

CONSEJO DE NOTARIOS DE LA CIUDAD DE MÉXICO

EL ACTA TESTAMENTO PUBLICO

SEGUN EL CODIGO CIVIL

Y

LA LEY DEL NOTARIADO

MÉXICO

TIP. DE LA VIUDA DE FRANCISCO DÍAZ DE LEÓN

Esquina Cinco de Mayo y Callejón de Santa Clara.

1905

La lectura de este estudio en la conferencia celebrada por los Notarios el diecinueve de Diciembre de mil novecientos cuatro, fué precedida de un exordio que las circunstancias especiales de aquella sesión hacían necesario: como en parte eran de un orden enteramente económico, y esa parte en manera alguna tenía relación estrecha con el estudio, solamente se publica la conclusión del exordio, que sí parece atingente á la materia.

MANUEL MARTÍNEZ MADERO

La forma, enemiga de lo arbitrario, es la hermana gemela de la libertad, ha concluido Von Jhering, como resultado de un estudio, profundo de sabiduría, sobre el formalismo, en su obra «El Espíritu del Derecho Romano.»

En ese pensamiento, que á primera vista parece paradógico, se resume toda la filosofía de la forma, porque la manera de garantizar mejor la ilimitada libertad de las manifestaciones de la voluntad, es restringir más estrictamente la libertad de las formas de tal manifestación.

No es de extrañar, pues, que la manifestación más grande del derecho de propiedad, á la que importaba, más que á cualquiera otra, dar mayor garantía de libertad, se hubiera rodeado desde su nacimiento de más formalidades que las exigidas para cualquiera otro acto.

En Roma, durante muchos siglos, el dominio de una *res mancipi*, solo podía transferirse bajo la garantía de la ciudad, representada por los *testes classici*, en la *mancipatio*, ó por el magistrado en la *in jure cessio*; pero, cuando se trataba de la transmisión de todo el patrimonio de un ciudadano, se exigía la intervención de la Ciudad misma; originariamente no se conocieron más que el testamento *calatis comitiis* y el testamento *in procinctu*.

A la decadencia de la libertad, respondió el relajamiento de la severidad de la forma; cuando quedó enteramente rota la primera y, bajo la opresión incesante del régimen cesariano, hubo perdido el último resto de su antiguo vigor, las formas y las fórmulas del derecho antiguo le siguieron y desaparecieron con ella.

El período de florecencia de la libertad marca también el reinado del más penoso rigor en la forma.

Sin embargo, cuando, con la libertad, desaparecieron las formas y fórmulas del derecho antiguo, el testamento conservó la severidad que tuviera en su origen y que hasta hoy ha conservado á través de las legislaciones.

El formalismo en la confección del acta notarial testamento público, según la legislación mexicana, será el objeto del presente estudio.

La ley general y la ley especial.

El Código civil llama testamento público abierto al que se otorga ante Notario y testigos idóneos, (art. 3,482).

Otorgamiento, dice Escriche. «es el acto de ofrecer . . . con autoridad pública el cumplimiento de alguna cosa;» la Academia de la lengua es más explícita definiendo la palabra, al agregar en su contenido, los actos de disponer y establecer; y así la explica, diciendo: «Disponer, establecer, ofrecer . . . con autoridad pública el cumplimiento de alguna cosa.» En la definición anterior tenemos que examinar el acto de disponer y la intervención que en él tiene la autoridad pública.

Respecto al acto de disponer, las leyes tienen que asegurar la identidad de la manifestación y de su conservación; el medio universalmente admitido para la conservación idéntica de la manifestación de un hecho, ha sido el reducirlo á la escritura.

Respecto de la intervención de la autoridad pública, —el Notario, en el caso del artículo del Código civil que nos ocupa— consiste en investir al acto de que se trata de la fe pública, autorizándolo con su presencia, autorización de la que hay que conservar también la manifestación.

Ahora bien, «el acta que el Notario, ha de formar sobre el acto sometido á su autorización, firmada por los otorgantes . . . los testigos instrumentales y suscrita y sellada por el mismo Notario,» es lo que la ley del Notariado llama, en su art. 49, acta notarial.

El testamento público es, por consiguiente, una de las especies del acta notarial.

El acta notarial es la manifestación de la actividad de la función pública llamada Notariado; la cual es función pública, porque, como dice la exposición de motivos de su ley: «La fe pública no es, no puede ser mas que un atributo del Estado, supuesto que es una manifestación de derecho aplicada á la validez y credibilidad de los actos concernientes á la vida civil; por esta razón, el individuo que, conforme á la ley hace constar esos actos; que los reviste de solemnidad y les da fe pública, no hace otra cosa que obrar en nombre del Estado, *ejercer una función de éste*, y es, por lo tanto, un funcionario público.»

La función pública no se puede concebir sin una ley que le haya dado existencia; que regule su actividad y que limite sus atribuciones.

La ley que dió existencia á los funcionarios llamados Notarios, fué el derecho privado positivo, el cual quiso que determinados actos fueran investidos de la fe pública, por la autorización que de ellos hicieran determinadas personas, á quienes confió ese cometido; pero no reguló su acción; era por lo tanto necesaria una ley que la reglamentara; la ley que

reglamentó, en general, esa actividad y limitó esas atribuciones fué la ley del Notariado; por consiguiente, en el ejercicio de sus funciones, en general, tienen que obrar necesariamente dentro de los preceptos esenciales de esa ley, porque si no lo hicieran así dejarían de ser Notarios, para convertirse en otra clase de oficiales públicos.

Sin embargo, puede suceder que, en alguna materia especial, se regulen especialmente sus funciones, pero siempre de conformidad con los linamientos esenciales de la ley general: en ese caso tenemos un mismo fenómeno jurídico y dos leyes que deben regirlo, que es el caso expresado en el art. 11 de la Ley del Notariado, que dice: «Además de las obligaciones que la presente ley impone á los Notarios, éstos deben cumplir en el examen de documentos, otorgamiento de escrituras y expedición de testimonios ó copias, con las obligaciones que les imponen las leyes.» Reducido el problema á los términos anteriores se presenta ya de otra manera: se trata de saber en qué casos á un fenómeno, regido por una ley general y por una especial, debe aplicarse el principio regla, el principio excepción ó los dos combinados

Los casos en que el principio regla debe aplicarse son los considerados por el viejo aforismo de derecho «*Casus omnis juris communis dispositione relinquitur.*» La ley especial, presuponiendo la existencia de una institución, sólo establece aquellos principios que de alguna manera la modifican en sus accidentes, sin alterar sus fundamentos esenciales, puesto que la esencia de lo especial es estar comprendido dentro de lo general, de lo cual sólo forma los detalles; es, por consiguiente, éste, el primer caso en el cual la Ley del Notariado debe observarse en materia de testamentos.

El precepto especial, al presuponer la existencia del precepto general, puede ser, con relación á éste, de tres maneras; ó bien contradictorio, y es el verdadero principio excepcional; ó bien idéntico, caso en que no es excepcional verdaderamente, puesto que sólo hace más manifiesta la voluntad del legislador de confirmar y hacer de más estricta observancia el principio general; ó bien es interpretativo, restringiendo el contenido del precepto regla.

En los dos últimos casos, esto es, de principios idénticos ó de principio especial restrictivo del general, se aplican tanto el precepto regla como el precepto excepción combinados, porque en el primero de ellos, como antes dije, si el principio especial que rige la forma de los testamentos, es idéntico al precepto establecido en la Ley del Notariado, el principio especial solo tiene por objeto hacer de más estricta aplicación el principio general. En el caso en que el principio especial limita al precepto general, también se aplica éste, puesto que el principio especial confirma la regla en la parte por él expresada, restringiendo únicamente la

extensión de su manifestación.

Nos queda únicamente, el primer caso, es decir aquel en que el precepto especial es contradictorio del general. Dice Laurent a este respecto: «El testamento en 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. . . aquí el principio de la especialidad prevalece, porque tal es la voluntad del legislador.» (1)

Pero no debe perderse de vista que la ley excepcional sólo puede ser contradictoria de la general en los accidentes de ésta, nunca en su esencia; porque, si la cambiara, la transformaría en otra institución, de la cual sería el precepto regla que la hubiera creado y no el precepto excepción que, detallándola, caracterizara la especie.

Hay también que recordar que, conforme al artículo 10º del Código Civil, las leyes excepcionales son de estricta interpretación, es decir, que sólo son aplicables á los casos expresamente especificados en las mismas.

De lo expuesto se infiere que, solo cuando el precepto del Código Civil sea excepcional de los preceptos contenidos en la Ley del Notariado, no deberá observarse ésta en el otorgamiento de los testamentos.

De lo anterior resulta que ha de observarse la ley del Notariado en el otorgamiento de los testamentos:

1) Si en el Código civil no existe alguna disposición aplicable al caso, y sí la hay en la Ley del Notariado.

2) En los casos en que el Código civil y la Ley del Notariado tengan preceptos idénticos; y

3) Cuando el precepto del Código civil restrinja la interpretación del precepto de la Ley del Notariado, observándose ésta dentro de los límites marcados por el precepto de aquel.

4) El único caso en que no han de observarse los preceptos de la Ley del Notariado, es cuando el principio establecido por el Código Civil esté en contradicción con el establecido por aquella.

Testamento Público abierto.

I

Paso ahora á examinar, dentro de los cuatro criterios antes establecidos, los preceptos positivos en la parte relativa á la *confección* del acta testamento, para *ceñirme á la cuestión propuesta*.

(1) Principes de droit civil T. 13.

Anteriormente hemos visto que, en el acto de disponer, las leyes tienen que asegurar la identidad de la manifestación y de su conservación. El testamento público es sin duda la disposición más trascendental que puede hacerse, por consiguiente es aquella cuya conservación idéntica es más importante. Si el medio más seguro que hasta ahora se ha encontrado para la conservación idéntica ha sido el reducir el acto á la escritura, con mayor razón el testamento deberá ser escrito. No habiendo en el Código civil un precepto que ordene en dónde debe ser escrito, 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 testamento público abierto es el que se otorga ante Notario: el Notario lo es en tanto que autoriza un acto respecto del cual es competente por razón del lugar, de las personas que intervienen en él y de la naturaleza del acto. Dice Baudry La-Cantinerie, (1) que el Notario debe hacer constar en el acta su nombre, por que ese es uno de los medios que tenemos para cerciorarnos de que en realidad es competente. La anterior doctrina confirma la observancia, en el otorgamiento de los testamentos públicos abiertos, de la fracción II del artículo 5º de la Ley del Notariado, que dice: «El Notario consignará su nombre.»

El Código civil establece, en sus arts. 3,275 y siguientes y 3,489, incapacidades para testar y ser testigos en el testamento; y siguiendo la teoría expuesta anteriormente, vemos que el modo de comprobar la capacidad para testar, ó para ser testigo en el acto del otorgamiento, es la identificación de las personas; á esta necesidad, implícita en el Código, responde la fracción III del art. 50 de la Ley del Notariado, al prescribir que en las actas notariales se consignen las generales de los otorgantes y de los testigos.

Anticipando la resolución del problema que después estudiaré, manifiesto que la frase «redactará por escrito el Notario las cláusulas,» empleada por el art. 3,499 del Código Civil, implica para el Notario la obligación de poner en cláusulas ordenadas y con palabras claras y precisas las disposiciones del testador; obligación igual á la que le impone la Ley del Notariado en la fracción V del art. 50 que dice: «Los Notarios consignarán el acto... por medio de cláusulas repactadas con claridad y concisión, evitando toda fórmula inútil y anticuada y limitándose á expresar con precisión el... acto que se autorice.»

La fracción IV del art. 57 del Código civil, dice, refiriéndose á las actas del Estado civil. «No se hará raspadura alguna ni tampoco se permitirá borrar lo escrito. Cuando sea necesario testar alguna palabra,

(1) *Donations et testaments*. V. III. p. 81.

se pasará sobre ella una línea delgada de manera que quede legible;» y la fracción V.: «Al fin de cada acta se salvará con toda claridad lo enterrrenglonado y testado.» El art. 55 del Código de Procedimientos civiles dice: «En la práctica de diligencias, declaraciones, decretos, autos y sentencias, no se rasparán las frases equivocadas, sobre las que sólo se pondrá una línea delgada que permita la lectura, salvándose al fin con toda precisión el error cometido.» Como las anteriores, podría citar algunas otras disposiciones semejantes en el Código civil y el de Procedimientos civiles. Si estas disposiciones se han de observar en diferentes clases de actos, no hay razón para que en el más solemne de todos, en el más importante, no se observen las fracciones I y XIII de la Ley del Notariado, que dicen: «Se escribirá. . . sin raspaduras, ni enmendaturas. . .» «Se salvarán al fin de la escritura, las palabras testadas y enterrrenglonadas, de cuyo número se hará mérito: las palabras tachadas quedarán legibles.»

Existe una disposición en la Ley del Notariado que debe observarse en los testamentos públicos abiertos, dentro de los mismos límites que se observaría en cualquiera otra acta. Esa disposición es la de la fracción VI del art. 50 de la ley; que dice: «En toda escritura se designarán con puntualidad las cosas que forman el objeto de la disposición. . . de tal modo que no puedan ser confundidas con otras.»

Ante todo, debo fijar el alcance que tiene esa disposición en las demás actas, para determinar su aplicación á los testamentos. El precepto referido requiere la determinación de la naturaleza de un bien mueble y de la ubicación y colindancias de un inmueble, para que no pueda confundirse con otro el objeto de la convención ó disposición; pero ni el medio que propone es único, ni prohíbe identificar los objetos por otro diverso del que á la ley le pareció el más conveniente, como lo sería por medio de una prueba supletoria; será éste un camino más difícil, pero la dificultad no es causa para su exclusión cuando la ley no ha sancionado la falta de observancia del medio que aconseja con pena de nulidad, como lo demuestra la simple lectura del art. 69.

Por lo anterior vemos que la puntualización establecida por el artículo que nos ocupa, más que un precepto de obligatoria observancia, es una recomendación muy atendible en las convenciones y disposiciones, con la cual se evita el acudir á una prueba supletoria para la identificación de los objetos. Y, si eso es en materia de convenciones, mayor razón hay para que lo sea en los testamentos, porque la escritura en que se hace constar un contrato es el título del derecho al objeto; mientras que el testamento no es el título por el que se adquiere la propiedad de los bienes hereditarios, sino la causa de la adquisición, que llegará a ser un título

cuando se perfeccione por otros actos posteriores.

Limitado así el alcance del precepto ¿deberá observarse en la confección de los testamentos públicos abiertos? ó ¿está en contradicción con alguna de las prescripciones del Código civil? Como después veremos, las disposiciones testamentarias son obra del testador y no del Notario; por consiguiente cuando el testador detalle, según la fracción citada, los bienes de que dispone, el Notario deberá asentarlo así en el acta, con lo que se habrá obtenido la ventaja de no tener que recurrir á una prueba extraña para la identificación de los objetos de la disposición, como lo serian los títulos en virtud de los cuales hubiera adquirido su propiedad; en el caso contrario, es decir, cuando el testador no precise así los objetos de que dispone, el Notario no podrá pedirle que lo haga, porque, como después veremos, la misión del Notario no es hacer que el testador cumpla en sus disposiciones con las leyes que rigen el fondo, ni mucho menos con aquellas cuya falta de observancia no produce la nulidad de la última voluntad, sino únicamente investir de la fe pública la manifestación que de sus disposiciones hace el testador.

Respecto á disposiciones idénticas en las dos leyes, serían tantas las que debería mencionar, que, para no incurrir en una omisión, cuando por otra parte dicha enumeración no presentaría ventaja alguna, sólo señalaré algunas de las principales entre las que puedo citar: la redacción en lengua nacional, la expresión de la fecha, hora y lugar del otorgamiento, la lectura del acta, y la firma de los que intervienen en ella.

Entre las disposiciones del Código civil que restringen la interpretación de la Ley del notariado en la confección de los testamentos públicos abiertos, tenemos la contenida en el art. 3,491, que previene que, cuando el testador ignore el idioma del país, concurren al acto dos intérpretes nombrados por él; mientras que la fracción XII del art. 50 de la Ley del Notariado sólo previene que concorra uno.

La interpretación de la fracción XIV *in fine* del art. 50, que previene que firmen los testigos instrumentales está restringida por el artículo 3,500 del Código Civil, que permite que firme uno de los testigos por aquel que no sepa firmar, debiendo constar cuando menos la firma de dos de ellos.

La fracción IV del art. 50 de la Ley faculta al Notario para autorizar un acto sin conocer á las partes, en caso grave y urgente, expresando la razón de ello: los arts. 3,493 y 3,494 restringen esa facultad, al no considerar bastante la expresión de la urgencia, ordenando al Notario que, cuando no pueda veritificar la identidad del testador, se hagan constar todas las señales que lo caractericen.

En cuanto al cuarto criterio, esto es, disposiciones contradictorias, no se encuentra un solo precepto en el Código civil que contradiga expresamente á los de la Ley del Notariado en lo que se refiere á la confección del acta testamento público abierto; pero sí hay un artículo en la Ley del Notariado que rompe con el espíritu del sistema seguido por el Código civil en esta institución, y ese precepto es el de la fracción IX del art. 50.

Dice esta disposición que, en toda escritura, constará «que se explicó á los otorgantes el valor y fuerza de las cláusulas respectivas.»

La explicación que previene ese precepto no es seguramente la del acto mismo que se otorgue ante el Notario, porque sus efectos generales tienen que ser perfectamente conocidos del que lo está ejecutando, pues ese es requisito esencial del libre consentimiento; ahora bien, la falta de conocimiento puede provenir ó de que se ignora la cosa, ó de que se conciba de una manera diversa de su verdadero modo de ser, y ese es el error: la ignorancia y el error son vicios del consentimiento y la falta de perfecto consentimiento produce la nulidad del acto que se celebra; por consiguiente, aun en los contratos debe interpretarse ese precepto en el sentido de que se debe explicar el valor y fuerza de aquellos efectos jurídicos que son secundarios, es decir, aquellos cuya falta de conocimiento no altera el efecto principal que se habían propuesto obtener las partes al ejecutar determinado acto.

Restringida así la interpretación de ese precepto, ¿está en contradicción con las disposiciones del Código civil? Con disposiciones expresas no, pero sí con el espíritu de la institución.

Lo contradice, porque, respecto del efecto principal que produce un testamento, no se necesita una explicación supuesto que todos saben que es la disposición que se hace de los bienes que forman el patrimonio para después de la muerte; y, en cuanto á los efectos secundarios que pueden producir determinadas modalidades puestas por el testador, nadie puede conocer su fuerza y valor mejor que él, que es su autor directo y exclu-

sivo. Pero muy bien puede suceder, que el testador, proponiéndose producir determinado efecto, ponga en su testamento determinada modalidad que lo produzca diverso ¿podrá entonces el Notario señalarle su error? Sería muy peligroso conceder tal facultad, que por otra parte á nada conduciría, pues tenemos el art. 3,247 que dice: «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 se rinda.» Dije que sería muy peligrosa esa facultad, porque, bajo el pretexto de corregir un error del testador, llegaríamos á facultar al Notario para restringir la libertad de la voluntad de aquél, sugiriéndole disposiciones que no habría hecho espontáneamente.

De lo expuesto se deduce, que el precepto contenido en la fracción IX del art. 50 de la ley del Notariado ni puede, ni debe aplicarse á la confección de un testamento público abierto por estar en contradicción con el espíritu del sistema que ha seguido el Código civil al reglamentar esa institución.

Reduciendo todo lo expuesto á una proposición concreta, podemos formularla de la manera siguiente: «En la confección del acta testamento público abierto, deben observarse todas aquellas disposiciones de la ley del Notariado que no estén en contradicción con preceptos expresos ó con el sistema creado por el Código civil.»

II

Dice el eminente profesor de la Universidad de Gante, en su curso de derecho civil, que «hay dos especies de interpretación: la doctrinal y la que hace el legislador;» y adelante añade: «La interpretación doctrinal se divide en gramatical y lógica: la primera tiene por objeto fijar el sentido literal de la ley, la segunda, hacer conocer su espíritu. No debe entenderse esta división en un sentido material como si para explicar tal ley se recurriese á la interpretación gramatical sin consultar el espíritu de la ley, mientras que, para explicar tal otra, se recurriese á la interpretación lógica sin tener en cuenta el texto.»

Estudiaré legal y doctrinalmente el texto del art. 3,499 del Código civil, tratando después de combinar las dos interpretaciones; y veremos que, tanto el sistema legislativo como el sentido de las palabras y los razonamientos de los jurisconsultos, nos autorizan para sentar el principio siguiente: Sólo el testador puede dictar las disposiciones testamentarias, que deberán ser redactadas por el Notario, el cual debe dictar y redactar

las solemnidades. Por no aparecer inconsecuente con los principios que después he de sostener, me permito poner en la forma anterior el problema, y no en los términos en que estaba planteado y que decían: ¿La redacción que le confía el Código civil es la de las solemnidades ó la de éstas y las disposiciones? El art. 3,499 del Código civil, en la parte conducente al problema que nos ocupa dice: «El testamento público abierto se dictará de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de los testigos y el Notario; este redactará por escrito las cláusulas. . .»

Para facilitar el estudio, haciendo á un lado varias de las frases que contiene esa parte del artículo, sólo nos fijaremos en las dos: «dictará el testador» y «redactará el Notario».

Comparando algunas de las disposiciones del Código civil, encontramos el art. 1,287, que rige como precepto general en materia de consentimiento, y que dice: «Sólo el que tenga imposibilidad física para hablar ó escribir, podrá expresar su consentimiento por otros signos indubitables.» La regla general es que, en el caso considerado por el artículo anterior, se puede manifestar la voluntad por un signo que no deje lugar á duda sobre lo que se quiere.

¿Podrá expresarse de esta manera la voluntad en las disposiciones testamentarias? El art. 3,469 del Código civil dice: «Es nulo el testamento en que el testador no expresa cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señales ó monosílabos en respuesta á preguntas que se le hacen.» Según este artículo, queda prohibido, bajo pena de nulidad, el testamento en que el testador no expresa de una manera clara y cumplida su voluntad, sin admitir, como lo hace el art. 1,287, la manifestación por signos ó señales indubitables.

Sin embargo, este artículo no debe interpretarse tan estrictamente que el Notario no pueda hacer preguntas al testador que le dicta sus disposiciones, á fin de que éste aclare su pensamiento cuando no sea bastante preciso; «pero bajo pena de comprometer la validez del testamento, —dice Baudry La-Cantinerie¹— el Notario debe evitar cuidadosamente hacer preguntas que puedan entorpecer la libertad del que dispone, sugiriéndole disposiciones que no habría hecho espontáneamente. Las preguntas hechas por el Notario sólo deben tender á precisar el sentido y el alcance de las disposiciones que hace el mismo testador.»

Ahora bien, siendo el art. 1,287 precepto general para manifestaciones de consentimiento y el art. 3,469 precepto especial para la expresión de las disposiciones testamentarias, claro es que éstas deben regirse por el precepto especial, por ser contradictorio del general

1 *Traité de Droit civil.*

¿Podrá el testador manifestar su voluntad de alguna otra manera que no sea de las prohibidas por el art. 3,469? En otras palabras: ¿cuál es la manera clara y cumplida de manifestar la voluntad? El art. 3,499 dice que: «El testamento público abierto se dictará de un modo claro y terminante por el testador;» por consiguiente, sólo queda un modo de expresar clara y cumplidamente la voluntad y es el dictado, puesto que así está prescripto por el legislador, bajo pena de nulidad.

Veamos ahora lo que significan las palabras «Dictar» y «Redactar» para limitar la intervención que en el otorgamiento de un testamento público tienen el Notario y el testador.

«Dictar —llama el Diccionario de la Real Academia de la Lengua— al acto de decir uno algo, con las pausas necesarias ó convenientes para que otro lo vaya escribiendo;» y Vera y González, en su Diccionario Enciclopédico, aceptado por la Real Academia, dice: «Dictar, pronunciar poco á poco las palabras para que otro tenga tiempo de ir las escribiendo.»

Substituyamos en el artículo la palabra «dictará» por su definición y quedará perfectamente clara la voluntad del legislador: «El testamento público abierto se dirá por el testador clara y terminantemente, con las pausas necesarias para que otro lo vaya escribiendo.»

Por lo anterior se ve que la connotación del vocablo es que se manifieste la voluntad por medio de la palabra: que se escriba lo que se dice, para lo cual se han de pronunciar las palabras poco á poco, con las pausas necesarias ó convenientes; y que se escriba lo que se dice por el que dicta; en el caso concreto manda el legislador que dicte el testador y no el Notario.

Sabiendo ya lo que significa «dictar,» necesitamos saber qué es lo que debe dictarse. Según el art. 3,499 del Código civil, lo que debe dictarse es el testamento, es decir, las disposiciones; por consiguiente, siguiendo la regla general que previene que los Notarios dicten y redacten íntegramente las actas que autorizan, y siendo el art. 3,499 excepcional de esa disposición, debe interpretarse restrictivamente en el sentido de que todo lo que no sean disposiciones testamentarias, —como lo es la mención que debe hacerse de las solemnidades que se han de observar— deberán ser dictadas por el Notario.

Veamos ahora qué se entiende por «redactar» para determinar la intervención del Notario en este acto, y entonces aparecerá más claro gramaticalmente el sentido del artículo. «Redactar —dice el Diccionario de la Real Academia— se deriva de la palabra latina *redactum*, supino de *redigere*, que quiere decir poner en orden;» y Vera González, obra antes citada: «Redactar: escribir y ordenar alguna cosa,» es decir, or-

denar alguna cosa al escribirla. Ahora bien, ordenar nunca ha querido decir poner más de lo que existe, sino arreglar lo que ya está hecho, poniéndolo en el lugar que le corresponde.

Sigamos el procedimiento anterior, sustituyendo la palabra «redactará» por su definición y entonces tendremos: «El Notario pondrá por crden por escrito las cláusulas.»

De lo antes expuesto, se deduce que, legalmente, el único medio para expresar la voluntad de las disposiciones testamentarias, es que el testador las dicte sin que pueda hacerlo por medio de signos ó señales indubitables; y que, gramaticalmente, dictar es el acto de decir para que se escriba al tiempo de ir diciendo, y redactar es poner ordenadamente, por escrito, un pensamiento. Laurent¹ expone así esa doctrina y sus motivos: «Las actas notariales, por lo general, no son dictadas por las partes, el Notario ó su dependiente las redactan según las indicaciones que reciben; las partes sólo figuran en el acto por su firma; por el contrario, el testamento lo dicta el testador y el Notario escribe lo que se le dicta. ¿Cuál es el motivo de esta excepción? El testamento debe ser la expresión libre, espontánea de la voluntad del testador: una de las garantías que la ley ha establecido para asegurar que el acta es, en realidad, lo que debe ser, es que el testador dicte sus disposiciones. Es él su autor directo y exclusivo; el Notario solo interviene como Secretario, para dar autenticidad á las disposiciones que escribe al dictado del testador.»

Luego en el otorgamiento del testamento público intervienen dos personas, el testador y el Notario, con funciones enteramente diversas: la función del testador es la de pronunciar poco á poco, las palabras de sus disposiciones, para que ctro las escriba; la función del Notario en este acto, además de la general de autorizarlo, es la de dictar las solemnidades y poner en cláusulas ordenadas las disposiciones que le dicte el testador.

Interpretado gramatical y legalmente el artículo que nos ocupa, vemos que el Notario no puede dictar las disposiciones testamentarias, sino sólo ponerlas en orden, por escrito. Consideremos doctrinalmente, fundándonos en la opinión de los jurisconsultos, si el Notario puede intervenir de alguna manera en el dictado del testador, independientemente de la obligación que tiene para ponerlo en orden.

Veamos primero lo que dice Laurent, refiriéndose al Código Civil francés en el siguiente párrafo que traduzco íntegro, por temor de interpretar mal el pensamiento del autor. “El artículo 972, dice: El notario debe escribir el testamento tal como le ha sido dictado. ¿Quiere decir esto que el Notario debe escribir al dictado del testador, como un discípulo

1 Op cit., pág. 93.

al dictado de su maestro? En derecho jamás se ha entendido el dictado de esa manera. Los testamentos se hacen frecuentemente por hombres poco ilustrados, que no conocen el sentido de los términos jurídicos de que se sirven. ¿Se obligará al Notario á escribir, palabra por palabra, lo que el testador le dicta en un lenguaje incorrecto é ininteligible? Lo que el legislador quiere es que el pensamiento del testador sea traducido exactamente por el Notario; cuando su lenguaje es incorrecto, le es permitido al Notario poner en buen francés lo que el testador le ha dictado en mal francés, pero sin que pueda añadir, ni quitar, ni modificar en nada el pensamiento del que dispone.

“Así lo ha dispuesto la Corte de Casación Francesa en su ejecutoria de 4 de Marzo de 1840, la cual dice: que la ley no ha querido que el Notario escriba materialmente las palabras del testador, sino que use de aquellas que sean la expresión fiel de la voluntad del disponente, y esto, porque la redacción del Notario puede suceder que traduzca mejor el pensamiento del testador, siendo siempre el estilo de un hombre experimentado más preciso y más claro aún que el de los hombres cultos, pero ignorantes del derecho y del lenguaje jurídicos.»

Baudry La-Cantinerie¹, comentando el mismo artículo del Código Civil francés, dice: “la frase —el Notario debe escribir tal como le es dictado— ¿quiere decir que el Notario debe reproducir servilmente las mismas expresiones de que se ha servido el testador? La negativa es cierta. Desde el punto de vista de la claridad y de la corrección, puede haber interés en que la redacción del Notario difiera un poco del dictado del testador. Lo que debe reproducirse con fidelidad es principalmente el pensamiento del que dispone. La ley hace del Notario que tiene la pluma, el Secretario del testador, pero no le prohíbe que sea un Secretario inteligente”.

Accolas¹ asienta, aun cuando no los demuestra, los dos principios siguientes, que son muy precisos: “El Notario que escribe no está obligado: I. A reproducir las incorrecciones de lenguaje cometidas por el testador, ni los giros viciosos ú oscuros empleados por él. II. A reproducir las disposiciones del testador en el orden exacto en que éste las ha dictado”.

Pacifici-Mazzoni, en sus Instituciones de derecho civil italiano ² se expresa así: «El reducir á escrito la declaración de la voluntad del testador, consiste en la reproducción no de todas y cada una de las palabras dichas por el mismo, sino de la substancia de la declaración misma.»

1 Op. cit., pág. 93.

1 Tomo II, vol. IV, pág. 324.

2 Vol. VI. p. 175.

Combinemos la interpretación gramatical con la opinión de los autores, siguiendo el consejo de Laurent, para mitigar la acepción rigurosa de las palabras.

Dice el texto de la Ley que el testador dictará su testamento al Notario, el cual lo redactará por escrito, es decir, lo pondrá por orden. Ahora bien, ¿cómo pondrá por orden el Notario aquello de que no tiene conocimiento; cómo substituirá las palabras impropias por las debidas; cómo dará á las cláusulas la claridad necesaria para que aparezca con toda precisión el pensamiento del testador; cómo, en fin, se llenará el requisito de escribir lo que éste dice poco á poco que es lo que significa la palabra dictar?

Sólo de una manera: tomando notas de lo dictado por el testador, que se utilizarán para cambiar las palabras impropias por las debidas; para dar claridad á las ideas y para ponerlas en el orden debido.

A esto se objetará que, con ese procedimiento, ya no se alcanza el fin de que el acta notarial, testamento, sea la expresión libre y espontánea de la voluntad del testador, que se garantizaba con el hecho de que dicha acta estuviera concebida en los términos mismos en que él la hubiera dictado. La objeción carece de fundamento, porque para eso prescribe el Código Civil que la voluntad se declare ante los testigos y que, ante ellos y ante el testador, se lea el acta en alta voz, á fin de que éste manifieste si está conforme, es decir, si aquello que el Notario consignó en el acta es lo mismo que él dictó.

Resumiendo lo anterior, para encerrarlo en principios claros y precisos, tenemos que; en el testamento público la función del testador es manifestar sus disposiciones por medio de la palabra; las funciones del notario son: I. Dictar las solemnidades. II. Redactar las disposiciones testamentarias, para lo cual deberá tomar al dictado, en un borrador ó por medio de apuntes, las disposiciones del testador, pudiendo alterar el orden en el cual se le dicten, hacer las preguntas necesarias para aclarar el pensamiento EXPRESADO por aquél y substituir las palabras que haya usado impropriamente por las que traduzcan fielmente su idea, después de lo cual levantará el acta, usando en ella, hasta donde sea posible, las mismas palabras del testador.

III

Dos ejecutorias célebres, una de la Corte de Aix y otra de la Corte de Besançon, interpretando la frase «redactar por escrito,» han dicho que es complexa; que comprende la operación mental de ordenar y la operación material y manual de escribir. Laurent se adhiere á la interpretación que

esas ejecutorias dan á esa frase, diciendo.¹ «La expresión redactar ha dado lugar á muchos litigios. Cuando es empleada sóla, es cierto que no expresa la idea de escribir. En efecto, la palabra escribir indica una operación de la mano, mientras que la palabra redactar indica una operación del espíritu.»

Esa interpretación ha hecho nacer la duda de que la frase «éste (el Notario) redactará por escrito,» empleada por el artículo 3,499 de nuestro Código civil, implique que esas dos operaciones, la mental de ordenar y la material de escribir, deben ser efectuadas por el Notario. Respecto de la mental de redactar, hemos establecido su significado en el párrafo anterior; respecto de la material, planteado el problema en términos precisos, se reduce á lo siguiente: ¿El testamento público abierto ha de ser escrito por el Notario?

Desde luego haré notar que las Cortes de Aix y de Besançon y Laurent, no interpretan una frase empleada en un precepto legal, sino una certificación que ponen los Notarios franceses para hacer constar que ellos, en cumplimiento de la obligación que les impone el art. 927 del Código civil francés, han redactado y escrito el testamento.

No existiendo en México un precepto general que imponga al Notario la obligación de escribir por sí mismo las actas notariales, la regla general es que pueden ser escritas por él mismo ó bajo su cuidado, por cualquiera otra persona. Sigamos el procedimiento general y busquemos un precepto especial que sea contradictorio del general.

La frase: «el notario redactará por escrito las cláusulas,» no puede ser el precepto especial contradictorio, en la legislación mexicana, como tampoco lo es en la francesa. La ley francesa sobre el Notariado no impone al notario la obligación de que escriba personalmente las actas; ¹ mientras que el art. 972 del Código civil francés, si le impone tal obligación en materia de testamentos, con términos precisos é inequívocos, como conviene á una ley especial contradictoria de la general. Sobre esto no se ha movido duda alguna: la que analizan y resuelven las sentencias citadas es la de saber si la frase referida, que algunos Notarios franceses han empleado para hacer constar que escribieron el testamento, equivale á decir que lo han escrito. Si las Cortes y los comentaristas aceptan ó rechazan tal substitución, es fruto del concepto que tienen sobre el principio que debe regir la validez del testamento: ó el de una aplicación severísima de la forma, llevada hasta la anulación del testamento en el que, habiéndose llenado todas las formalidades, la certificación de la es-

1 Laurent op. cit. Tomo XIII, pág. 395.

1 Laurent, Principes de droit civil. T: XIX. pág. 102.

critura no es suficientemente precisa: ó el de que prevalezca la voluntad del testador cuando no hay violación de la forma, sino que la certificación es más o menos imperfecta; pero ni unas ni otras han pretendido que haya identidad en los términos, sino analogía, ó, á lo sumo, equivalencia en el concepto.

Veamos ahora las razones que aducimos para establecer que la regla general, en la legislación mexicana, sea que las actas notariales pueden ser escritas por el Notario, ó por otro bajo su cuidado.

Según la ley de 29 de Noviembre de 1867 «Notario es el funcionario establecido para *reducir* á instrumento público los actos, los contratos y las últimas voluntades. . . » (art. 1o.); y «es atribución. . . de los notarios *autorizar en sus protocolos*, con total arreglo á las leyes, toda clase de instrumentos públicos» (art. 5o.). Conforme á la ley vigente, «Notario es el funcionario que tiene la fe pública para *hacer constar*, conforme á las leyes, los actos que, según éstas, deben ser *autorizados* por él, que deposita *escritas* y firmadas en el protocolo las actas notariales de dichos actos» (art. 12).

Los términos usados por esas leyes confirman el concepto fundamental de las funciones notariales, que consisten en la autorización de determinados actos y en que sean consignados por escrito; es decir, sin esos dos elementos esenciales, no puede decirse que haya funcionado el Notario, ni que quede comprobada su intervención; pero no encontrándose necesariamente comprendida en esos elementos la ejecución material, ya sea que escriba el Notario, ó que lo haga un tercero, bajo sus órdenes, bastará que aquél presencie el otorgamiento y que autorice la constancia respectiva, para que éste y el acto sean auténticos.

La ley de 1867 dice: «todos los instrumentos públicos *se extenderán* en el protocolo» (art. 41). La ley vigente dice: «acta notarial es la original que el Notario ha de *formar* sobre el acto sometido á su *autorización*» (art. 49.) Según estos dos preceptos, lo esencial es, primero, que el acta sea la expresión del acto consentido por los otorgantes; segunda, que sea formada es decir redactada, ordenada por el Notario, y tercero, que sea formada por las personas que previene la ley. Estos tres elementos, sin los cuales no puede existir el acta notarial, se llenan igualmente cuando la escribe el Notario ó cuando la escribe un tercero.

Si comparamos nuestras últimas leyes del Notariado con la ley francesa —cuyo sistema adoptamos, modificando en algo al español que antes nos regía— encontramos que las tres consagran la intervención personal del Notario en los actos que forman el desempeño de sus funciones; pero que ninguna establece expresamente que haya de efectuar por sí mismo las operaciones manuales, ni los actos secundarios de eje-

cución. Por el contrario, la fracción I del art. 3,489 del Código civil, al excluir á los amanuenses del Notario de intervenir en los testamentos como testigos, presupone que es lícito al Notario servirse de ellos y no limita á determinados actos ese presupuesto. Puede inferirse rectamente que este texto confirma la regla antes asentada.

Siendo esto así, la frase «redactará por escrito las cláusulas» confirma pura y simplemente la obligación prescripta por el art. 49 de la ley del Notariado, en la parte que dice: «el Notario redactará por sí mismo las actas notariales ó escrituras matrices, asentándolas en el libro que corresponde del protocolo.» Si la frase del Código civil implicara la obligación de escribir personalmente los testamentos, la de la ley del Notariado implicaría también la obligación de escribir todas las actas, pues los términos usados por los dos preceptos citados son semejantes; pero como hemos demostrado ya que la inteligencia de la ley general es diversa, podemos asentar que la especial no establece un principio excepcional contradictorio de aquella, sino un precepto confirmativo, con lo cual el legislador quiso hacer más patente su voluntad de que el acta notarial, testamento público abierto, fuera redactada por el mismo Notario y consignada por escrito:

Además, ¿por qué habíamos de suponer que el legislador hubiera derogado la regla general con una expresión dudosa, cuando tenía enfrente los Códigos de los cuales tomó esa parte de nuestra legislación, entre ellos el francés, el de las Dos Sicilias y el español, que la derogaron claramente con precepto expreso? Hubiera sido una omisión imperdonable, que no tenemos derecho para suponer.

En cambio, supongamos que debiera escribirlo el Notario, ¿qué ventajas se obtendrían con eso? Durante la discusión del Código civil italiano en el Consejo de Estado, decía el Guarda-sellos: «La obligación de escribir el Notario el testamento nos llevaría á la consecuencia de excluir á los Notarios viejos y experimentados, los cuales, por el temblor de la mano ó por cualquiera otra perturbación de su salud, no pueden escribir varias páginas consecutivamente; y no resultaría ninguna ventaja de imponerles tal obligación, ya que, debiendo el Notario leer el testamento en voz alta, poco importa que lo haya escrito él ú otro, viéndolo y oyéndolo igualmente el testador y los testigos por cualquiera que haya sido escrito, sin que tenga mayor seguridad para la identidad cuando haya sido hecho de mano del Notario.»

Pacifici-Mazzoni, en su Código civil italiano comentando, dice: «Las formalidades propias del testamento público, tienden al único fin de asegurar la identidad de lo escrito en el acta testamento con la declaración

hecha por el testador, identidad á la cual no sirve de medio necesariamente que la escritura, sea de mano del Notario.»

Nosotros nos encontramos en el mismo caso, puesto que la identidad de lo escrito con la manifestación hecha por el testador, se consigue por la presencia de los testigos á la declaración que hace éste de su voluntad y á la lectura que de lo escrito hace el Notario; lo esencial es sólo una cosa, que toda el acta sea escrita bajo la dirección y cuidado del Notario, por que entonces la escritura hecha por otro se considera como hecha por el Notario: *Quod quis per alium facit, per seipsum facere videtur.*

De lo expuesto se deduce, que no habiendo un precepto especial, ni una razón para que existiera dicho precepto derogatorio de la regla general, estamos autorizados para sentar el principio siguiente: "El testamento público abierto puede ser escrito por el Notario, ó bajo su cuidado por otra persona.»

Testamento Público cerrado.

Dice el Código civil que «el testador exhibirá al Notario en presencia de tres testigos el pliego cerrado y sellado, declarando que en él está contenida su última voluntad. El notario dará fe del otorgamiento, con expresión de las formalidades requeridas en los artículos anteriores; esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento»... «y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el Notario, quien además pondrá su sello.» (Arts. 3,509 á 3,511).

En los artículos anteriores encontramos los elementos que constituyen el acta notarial: 1o. Que sea la expresión del acto sometido á la autorización del Notario, puesto que deberá ser exhibido el pliego para que de fe del otorgamiento. 2o. Que ha de ser firmada por los otorgantes, los testigos instrumentales y suscrita y sellada por el mismo Notario.

De lo anterior se deduce que el acta que se levanta en la cubierta que contiene un testamento cerrado es una acta notarial.

Nos volvemos á encontrar con el mismo problema considerado al principio de este estudio: Se trata otra vez de saber cuándo á un fenómeno regido por una ley general y por una especial debe aplicarse la regla general, la regla especial ó las dos combinadas.

Sin repetir los razonamientos que hicimos, en aquel lugar, que deberán ser forzosamente iguales por serlo los problemas, debemos dar una resolución idéntica, esto es: «Los Notarios deben observar en el otorgamiento del acta que se extiende en la cubierta de un testamento público cerrado todas aquellas disposiciones de la Ley del Notariado

que no estén en contradicción con preceptos expresos ó con el sistema creado por el Código civil.»

Complicuemos el problema, introduciendo otro elemento: ¿á una institución regida por una ley general y por una especial se le podrán aplicar las disposiciones especiales que rigen otra institución? Si se le puede aplicar, cuando se presente un caso no previsto por las leyes que directamente la rijan y que puede ser decidido, por existir la misma razón, por la ley que gobierna un caso análogo como elegantemente lo expresa Juliano: «*Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsulti comprehendí: sed quum in aliqua causa setentia eorum manifesta est, is, qui iurisdictionem praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet;*» y Ulpiano «*Nam, ut, ait Pedius, quolies lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eamden utilitatem vel interpretationem vel certé iurisdictione supleri.*»

Porque no pueden comprenderse en las leyes ó en los senadoconsultos todos los casos especiales, debe el que ejerce jurisdicción proceder por analogía, aplicando á esos casos no comprendidos por la ley, y cuyo sentido sea manifiesto, las disposiciones que haya introducido otra ley y que tiendan á la misma utilidad.

¿Podrán existir esas relaciones, entre las disposiciones del Código civil que rigen el testamento público abierto y las del mismo Código y de la Ley del Notariado que rigen el testamento público cerrado? Los preceptos contenidos en el Código civil, sobre testamento público cerrado y en la Ley del Notariado sobre confección de actas rigen directamente esta institución, por ser esta ley, como ya lo hemos demostrado, la general á que deben estar sometidas las actas notariales, y el Código civil, la ley especial del acta notarial, testamento público cerrado. Siendo estas las leyes que rigen directamente el fenómeno, cuando ellas no consideren un caso especial, debemos aplicarle, por analogía, aquellas disposiciones de otra ley, que considerando un caso semejante, tienden á la misma utilidad; ahora bien, nunca podrá suceder que faltando en la Ley del Notariado ó en el Capítulo relativo del Código civil el precepto que deba regir un caso concreto en materia de testamento cerrado, lo encontramos en las disposiciones del Capítulo que rigen al testamento público abierto, porque todos los relativos al segundo se encuentran confirmados ó contradichos por disposiciones de las leyes que rigen directamente al primero, y, por lo tanto, faltando en el Capítulo del Código civil «del testamento público cerrado» y en la Ley del Notariado el precepto aplicable al caso especial, faltará igualmente en el Capítulo «Del testamento público abierto.»

Examinaré uno á uno los preceptos positivos sobre testamento público abierto en el mismo orden en que se encuentran colocados en el Código civil, poniendo junto el precepto idéntico ó contradictorio del testamento público cerrado, ó de la Ley del Notariado, para demostrar las anteriores aserciones.

Dice el art. 3,499, refiriéndose al testamento público abierto, que se dictará en presencia de tres testigos y del Notario; los arts. 3,509 y 3,510, refiriéndose al cerrado, dicen que el testador, al presentar el pliego al Notario en presencia de tres testigos, declarará que en él está contenida su última voluntad.

El mismo art. 3,499 dice que el Notario leerá en alta voz el testamento público abierto, para que el testador manifieste si está conforme; el art. 50 fracción XI de la ley del Notariado vigente, dice que en toda escritura se dará fe de que se leyó el acta á los interesados y á los testigos; y la Ley de 1867 prevenía igualmente que el Notario leyera la escritura á todos los que intervenían en su otorgamiento.

El art. 3,499 previene que el testamento público abierto sea firmado por todos, si estuviesen conformes; análoga prevención contiene para el testamento público cerrado el art. 3,511 que dice: «la constancia debe ser firmada por el testador, los testigos y el Notario.»

Concluye el artículo 3,499 mandando que se asiente el lugar, hora, el día, el mes y el año en que se hubiere otorgado el testamento público abierto; la Ley del Notariado vigente ordena, en su artículo 50 fracción II, que en toda escritura se consigne el lugar en que se extiende; la fracción III, que se exprese la fecha del otorgamiento, y la fracción X, que se exprese la hora en que se otorgue el acto, cuando la ley lo requiera. En el presente caso la ley lo requiere, no porque lo prescriba para el testamento público abierto, sino para el efecto de la revocación por un testamento posterior, considerada por el artículo 3,476. La fracción I del art. 42 de la Ley del Notariado de 1867, era un precepto idéntico á los mencionados de la ley vigente y decía: «En todo instrumento público se expresarán el lugar, día, mes y año del otorgamiento.»¹

El art. 3,500, refiriéndose al testamento público abierto, dice que, si alguno de los testigos no supiere firmar, firmará otro de ellos por él; pero cuando menos deberá constar la firma entera de dos; esta disposición nunca se podrá aplicar á los testamentos públicos cerrados por ser contradictoria de la contenida en el art. 3,512 que dice: «Si alguno de los testigos no supiere firmar, se llamará á otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia, de modo que siempre haya tres firmas.»

1 V. art. 3,520 c. c.

El art. 3,501 dice, para el testamento abierto, que si el testador no pudiese ó no supiere escribir, intervendrá otro testigo más, que firme á su ruego; disposición análoga tenemos para el testamento cerrado en el art. 3,513 que dice: «Si al hacer la presentación del testamento no pudiese firmar el testador, lo hará otra persona en su nombre, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos.»

En el testamento público abierto autoriza el art. 3,502 para que, en caso de suma urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firme por el testador uno de los instrumentales, haciéndose constar esa circunstancia; el art. 3,514 concede igual facultad para el testamento público cerrado al decir que, solo en caso de suma urgencia, podrá firmar uno de los testigos por el testador, haciéndose constar esa circunstancia expresamente.

El art. 3,503, que rige los testamentos abiertos, dice: “El que fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, deberá dar lectura á su testamento.» La ley del Notariado, vigente, considera en la *fracción XI* del art. 50. el caso en que alguno de los otorgantes sea sordo, previniendo que personalmente lea la escritura, de lo cual se dará fe.

El mismo art. 3,503 dice que, si el testador «no pudiese ó no supiere dar lectura á su testamento, designará una persona que lo lea en su nombre;» esta segunda parte del artículo no puede tener lugar en los testamentos cerrados, por prohibir el art. 3,515 que otorguen testamento cerrado los que no saben ó pueden leer.

El art. 3,505, declara nulos los testamentos abiertos á los cuales falte alguna de las solemnidades prescriptas; igual sanción tiene, por el art. 3,519, el testamento cerrado que carezca de alguna de las formalidades prescriptas.

El art. 3,504 dice que todas las formalidades del testamento público abierto se practicarán acto continuo; ¿esta disposición no se deberá aplicar analógicamente al testamento público cerrado, por no haber entre los preceptos que directamente lo rigen una disposición que expresamente lo ordene? Es verdad que en el Capítulo «Del testamento público cerrado,» y en la Ley de Notariado no encontramos el artículo expreso que la prevenga; pero la redacción de los arts. 3,509 á 3,513 implican necesariamente la unidad de contexto.

Basta leer esos artículos para ver que existe tal relación en la sucesión de las diversas formalidades del otorgamiento del testamento público cerrado, que por necesidad tienen que ejecutarse consecutivamente.

El art. 3,509 dice... «el testamento... lo hará cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento...» El otorgamiento se compone de varios actos; ahora bien: el artículo dice *en el acto*, y siendo singular im-

plica que sea uno sólo; la manera de que esos actos diversos de que se compone el otorgamiento, formen uno sólo, es que se verifiquen consecutivamente.

El art. 3,513 dice: «si al hacer la presentación del testamento no pudiera firmar el testador»... La primera formalidad que constituye el otorgamiento cerrado, es la presentación del pliego al Notario y á los testigos, declarando que en él está contenida la última voluntad; y la última, con lo cual queda perfecto, es la firma del acta, ahora bien, para llegar á la última se tiene que pasar por todas las anteriores; por consiguiente, el único modo de llegar á la última al tiempo de efectuar la primera, siendo imposible que sean simultáneas, es que se verifiquen en un sólo acto.

Por lo anterior vemos que la unidad de contexto, que previene el art 3,504 para los testamentos públicos abiertos, se encuentra prevenida también para los testamentos cerrados.

Resumiendo todo lo expuesto, tenemos que, para aplicar por analogía un precepto, es necesario que en la ley que rige directamente una institución no haya una disposición aplicable al caso concreto; y que todas las disposiciones del Código civil sobre testamento público abierto son iguales ó contradictorias de las del mismo Código ó de la Ley del Notariado que rigen el testamento público cerrado.

De lo anterior se deduce QUE EN LA CONFECCIÓN DEL ACTA TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO, I: DEBEN OBSERVARSE TODAS AQUELLAS DISPOSICIONES DE LA LEY DEL NOTARIADO QUE NO ESTÉN EN CONTRADICCIÓN CON PRECEPTOS EXPRESOS Ó CON EL SISTEMA CREADO POR EL CÓDIGO CIVIL. II: NO DEBEN OBSERVARSE LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.

II

Dice el art. 3.520 del Código civil que: «cerrado y autorizado el testamento se entregará al testador, y el Notario pondrá RAZÓN en el protocolo, del lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fué autorizado y entregado.»

Lo primero que debo hacer notar es que este acto no es una acta notarial: primero, porque la disposición legislativa que lo ha creado lo llama RAZÓN; segundo, porque esa razón no es la expresión del acto sometido á la autorización del Notario, supuesto que no tiene por objeto hacer constar que se invistió de la fe pública la manifestación de voluntad que hace el testador al declarar que, en la cubierta cerrada y sellada que exhibe, están contenidas sus últimas disposiciones. sino dejar una

constancia en el protocolo de la existencia y autorización de un testamento cerrado, de determinada persona; y tan es ese el objeto de la razón, que el artículo dice: «que se pondrá razón en el protocolo». . . «de las circunstancias en que el testamento fué autorizado y entregado:» ahora bien, ¿a quién debe ser entregado? el mismo artículo dice que: «Cerrado y autorizado el testamento se entregará al testador.»

Si ese es el objeto que tiene esa razón, dado que la acta notarial testamento público cerrado es la única acta notarial que, según la ley, no se extiende en el protocolo, para que quede en él la constancia de la existencia de esa acta, bastará expresar, primero: que se autorizó un testamento cerrado de determinada persona; segundo, que se entregó á esa persona, después de haber autorizado la cubierta que lo contiene; tercero, el lugar en que fué autorizado y entregado para fijar la competencia del Notario por razón de lugar; y cuarto, la hora, día, mes y año en que fué autorizado y entregado, para su identificación.

La razón, con la expresión de esas cuatro formalidades, no es de la esencia del testamento público cerrado, y su omisión no quita, ni su cumplimiento añade eficacia alguna á ese acto; porque aún cuando el Notario la asienta en su protocolo, en ejercicio de sus funciones, es bajo su más exclusiva responsabilidad y sin que el acto que ejecuta afecte en manera alguna la validez del testamento á que hace referencia; entre el otorgamiento del testamento público cerrado y el asiento de esta razón no existe vínculo alguno que ligue dichos actos, y la prueba la tenemos en que el art. 3,521, manteniendo la validez del testamento, únicamente pena al Notario en caso de omisión. ¿Bastará que la razón contenga los requisitos enunciados para que el Notario no incurra en la pena de suspensión prevenida por dicho art. 3,521? Si es bastante, porque ese artículo dice que se incurre en ella «por la infracción del artículo anterior,» y el 3,520 solo previene la observancia de estos cuatro requisitos.

El art. 3,520 del Código civil dispone cuál debe ser el contenido de la razón para llenar el objeto que dicho Código se propuso; pero en esa disposición no está, ni podía estar prescripta, la forma de ese contenido, ni la manera cómo debe proceder el Notario en esa función especial, por ser éstas materias generales y, por lo tanto, de la competencia de la ley que en general reglamenta las funciones notariales. Al principio de este estudio demostramos que los Notarios, creados por el derecho privado positivo, tenían limitadas sus atribuciones y reglamentada su actividad por la Ley del Notariado, á cuyos lineamientos esenciales tenían que estar sometidos en su funcionamiento general; ahora bien, dice el artículo que «el Notario pondrá razón en el protocolo,» y aun cuando esa razón no sea una acta notarial, si es una de las manifestaciones de la función

notarial, y por lo tanto, deberán observarse en ella, además de los requisitos exigidos respecto á su contenido en el Código civil y que caracterizan esa función especial, los que rigen la forma general de las funciones notariales.

¿Cuáles serán las disposiciones de la Ley del Notariado que rigiendo la forma general de las funciones notariales, sean pertinentes al objeto de esa razón? En esa Ley, lo mismo que en el Código civil encontramos razones y anotaciones, sin un precepto que diga cómo deben hacerse; pero basta leer el artículo 50 de la Ley del Notariado, para ver que contiene preceptos generalísimos que reglamentan la actividad del Notario, y otros, generales también, que solo son aplicables al otorgamiento de convenciones ó disposiciones: esas disposiciones generalísimas son las que se deben aplicar á la razón prevenida por art. 3,520 del Código civil, y no las segundas, referentes á otorgamiento, porque su objeto no es convenir ó disponer con intervención de la autoridad pública, ni interviene en ella quien convenga ó disponga, ni hay objeto para la disposición ó convenios.

Las disposiciones generalísimas para toda clase de actos, que deben observarse en la razón, son:

I. La de la fracción I del art. 50, que previene la redacción en lengua nacional y que se escriba con tinta indeleble, letra clara, sin abreviaturas, guarismos, raspaduras, enmendaturas, ni blancos.

II. La de la fracción XIII del mismo artículo, que previene que se salven al fin de la escritura las palabras testadas y enterrrenglonadas de cuyo número se hará mérito al fin, quedando legibles las palabras tachadas.

Además, ha de ser firmada por el Notario, porque esa es la manera de hacer constar que él fué el que puso la razón.

De lo expuesto se deduce, reduciéndolo á una proposición concreta: **QUE LOS REQUISITOS Á QUE HA DE ESTAR SOMETIDA LA NOTA PREVENIDA POR EL ART. 3,520 DEL CÓDIGO CIVIL, SON LOS QUE EXPRESA EL MISMO ARTÍCULO Y AQUELLOS DE LA LEY DEL NOTARIADO QUE, POR SU GENERALIDAD, RIGEN LAS RAZONES Y ANOTACIONES.**

Para concluir, y resumiendo cuanto dejo expuesto, presento á la consideración del Cuerpo de Notarios las siguientes conclusiones, respondiendo á las preguntas formuladas por el Consejo.

Testamento abierto.

I. ¿Ha de escribirlo el Notario?

El testamento público-abierto puede ser escrito por el Notario, ó bajo su cuidado y responsabilidad por otra persona.

II. ¿Ha de observar en su redacción alguna de las disposiciones de la Ley del Notariado?

En la confección del acta testamento público abierto, deben observarse todas aquellas disposiciones de la Ley del Notariado que no están en contradicción con preceptos expresos ó con el sistema creado por el Código civil.

III. La redacción que le confía el Código civil, ¿es la de las disposiciones, ó la de éstas y de las solemnidades?

Sólo el testador puede dictar las disposiciones testamentarias, que deberán ser redactadas por el Notario, el cual debe dictar y redactar las solemnidades.

Testamento Público cerrado.

I. ¿Han de observarse en la redacción de la cubierta algunas disposiciones de la Ley del Notariado sobre redacción de escrituras y del Código civil sobre redacción de testamento abierto?

En la confección del acta testamento público cerrado: I. Deben observarse todas aquellas disposiciones de la Ley del Notariado que no estén en contradicción con preceptos expresos ó con el sistema creado por el Código civil. II. No deben observarse las disposiciones del Código civil sobre testamento público abierto.

II. ¿Cuáles son los requisitos á que ha de estar sometida la nota prevenida por el art. 3,520 del Código civil?

Los que expresa el mismo artículo y aquellos de la Ley del Notariado que, por su generalidad, rigen las razones y anotaciones.