción que los lugares y los tiempos en que se ha dado efectos jurídicos al testamento ológrafo, ó sea al documento privado formado por el testador sin intervención de tercera persona; y son esenciales esos requisitos, no porque sean constitutivos del acto mismo, sino porque lo son de

la prueba testimonial directa y conjuntiva, que ha servido siempre de base á los testamentos y la única que nuestra legislación reconoce.

Si los testigos no declaran de ciencia cierta y circunstanciadamente haber presenciado la manifestación de la voluntad no puede estimarse comprobada la existencia del testamento, y si no conocen al testador, aunque el acto exista, no puede producir efecto alguno por ser indeterminada la persona del agente.

Sin embargo, el Código, apartándose de los principios en pro de la facultad de testar, permite á los testigos, si no conocen al testador, certificarse de algún modo de su identidad, y si no fuere posible, consciente en que declaren esa circunstancia agregando todas las señales que caractericen 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 ó menor criterio con que los testigos hayan adoptado medios adecuados para cerciorarse de la identidad, y en el segundo caso, los efectos del testamento quedan en suspenso hasta que la identidad se justifique.

Hasta aquí la misión encomendada á los testigos se reduce á presenciar hechos susceptibles de ser apreciados por medio de los sentidos, hechos que no pueden negar, ocultar ni alterar sin incurrir en grave responsabilidad como reos del odioso delito de falsedad.

Pero la ley les encomienda además la misión de cerciorarse de algún modo de que el testador se encuentra en su cabal juicio y libre de coacción, ensanchando así el círculo de acción propio de la prueba testimonial porque esos hechos no son susceptibles de ser apreciados con solo el auxilio de los sentidos.

Conocer la integridad ó deficiencia de las facultades intelectuales de una persona es uno de los problemas más difíciles de la medicina legal y, para resolverlo, se requieren conocimientos especiales que la ley no exige á los testigos y, por lo mismo, no puede pretender se rinda un dictamen pericial y tiene que conformarse con la prudente apreciación que hagan en cada caso.

Con tanta más razón cuanto que no pudiendo substituir su criterio al del legislador, no pueden tomar en cuenta para formarlo el carácter infantil de las disposiciones en frente de un testador menor de edad, ni su carácter senil en presencia de un nonagenario, ni su carácter morboso en la cabecera de un moribundo, ni la falta de afectos de familia supuesta la libertad de testar, ni lo extravagante de las disposiciones porque la condición física ó legalmente imposible se tiene por no puesta sin perjudicar la institución de herederos ó legatarios.

Por consecuencia: no puede reprocharse á los testigos que incurran en error si no ha habido de su parte imprevisión ó negligencia, falta de reflexión ó de cuidado, pues, si lo hubo, incurren en el delito de culpa grave ó 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 á no ser que ellos mismos la sufran, la ejerzan ó permitan que se ejerza en su presencia, en cuyo caso resultarían víctimas, autores ó cómplices del delito correspondiente; pero si la coacción se ha ejercido antes, sus efectos son enteramente psicológicos y escapan á la percepción de los testigos que no pueden apreciarla si el testador la oculta y, por lo mismo, no incurren en responsabilidad si con posterioridad llegara á demostrarse que la hubo.

La ley no podía confiar á la memoria de los testigos la subsistencia de los testamentos, y por esto 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 implica la unidad del acto y explica esta exigencia de la ley; ha de contener también las firmas de las personas que hayan intervenido en la diligencia y puedan firmar, la constancia de quiénes y por qué causa no lo hicieron y la firma de la persona que por ellos lo verifique, si la hubo; al redactar el acta no podrán dejar hojas en blanco, ni servirse de abreviaturas ni de cifras bajo la pena de \$ 250 de multa.

Cuando ninguno de los testigos sabe escribir, no será preciso redactar, inmediatamente, por escrito el testamento, y digo inmediatamente, porque para 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 este se encontraba en su cabal juicio y libre de coacción; si falleció ó no de la enfermedad ó en el peligro en que se hallaba y la razón por qué 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 á que está destinada.

En los testamentos públicos el Notario ha de presenciar juntamente con los testigos la manifestación de la voluntad del testador; como aquéllos, debe de conocer á éste ó cerciorarse de su identidad y si no fuere posible, declararlo así agregando las señales que lo caracterizan y debe también cerciorarse, como los testigos, de que el testador se encuentra en su cabal juicio y libre de coacción.

Incorre en la misma responsabilidad que los testigos, con la agravante inherente á su calidad de funcionario, en los casos de falsedad, culpa ó dolo, pero sin que pueda afectar á sus intereses, ni á su reputación los errores en que de buena fe y sin negligencia de su parte llegue á incurrir al apreciar la integridad de las facultades intelectuales del testador ó la espontaneidad de su voluntad; pues, de la misma manera que los testigos, carece de los conocimientos médicos necesarios para formar dictamen, y tampoco puede apreciar la coacción si el testador la oculta.

Por esta razón el legislador no establece pena especial para esos casos y por severos que los jueces quieran mostrarse en contra suya, solo podrán exigirle mayor perspicacia que á los testigos, estableciendo una graduación en la responsabilidad é imputando la culpa grave al Notario, cuando la haya leve en los testigos ó la leve al primero, cuando no exista en los segundos; pero sin que esto quiera decir que no puedan presentarse casos en que la responsabilidad de uno ó varios testigos pueda llegar á ser verdaderamente criminal, sin que haya culpa alguna por parte del Notario; como sucedería si mejor instruidos sobre los antecedentes del testador tuvieran conocimiento de las circunstancias que hacen defectuoso el hecho, y ocultándolas, contribuyesen con sus falsas declaraciones á adormecer la desconfianza del funcionario.

A diferencia de los testigos, el Notario no está obligado á conocer el idioma extraño en que se expresa el testador y, por consecuencia, cuando no se hace uso de la lengua nacional, queda libre de culpa y pena, aun en el gravísimo caso de que al serle transmitidas, se alteren ó modifiquen dolosamente las disposiciones testamentarias, cuya autenticidad descansa principalmente en la fe pericial de los intérpretes, que serían los directamente responsables del hecho, asumiendo los testigos el carácter de cómplices si conocían ambos idiomas; pero la responsabilidad del Notario, si conoce suficientemente el idioma en que se expresa el testador, es evidentemente gravísima é igual á la de los intérpretes.

Los testigos no tienen que preocuparse por la naturaleza de las disposiciones testamentarias, pues su misión consiste en comprobar su existencia sin calificarlas, y aunque por regla general el Notario se encuentra en el mismo caso, los hay especiales como muy bien ha dicho el Lic. Borja Soriano, en que la ley lo hace responsable de determinada infracción.

Yo, sin negar de una manera absoluta la existencia de algún otro, sólo recuerdo la prohibición contenida en el art. 3.298 del Código civil, de autorizar á sabiendas la institución hecha en favor del médico ó del ministro de cualquiera culto, que asistan al difunto en su última enfermedad, á no ser que fueren también herederos legítimos.

Pero esa prohibición es tan contraria al sistema general establecido por el Código, que al imponer al Notario la privación de oficio como pena por autorizar esa clase de testamentos, cuida en su artículo citado, de decir expresamente, aunque no era necesario, que sólo se incurre en la pena cuando la autorización se hace á sabiendas de las circunstancias de hecho que invalidan la institución.

Y como el Notario está obligado á ejercer sus funciones siempre que para ello fuere requerido, es evidente que sólo puede rehusar su autorización, si en el caso concurren todas las circunstancias á que se refiere el art. 3,297 del mismo Código; esto es, cuando le sean conocidas: la profesión del heredero ó legatario, la asistencia que están prestando al testador y el estado de gravedad de éste; pues la incapacidad para heredar no es tan general para todos los médicos y ministros del culto, ni siquiera absoluta para las personas que habitualmente prestan al testador los servicios de su profesión ó ministerio, sino relativa á los que lo asisten durante su última enfermedad y, por consecuencia, si el testamento se otorga en completo estado de salud, no existe la incapacidad para heredar, ni la responsabilidad del Notario.

Tampoco existe la incapacidad aun cuando el testador se encuentre enfermo de gravedad, si el médico ó ministro del culto, por él instituídos, que lo estén asistiendo fueren también herederos legítimos suyos, ó hablando con mayor precisión, si fueren parientes del testador, en la línea recta, sin limitación de grados, ó en la línea colateral hasta el octavo grado inclusive.

Y sostengo que aun cuando la ley dice herederos legítimos, debe entenderse, parientes dentro del octavo grado del testador, porque la incapacidad ha sido decretada contra los extraños en favor de los parientes, y no en provecho de los más próximos de éstos contra los más remotos; pues si tal hubiera sido la mente del legislador, salía sobrando la limitación contenida en la parte final del artículo 3,297; pues la incapacidad por él establecida, no es absoluta para adquirir por herencia, sino para heredar por testamento, y no habría necesidad de proteger contra esa incapacidad relativa al más próximo pariente, supuesto que sus intereses quedarían ampliamente garantizados con la disposición del art. 3,572 que abre la sucesión legítima cuando la institución es nula.

De donde se deduce, que el Notario no incurre en responsabilidad, cuando el médico ó sacerdote instituídos por el testador, que lo asisten en última enfermedad, son parientes suyos dentro del octavo grado de la línea colateral, y tampoco incurre en responsabilidad, si al hacer la institución el testador lo declara así, aun cuando el parentesco no exista,

á no ser que conste al Notario que la declaración es contraria á la verdad.

Por último, así como los testigos han de redactar por escrito el testamento privado, el Notario ha de redactar por escrito el testamento público abierto, sin más diferencia que éste, acatando lo dispuesto por el art. 3,504 del Código civil, tiene además que certificar ó dar fe de haberse llenado todas las formalidades que el mismo Código exige, y será responsable de los daños y perjuicios, é incurrirá en la pena de pérdida de oficio por omisión de cualquiera de las referidas solemnidades, quedando el testamento sin efecto, según el art. 3,505.

Tan severa pena impuesta al Notario por la más pequeña omisión que puede no ser dolosa, y más que esa pena, la nulidad del testamento que la misma omisión implica y los gravísimos daños y perjuicios que el heredero instituido experimenta en sus intereses á consecuencia de la nulidad, sin culpa alguna de su parte, hacen importantísimo el estudio encomendado á nuestro estimado compañero el Sr. D. Ramón E. Ruiz, reducido á investigar cuáles son las formalidades y solemnidades necesarias para la validez del testamento y cuál es la forma de su expresión y certificación.

En desempeño de su cometido ha venido á decirnos que con arreglo á nuestra ley puede afirmarse, que las solemnidades del testamento público son diez, y que las formalidades jurídicamente hablando pueden concretarse á nueve; lo que forma un total de diez y nueve requisitos entre solemnidades y formalidades; pero como ese número me parece excesivo, voy á procurar reducirlo á sus justas proporciones, y procuraré también establecer las correspondientes distinciones, para llegar á determinar cuáles son las solemnidades cuya omisión, según el art. 3,505 del Código civil, deja sin efecto el testamento público abierto.

Y desde luego habrá que descartar de la lista del Sr. Ruiz, el aviso al Archivo General de Notarias y la nota del timbre, porque no son solemnidades ni formalidades del testamento, sino comunicaciones que el Notario tiene obligación de dirigir á una y otra de esas oficinas, cuya omisión, si bien sujeta al Notario á la correspondiente responsabilidad administrativa, no influye en manera alguna sobre la validez del testamento.

Entre las solemnidades enumera el Sr. Ruiz la lectura y entre las formalidades la lectura del acta y como supongo que no pretende se lea ésta por vía de solemnidad y que se vuelva á leer por vía de formalidad, creo que se manifestará conforme con que para la validez del testamento sólo es preciso que el acta se lea íntegramente y en voz alta una sola vez, sin perjuicio, naturalmente, del derecho que el testador, los

testigos, los intérpretes y el Notario tienen para leerlo por sí mismos cada uno de ellos antes de calzarlo con sus firmas.

Designación de cosas, de modo que no puedan ser confundidas con otras, dice el Sr. Ruiz, ser otra formalidad del testamento; pero el Código civil, en sus arts. 3,365 y 3,368 declara válidos los legados de cosas indeterminadas, sean muebles ó inmuebles y como las cosas indeterminadas lo son precisamente porque pueden confundirse con todas las de su misma especie, es evidente que esa misma formalidad, si como tal quiere considerarse, no es necesaria para la validez del testamento.

Redacción clara y concisa, aboliendo las cláusulas llamadas de estilo, encuentro en la lista de formalidades del Sr. Ruiz; pero él mismo, al ocuparse de las solemnidades nos ha dicho con razón, que según el art. 3,247 del Código civil, en caso de duda sobre la inteligencia de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más conforme á la intención del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que á este respecto pueda rendirse: luego no podrá nulificarse un testamento por la falta de claridad en su redacción, siendo de observarse que el legislador ordena que para interpretar la voluntad del testador se tome en consideración no solamente el tenor del mismo testamento, sino la prueba auxiliar que al efecto pueda rendirse.

Si la falta de claridad no es motivo de nulidad, sería curioso que se nulificara un testamento por solo el hecho de ser difuso, sobre todo cuando el mismo Sr. Ruiz que considera el estilo como formalidad, nos ha dicho con mejor criterio: «y como también debe inferirse que la ley, acerca del tenor del testamento, exige que sea la reproducción más directa y fiel de las palabras empleadas por el testador y del orden que éste diere á sus pensamientos, no hay motivo para que esa manifestación se restrinja á la forma en que el Notario quiera expresarla.»

Pero para qué cansar vuestra paciencia con un examen detallado de la lista de formalidades presentadas por el Sr. Ruiz; él considera como tales, además de las cinco que llevo estudiadas, el nombre, apellido, edad, estado, ejercicio ó profesión y domicilio del otorgante, testigos é intérpretes, en su caso: la protesta de los intérpretes, y por último, la escritura en lengua nacional, con tinta indeleble, letra clara, sin abreviaturas, raspaduras, enmendaturas, ni blancos; y para hacerlo así se apoya en las fracciones primera, segunda, tercera, duodécima y décima tercera, art. 50 de la ley del Notariado y en el artículo 3,495 del Código Civil.

En contra, tengo que alegar: primero, que el art. 50 sólo dice: «toda escritura deberá ser extendida con sujeción á las reglas siguientes:» pero no da á las fracciones de que se compone el carácter de formalidades que les atribuye el Sr. Ruiz: segundo, que la falta de observancia de

las reglas contenidas en ese artículo, si bien sujeta al Notario cuando es injustificada á la responsabilidad que en derecho proceda, no produce la nulidad del acta; y tercero, que los únicos requisitos de forma que la ley del Notariado exige como esenciales, porque su omisión produce la nulidad de la escritura pública, son aquellos á que se refiere el art. 69 en sus fracciones II, III, IV, V, VI, ó sea el idioma nacional, la constancia de haberse leído el acta á los interesados; la de haberla leído por sí mismo el sordo ó sordo-mudo ó de haberse cerciorado por cualquier otro medio legal de su contenido; la firma de las partes, testigos é intérpretes, que supieren escribir y pudieren firmar, la firma del Notario y del adscrito en su caso, el sello del primero y el lugar y fecha de la autorización; pues los demás incisos del artículo se refieren á las cualidades del Notario, que no son requisitos de forma.

He dicho ya que los que acabo de enumerar son los mismos, aunque menores en número que exige el Código Civil para la validez del testamento público abierto, con excepción del sello del Notario que la ley exige y no exige el Código Civil, y por cierto, salvo el idioma nacional, ninguno de esos requisitos se encuentra comprendido en la lista de formalidades presentada por el Sr. Ruiz.

Para concluir el examen de dicha lista, me permito hacer observar que aunque ofrecen cierta analogía, no debe confundirse los preceptos de la frac. I, art. 50 de la ley del Notariado, con el contenido en el art. 3,495 del Código Civil, pues su extensión es distinta y diversa la pena que le sirve de sanción.

Manifestaré también, que la conducta del legislador al querer se consignen en las escrituras públicas las generales de los interesados, testigos é intérpretes y no sancionar su omisión con la pena de nulidad, es enteramente justificada; pues las generales constituyen un medio de identificación, pero ni es el único ni es suficientemente eficaz, y si entre nosotros se tomaran por lo serio, sería imposible la existencia de la sociedad, porque todas las mujeres y una gran parte de los hombres, aumentan ó reducen caprichosamente el número de sus años; hay un gran número de personas que no pueden ó no quieren precisarla; casi todos los que carecen de profesión se llaman comerciantes; algunos se atribuyen el carácter de casados, porque viven en concubinato ó están ligados entre sí por el vínculo del matrimonio religioso, otros se dicen solteros por hallarse legalmente ó de hecho divorciados y los nombres mismos habitualmente usados suelen ser diversos á los consignados en los archivos del Estado Civil.

Por último, para no exigir la protesta á los intérpretes en los testamentos públicos existe la razón de que esa garantía que la ley del No-

tariado exige, se encuentra substituída de una manera más eficaz por el mayor número de personas que desempeñan el mismo cargo y por la vigilancia que sobre ellos ejercen los testigos, que deben conocer el idioma en que se expresa el testador.

Entrando al análisis de las solemnidades enumeradas por el Señor Ruiz, debo advertir que no es mi objeto averiguar ahora si es ó no jurídica y si ha sido recientemente ó en remotos tiempos aceptada como tal, la distinción por él establecida entre formalidades *probationis* causa y formalidades *solemnitatis* causa; lo que sí puedo asegurar es que al tratarse del testamento abierto, el Código Civil emplea como sinónimas las palabras formalidades y solemnidades y que las formalidades que según el art. 3,504 han de practicarse acto continuo, son las mismas solemnidades cuya omisión deja sin efecto un testamento según el artículo siguiente, y pretender lo contrario, sería incurrir en un número infinito de contradicciones, como resulta de un examen, siquiera sea superficial, del trabajo que tengo la pena de combatir y de cuyas contradicciones sólo daré una ligera idea

Todas las formalidades se practican acto continuo, dice el Código, y como según la doctrina que estoy combatiendo entre las formalidades se encuentra la nota al timbre, resulta que acto continuo ha de expedirse esa nota, para cuya expedición la ley respectiva concede al Notario un término de 30 días, reducido á 24 horas por una circular más ó menos bien fundada

El Notario tiene la obligación, según el Código, de certificar en el acta haberse practicado todas las formalidades; ¿dará fe de haber enviado á la Administración del Timbre y al archivo de Notarías, dos comunicaciones que va á expedir al día siguiente?

Pero no hay que detenerse en esas pequeñeces; si las formalidades y las solemnidades á que se refiere el Código son distintas, se impone la conclusión de que sólo á las primeras es aplicable el artículo 3,504 y sólo á las segundas lo es el artículo siguiente, y por consecuencia, las formalidades deberán practicarse acto continuo y las solemnidades podrán verificarse en distintos actos, el Notario certificará la observancia de las primeras y no tendrá que hacerlo respecto de las segundas.

Como estoy seguro de que todo el mundo ha de retroceder frente á esta conclusión, que es legalmente inadmisibile, de acuerdo con el legislador consideraré como idénticas las formalidades y las solemnidades y desde luego convengo con el Sr. Ruiz, en que han de practicarse en un solo acto.

Pero al tener el gusto de manifestar por primera vez mi conformidad con su opinión, voy á permitirme dirigirle un amistoso reproche por

la sujeción servil con que, de la misma manera que otros muchos compañeros, acoge sin previo examen las doctrinas de los autores; pues en las ocho líneas por él transcritas, Baudry-Lacantinerie y Colin á pesar de su indiscutible mérito incurren en dos errores manifiestos, y otro que por lo menos puede ser motivo de controversia.

En efecto, ellos dicen: «Importa no engañarse sobre el sentido y el alcance de estas palabras. Significan sin duda que es preciso no interrumpir la confección del testamento para hacer otro testamento ó redactar una escritura de venta. Pero la sesión podría suspenderse, durante algunos instantes, para satisfacer alguna necesidad imperiosa, por ejemplo, para suministrar un remedio al testador que se encuentra enfermo; este no es un acto en el sentido del art. 976, que no pretende evidentemente referirse, sino á los actos jurídicos.»

Si esa doctrina fuera exacta, podría suspenderse el testamento para oír un concierto ó admirar una obra de arte, actos que no son jurídicos; y á cada instante se rompería la unidad del acto con motivo ó con pretexto de suministrar remedios al testador enfermo; por otra parte, he leído que Julio César podía dictar simultáneamente varias comunicaciones á diversos Secretarios y no encuentro razón plausible para que un hombre semejante no pudiera dictar simultáneamente su testamento y una escritura de compraventa.

No, señores, porque la ley ordena que las formalidades se practican acto continuo, es preciso que el testador no se separe de los testigos y el Notario un solo instante desde que comienza á manifestar su voluntad, hasta que el acta quede autorizada con la firma del Notario, sin perjuicio de que las operaciones de meditar, dictar, redactar, escribir, traducir, leer, discutir, aprobar y firmar el acta, se verifiquen con las pausas y suspensiones que su propia naturaleza y el estado del testador exijan y sin perjuicio también de que éste ejecute simultáneamente cualquier otro acto.

La unidad del acto es requisito que sólo el Código exige excepcionalmente en los testamentos, y por lo mismo, no puede hacerse extensivo sino á los demás por él mismo establecidos; en consecuencia, esa unidad no se rompe por que el Notario fije ó deje de fijar su sello en presencia del testador y los testigos, pues con solo la existencia de dicho sello quedan satisfechas las exigencias de la ley del Notariado, aun suponiendo que fueran de observarse en materia de testamentos.

He dicho ya cuáles son los requisitos de forma que, inspirándose en los mismos principios, exigen como esenciales la ley del Notariado para la escritura y el Código Civil para el testamento público abierto,

y sólo me resta examinar cuáles son los que solamente el Código exige con tal carácter en los testamentos.

Entre estos se encuentra la unidad del acto, que con la concurrencia de las personas que en él deben intervenir, constituye un solo requisito, aunque el Sr. Ruiz los considera como diversas solemnidades; pues precisamente la única diferencia que á este respecto existe entre el testamento y la escritura, consiste en que al otorgamiento del primero, han de concurrir en un solo acto todas las personas que en él deben intervenir, mientras que en la escritura la comparecencia ante el Notario puede verificarse en diversos actos, siendo de advertir que, aun suponiendo que ninguna de las incapacidades que para ser testigo exige el art. 3,489 del Código, sea dispensable, como asegura el Sr. Ruiz, la concurrencia de alguna de dichas incapacidades, sino es aparente, no implica responsabilidad para el Notario; pues éste y los testigos desempeñan simultáneamente la misión que les ha sido encomendada en los testamentos, pero con absoluta independencia entre sí, y la ley no exige que se conozcan, ni impone al Notario la obligación de certificar la capacidad de los testigos.

El dictado, la redacción, la escritura, la lectura y la conformidad del testador con el acta, han sido consideradas como otras tantas solemnidades por el Sr. Ruiz, quien asegura que el dictado debe hacerse por el testador, la redacción puede hacerse por éste ó por el Notario y que so pena de nulidad el Notario ha de escribir y leer personalmente el testamento.

Las dos primeras proposiciones se aproximan bastante á la verdad, pero las dos últimas me parecen inaceptables y á reserva de estudiar con mayor detenimiento el punto, si necesario fuere, me limitaré por ahora á impugnar los débiles argumentos en que se apoya.

Se alega que en los testamentos privados la ley establece una íntima correlación entre escribir y redactar por escrito; considera que el que no puede escribir no está en aptitud de redactar por escrito, y por lo mismo dispensa esa solemnidad cuando los testigos no saben escribir.

Pero no se trata de saber si existe esa correlación, se trata de averiguar si el Código Civil exige como formalidad necesaria para la validez del testamento que sea materialmente escrito por alguno de los testigos.

Yo sostengo la negativa por las siguientes razones:

I. Expresamente previene el Código que no será necesario redactar por escrito el testamento, cuando ninguno de los testigos sepa escribir y en los casos de suma urgencia.

II. Si el legislador hubiera querido que el testamento privado se hiciera constar precisamente por escrito, habría cuidado de incluir entre las incapacidades de los testigos el no saber escribir.

III. Si no es formalidad esencial que el testamento privado conste por escrito, menos lo ha de ser que lo escriba determinada persona.

IV. Si el legislador tuviera alguna razón oculta para exigir que personalmente alguno de los testigos escriba el testamento, habría cuidado de que el acta que ha de levantarse en la presencia judicial, fuera escrita materialmente por aquel de los testigos que supiera hacerlo.

V. Si solo los testigos pudieran escribir el testamento, habría que declarar nulo el escrito de puño y letra del testador.

VI. También sería nulo, porque los testigos no supieran escribir, el testamento escrito por el testador y firmado por los testigos.

VII. Sería igualmente nulo el testamento escrito por una mujer y firmado por el testador y los testigos que no saben escribir.

Y como la ley en esos casos reconoce efecto jurídico al testamento privado aunque se apoye solo en el dicho de los testigos, tendría que declararse la nulidad por sobra de solemnidades, absurdo que á nadie le ha podido ocurrir y por lo mismo me atrevo á sostener que al permitir la ley que el testamento privado no se redacte por escrito, cuando ninguno de los testigos sabe escribir, no ha querido prohibir que lo escriba otra persona.

Respecto al testamento público abierto, el Sr. Ruiz, dice: las fuentes de nuestro derecho, sus tradicionales históricas no apoyan la interpretación del art. 3,499 tal cual la formula el Lic. Martínez Madero: pues la antigua legislación española exigía, que el escribano mismo escribiera el testamento, como puede verse en la ley 103, título 18, Partida tercera. Este mismo precepto lo reprodujo el proyecto de Código civil español, (art.565) de D. Florencio García Goyena, y es el del Código de Napoleón en su art. 972.

Rectificando la relación cronológica que existe entre estos hechos, me permito recordar que el Código de Napoleón se publicó en 1804, y el proyecto de García Goyena en 1851, este último treinta años después de nuestra independencia y jamás ninguno de los dos ha estado vigente entre nosotros. Por consecuencia, ni uno ni otro pueden considerarse como tradiciones históricas nuestras.

En cuanto á las Partidas, la ley citada dice en lo conducente: «E de si deve escrevir el escrivano todas las cosas de las mandas que el fiziere por su alma, e las otras cosas que fiziere por razon de su sepultura e las debdas que deve, e los tuertos que fizo á otros que manda endereçar en la manera que los dixere el que faze el testamento... e de

si deue dezir el escriuano en que lugar fue fecho el testamento e ante cuales testigos e el dia e el mes e la hora.»

Si esa ley ha de interpretarse en su sentido literal, se impone la conclusión de que el testamento era en parte escrito y en parte dicho por el escribano; si ha de interpretarse racionalmente hay que recordar, que según las mismas partidas: escriuano tanto quiere decir como home que es sabedor de escriuir» (L. 1. T. 18. P. 3ª) y aunque la definición es mala porque no todo sabedor de escribir era Escribano, no podrá extrañarnos que se les encomiende de una manera general el cargo de escribir las actas en que intervenían; pero aun en aquellos remotos tiempos se daba tan poca importancia al carácter mismo de la letra y se comprendía también los peligros de admitir la nulidad por esa sola razón, que la ley 118 del mismo título, y libro citado por el Sr. Ruiz, ordena que la cuestión se resuelva por la simple declaración del Escribano y si éste no puede ser habido, deja al arbitrio del Juez decidir de la validez ó nulidad de la escritura, aun contra el dictamen conforme de los peritos.

Aun es más explícita la ley promulgada en 1525 por el Rey Don Carlos y la Reina Doña Juana incluida con el número 6, en el libro décimo, título 23 de la Novísima, en cuya virtud se mandó «A todos los Escribanos del Número y Escribanos y Notarios Públicos que signen los registros de las escrituras y contratos que hicieren y ante ellos pasaren, por excusar la dificultad que hay en averiguar la letra de los registros después de fallecidos los Escribanos;» luego ya en aquellos tiempos el grande Emperador, que supo trazar tan brillantes páginas en la historia, comprendió que bastaba el signo para que la escritura se reputara obra del Escribano.

El art. 49 de nuestra Ley de Notariado no se limita, como pretende el Sr. Ruiz, á preceptuar que el Notario redacte por sí mismo las actas Notariales, sino que ordena que lo haga asentándolas en el libro que corresponda del protocolo y como asentar significa anotar ó poner por escrito alguna especie para que conste, resulta evidente la analogía establecida por el Sr. Lic. Martínez Madero entre el principio de la Ley del Notariado y el del Código Civil, siendo más imperativo aún el primero, como puede verse comparando ambos preceptos: «el Notario redactará por si mismo el acta, poniéndola por escrito en el protocolo» «El Notario redactará por escrito el testamento.»

Y como el Sr. Ruiz reconoce que el primer precepto no implica la obligación de escribir materialmente las actas notariales, tendrá que confesar, so pena de incurrir en contradicción consigo mismo, que tampoco está obligado el Notario á escribir materialmente el testamento.

Ambos preceptos según la correcta interpretación hecha por nuestro inteligente compañero el Sr. Martínez Madero, significan que bajo el cuidado y responsabilidad del Notario han de escribirse materialmente todas las actas notariales, incluso el testamento público.

Esa interpretación ha sido universalmente aceptada en el Distrito y Territorios federales y desde que el más viejo de nosotros tiene uso de razón, solo por accidente ha escrito el Notario materialmente los testamentos, sin que á pesar de ser el hecho por todos conocido, haya pretendido nadie invalidarlos por esa sola razón.

En semejantes circunstancias, no basta la simple duda para apartarse de una interpretación racional de la ley, sancionada por la costumbre, para adoptar una interpretación más bien que literal, arbitraria, desprovista de todo fundamento y notoriamente perjudicial á los intereses del público.

En semejantes circunstancias, la prudencia que el Sr. Ruiz invoca para pretender que la práctica establecida se modifique en el sentido de su vacilante opinión, aconseja por el contrario rechazar con energía esa innovación cuyo efecto inmediato sería reconocer la nulidad de los testamentos todos autorizados hasta la fecha y poner en tela de juicio los que en lo sucesivo llegaren á otorgarse.

Esto no es prudencia, sino miedo, por cierto infundado de que alguna vez llegue á interpretarse la ley de una manera farisaica, y el miedo jamás ha sido el mejor consejero de los funcionarios públicos, como lo demuestra el caos formado en materia de timbre por las múltiples resoluciones de la Secretaría de Hacienda, que reconocen como causa principal las infinitas dudas de los Notarios, dudas que no han podido resolver por haberse encontrado ofuscados por el miedo de incurrir en una responsabilidad pecuniaria, de que no siempre les ha librado el miedo.

En cuanto á mi, con verdad os digo, que como particular jamás mi voz se ha hecho oír en público para defender mis opiniones, ni mucho menos para impugnar las contrarias; pero como funcionario, la ley me impone la obligación de asistir á vuestras conferencias y he acudido con asiduidad y he tomado en vuestras discusiones una parte tan activa, que ha llegado á granjearme, por vía de reproche, el epíteto de censor. Censor, si, pero con la ley en la mano, la razón por guía, la verdad en los labios y la más pura de las intenciones en el fondo del corazón.

México, Agosto 1º de 1905.

LUIS GUERRERO