

CONSEJO DE NOTARIOS DE LA CIUDAD DE MÉXICO

OTORGAMIENTO

DEL

TESTAMENTO PUBLICO

RAMON E. RUIZ

MÉXICO

TIPOGRAFÍA DE LA VIUDA DE FRANCISCO DÍAZ DE LEÓN

Esquina Cinco de Mayo y Callejón de Santa Clara.

1905

El laborioso estudio del Sr. Lic. Manuel Martínez Madero en la primera de estas conferencias, su preocupación dominante por fundar como el acto jurídico de importancia mayor y el más trascendental para la ley, el testamento, y la contestación del Sr. Lic. Luis Guerrero, considerándolo como un otorgamiento excepcional y regido sólo por el Código Civil, que lo reglamenta prolijamente hasta agotar la materia, podrían llevarnos á tenerlo como de tan difícil ejecución y de tan inciertos resultados, que fácilmente habría de convertirse en red oculta de responsabilidades para el Notario y en amago continuo para su honra, persona y bienes.

Pero, aun cuando no resulte así á juzgar por las circunstancias que lo constituyen, debemos consagrarle atención especial, ya que la ley, ahora y antes, en beneficio del otorgante, de derechos legítimos de tercero ó de intereses sociales, es en un todo excepcional, á ese respecto; confía el cumplimiento de sus solemnidades á los encargados de autorizarlo, y sanciona sus preceptos con la inexistencia del acto mismo. Urge pues, al Notario, dominar el testamento en su fondo y forma, y seguramente de aquí, el cuestionario para estas conferencias, del cual, el Consejo se servió señalarme los puntos siguientes:

I. ¿Cuáles son las formalidades y cuáles las solemnidades para la validez del testamento público abierto?

II. ¿Cuál es la forma de su expresión y cuál la de su certificación?

III. ¿Cuáles son las formalidades y cuáles las solemnidades necesarias para la validez del testamento público cerrado?

IV. ¿Cuál es la forma de su expresión y cuál la de su certificación?

Pudiera pretenderse como primer punto para entrar en materia, distinguir la acepción de los términos «solemnidades» y «formalidades,» que, como diversos usa el Consejo, por más que de la ley pueda inferirse que ninguna importancia ha querido dar á esa terminología, supuesto que los arts. 3,504 y 3,505 del Código Civil emplean con igual significación una y otra de esas voces tratando del testamento abierto, y los arts. 3,511 3,518 y 3,519 las emplean indistintamente, ocupándose del

testamento cerrado. Para llenar esa pretensión y para fundar la diferencia que entre unas y otras estableceré después, creo bastante recordar, que está aceptada ya como jurídica la distinción entre formalidades *probationis causa* y formalidades *solemnitatis causa*, ó sean: las primeras, que pueden ser suplidas con tal de que la prueba que resulte del acto supletorio, sea tan perfecta como la que resultara de la formalidad misma; mientras que al contrario, no habiendo sido prescriptas las segundas con el objeto único de probar el hecho, el acta en que falta una sola de ellas, será nula, aun cuando no hubiere duda alguna acerca de la verdad de su contenido. También manifestaré aquí mi conformidad con la opinión del Sr. Lic. Manuel Martínez Madero, en su aludido estudio, sobre aplicación de la ley del Notariado á los testamentos públicos, si bien sólo en cuanto no estén especialmente reglamentados por el Código Civil.

Paso ahora á tratar sucesivamente y por su orden de las cuatro cuestiones sometidas á mi estudio.

Solemnidades del testamento público abierto.

I

Con arreglo á nuestra ley puede afirmarse, que las solemnidades del testamento público abierto son diez á saber: Concurrencia de las personas que deben intervenir en el acto. Dictado. Redacción. Escritura. Lectura. Conformidad del otorgante. Identidad y capacidad del testador, conocidas por el Notario y testigos. Firmas. Unidad del acto y mención de las formalidades.

Concurrencia.

En efecto, los arts. 3,238, 3,482, 3,491 y 3,499 del Código Civil vigente, nos exigen la primera de esas solemnidades ó sea la concurrencia del testador, del Notario y de los testigos é intérpretes, en su caso, en el mismo lugar y hora. El Código Civil exige en general la presencia de un Notario: para determinar quien tenga esa calidad, es preciso acudir

á la ley orgánica de esos funcionarios, ó sea á la de 19 de Diciembre de 1901, y con arreglo á ella, juzgar si el Notario tiene expedito el uso de sus funciones; si es competente por razón de lugar y si no es inhábil por parentesco que lo ligue con el testador (artículo 69, fracs. I, VII y VIII, y 34, II y III de la Ley citada).

En orden á los testigos, ese mismo Código en su art. 3,489 considera como inhábiles á

- I. Los amanuenses del Notario que lo autorice;
- II. Los ciegos y los que no entiendan el idioma del testador.
- III. Los totalmente sordos ó mudos;
- IV. Los que no estén en su sano juicio;
- V. Los que no tengan la calidad de domiciliados, salvo en los casos exceptuados por la ley;
- VI. Las mujeres;
- VII. Los varones menores de edad;
- VIII. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

Creo que la evidencia de esta solemnidad no necesita demostración, pues sin duda no se negará que sin hallarse presentes todas las personas que la ley requiere para el acto, éste no podrá tener verificativo; que, establecidos por la ley los requisitos que el Notario debe llenar previamente para ejercer, la falta de cualquiera de ellos lo incapacita; que, afectado como está de nulidad todo acto que el Notario autorice fuere de su demarcación territorial designada, no podrá prosperar; que, obligado á rehusar el ejercicio de sus funciones por razón de parentesco, si no lo hace, invalidará las disposiciones incursas en tal prohibición; y, por último, que ninguna de las incapacidades que para ser testigo enumera el art. 3,489, puede ser dispensable.

Supuesta la disposición del art. 3,594 del Código Civil que prescribe la observancia de todas las formalidades en un sólo acto, la concurrencia del testador, Notario, testigos é intérpretes en su caso, debe ser á todos los actos sucesivos, desde que el testador comienza á dictar hasta que el Notario ha autorizado el acta con su sello y firma. Además, teniendo el Notario y testigos la calidad de autorizantes (Art. 3,485 del Código Civil), es su deber asistir al acto de tal manera, que estén en aptitud de desempeñar la función que la ley les encomienda, esto es, han de encontrarse con el testador en relación tal que puedan oír y ver todo lo que dice y hace; lo primero, para asegurarse de que proceden de él las disposiciones testamentarias; y lo segundo para certificarse de que

conserva durante el acto su cabal juicio y su libertad moral.

En igual relación han de estar el testador y los testigos con el Notario mientras lee el acta, á fin de apreciar si han sido transcriptas fielmente las disposiciones, é imponerse del resto del acto para darle ó rehusarle su conformidad.

Dictado.

El art. 3,469 del mismo Código, que tiene por nulo el testamento en que el testador no expresa «cumplida y claramente su voluntad, sino por señas ó monosílabos en respuesta á las preguntas que se le hacen.» y su correlativo el 3,499, que dispone se dicte por el testador de un «modo claro y terminante,» establecen la segunda solemnidad, la del dictado, que si bien consiste en que el testador «mande,» como se infiere del texto de esos mismos artículos, y en que únicamente lo haga por medio de la palabra, no impide que antes medite sus disposiciones, que las consulte con quienes crea conveniente, aún con el mismo Notario, y hasta que las precise ó haga precisar en un memorándum, pues ninguno de estos actos parece ser reprobado, ni estar prohibido por la ley; por manera que nada le impide que al hacerlo se sirva de memorias ó datos que quiera consultar; ni que sus disposiciones, escritas íntegras, las lea por sí, presentes los testigos y el Notario para que ese las transcriba al acta. Lo que si debe entenderse condenado por la ley, es que las disposiciones sean consecuencia de interrogatorio hecho al testador ó que éste entregue al Notario escritas sus disposiciones, sin leerlas, para que las consigne en el acta. En el caso previsto por el art. 3,491, el Notario recibe el dictado por voz de los intérpretes á medida que éstos hacen la versión al Español, que es el idioma en que debe consignarse el acta. (Art. 50, frac. I, y 69, frac. II, de la Ley Notarial.)

Redacción.

Considerando ahora la redacción como tercera solemnidad que nuestro Código Civil estima en mucho, dado que repite esa prevención en varios de sus artículos y que solamente admite el testamento oral ó propiamente nuncupativo en los casos más anormales, encuentro:

Según el Diccionario de la Academia, «redactar» quiere decir poner en orden. Por lo mismo es evidente, que, cuando el testador dicta en perfecto orden sus disposiciones testamentarias, el Notario, rigurosamente hablando, ya no tiene que redactar y no le queda sino reproducir literalmente las disposiciones dictadas, á lo cual no puede rehusarse.

El Sr. Lic. Manuel Martínez Madero ha dicho cuáles son en su concepto las condiciones materiales de la redacción escrita y propone una interpretación de las frases, «éste (el Notario) redactará por escrito las cláusulas,» sin que haya sido objeto de debate. Por otra parte, el Sr. Lic. Manuel Borja Soriano ha propuesto en su última conferencia, y fundado debidamente, la sumisión del Notario á la voluntad del testador y con ello introduce un nuevo elemento de estudio en el punto de que aquí se trata. Yo limitaré mi contingente á su examen, por medio de dos cuestiones: ¿Es atribución legal del Notario la redacción de las cláusulas en el testamento abierto, ó es facultad oficial? ¿Ha de escribir por sí el Notario las cláusulas del testamento abierto?

El Lic. Martínez Madero entiende que el Notario, al redactar las disposiciones del testador, puede alterar el orden en el cual se le dicten, hacer las preguntas necesarias para aclarar el pensamiento expresado por aquel y substituir las palabras impropriamente usadas por las que traduzcan fielmente la idea, después de lo cual, levantará el acta, sirviéndose hasta donde sea posible de las mismas palabras usadas por el otorgante. Admitida esta interpretación de la ley y admitida también la del Sr. Lic. Borja Soriano, según la cual deben quedar consignadas en el acta aún las disposiciones ilícitas y prohibidas, salvo excepciones expresas, queda por dilucidar este punto: Si el testador desea que sus disposiciones se redacten con las propias palabras y en el orden que él empleó, ha de hacerlo así el Notario? En otros términos: la frase «redactará el Notario,» es restrictiva de la libertad del testador? —La duda sólo proviene de la forma imperativa usada en el art. 3,499 del Código Civil, porque la conveniencia de que un funcionario, á quien debe reputarse experimentado en la redacción de instrumentos públicos, sea quien redacte ó contribuya á la redacción del testamento, se considera suficiente para que el legislador cometa al Notario esa facultad, excluyendo á los testigos, en los cuales no puede suponer la misma aptitud, que por razón de oficio reconoce en el Notario, y á cualquiera otra persona que estuviere presente al acto; así que por este solo fundamento, puede concluirse que la ley sólo faculta al Notario para tal redacción, pero no coarta la libertad del testador. Y si éste manifiesta su voluntad de una manera imperfecta, usando de palabras que no traduzcan fielmente su pensamiento, ¿podrá el Notario negarse á consignarla en la forma impro-

pia empleada por el otorgante, si insistiere en que sus disposiciones quedan establecidas tal cual él las dicte?—Creo que la intervención del Notario tiene un doble objeto, el beneficio que resulta al otorgante con el auxilio y el consejo de un profesor, y la garantía que la concurrencia de un funcionario público presta á los terceros interesados y á la sociedad.

Ciertamente que el testador puede renunciar á ese beneficio; pero tal renuncia no puede ir más allá de lo que su derecho alcanza, ni tampoco puede desvirtuar en algo la garantía establecida en favor de terceros. Entonces, la solución debe consistir en demostrar si la disposición impropia ó desordenadamente formulada perjudica sólo al testador. Podrá decirse perjudicial á los intereses generales en el sentido que dé lugar á litigios, y eso entre los instituídos únicamente, porque, si el testamento es válido, los terceros, —que en el caso lo son los llamados á la sucesión legítima,— carecerían de acción y de interés en el negocio. ¿Y cuál puede ser el perjuicio para los instituidos? La mayor o menor porción que reciban y la claridad ó la duda sobre las condiciones que el testador imponga. ¿Será este un motivo suficiente para coartar la libertad del testador, á tal punto que no le sea lícito expresarse en los términos que juzgue adecuados y en el orden que estime propio?

No podré invocar un texto expreso para resolver este punto, pero sí entiendo que hace fuerza un argumento tomado del art. 3,247 del Código Civil, 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 pueda rendirse.» Luego si la ley da tal importancia á la intención del testador y quiere descubrirla por el tenor del testamento, es que considera ese tenor como la expresión directa del que testa: de otra suerte habría dicho, «según el espíritu del testamento.»

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 diera á sus pensamientos, no hay motivo para que esa manifestación se restrinja á la forma en que el Notario quiera expresarla.

La cuestión queda reducida, pues, á optar entre el principio de libertad, que domina nuestra legislación actual, y la interpretación literal de un precepto que conduce á la restricción de esa misma libertad, sin que medie el motivo único que puede apoyar una restricción: el interés de tercero ó el interés general. Por lo tanto, creo que el Notario tiene facultad para redactar el testamento abierto, pero que esta facultad no excluye el derecho del testador.

También considero, porque el Sr. Lic. Borja Soriano ha dicho que el Notario no debe suprimir nada á las disposiciones del testador y yo agrego, ni aumentarles, que el Código Civil, al preceptuar, usando de los verbos «Dictar» y «Redactar,» ha condenado todas las cláusulas de estampilla, todo el formulario antiguo para testamentos; y no porque sean fórmulas, sino por importar declaraciones y disposiciones que el testador no hacía, sino que el Notario insertaba. Pondré por ejemplo la cláusula de revocación, que casi como consecuencia necesaria y aunque el testador no la pronuncie, se ha consignado antes en los testamentos y sigue consignándose, si bien en forma limitada, y diré; que cuando ése no revoca sus disposiciones anteriores, el Notario no debe asentarlos; en razón de que, por una parte, el testamento posterior revoca al anterior, y por otra, la ley considera diversas modalidades de revocación y diversos efectos, según la manera en que han sido hechas. (Arts. 3,476 á 3,478 del Código Civil). Luego la revocación debe ser obra expresa y reflexiva del testador y no cláusula rutinaria del Notario.

Escritura.

El Sr. Lic. Martínez Madero ha presentado á la conferencia esta conclusión que yo considero digna de mayor estudio para apreciar si la consienten los términos del art. 3,499 del Código Civil: «El testamento público abierto puede ser escrito por el Notario ó, bajo su cuidado y responsabilidad, por otra persona.»

En efecto, dicho artículo dice: «El testamento público abierto se dictará de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el Notario: éste redactará por escrito las cláusulas, etc.» —Tal mandato motiva una duda sobre lo que significa la obligación del Notario de redactar por escrito, pues la redacción por escrito, importa dos operaciones, una mental y la otra manual; y como la ley no distingue y si las enuncia en una sola frase, como un sólo pensamiento,— ideológica y gramaticalmente pudiera comprender un precepto único, aplicado á un sólo sujeto, el Notario, y en tal caso el acto íntegro de redactar por escrito tendría que ser desempeñado por el Notario mismo.

Sabido es que la mejor interpretación de la ley es la ley misma y por eso, para fijar la significación de la frase «redactar por escrito» que emplea el art. 3,499 del Código Civil, acudo á los arts. 3,536 y 3,537 del propio ordenamiento, que literalmente dicen:—«Artículo 3,556. El Testador que se encuentre en el caso de hacer testamento privado decla-

rará á presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito. Art. 3,537. No será necesario redactar por escrito el testamento, cuando ninguno de los testigos sepa escribir, y en los casos de suma urgencia.» Además, si procedemos de buena fe, si el objeto de nuestros estudios ha de ser la investigación de la verdad sin preocuparnos de que su descubrimiento eche por tierra prácticas infundadas, entonces y ante la lectura de los preceptos transcritos debemos considerar si quien redacta por escrito tiene que escribir.

En efecto, los términos de los citados arts. 3,536 y 3,537 son dignos de atención: quiere la ley que, en los testamentos privados, uno de los testigos «redacte por escrito,» si cuando al menos uno de ellos sabe escribir; y sólo cuando ninguno sabe hacerlo, permite que no se redacte por escrito. Es decir, en el testamento privado, la ley establece una íntima correlación entre escribir y redactar por escrito; considera que el que no puede escribir no estará en aptitud de redactar por escrito, y por lo tanto dispensa esta formalidad cuando los testigos no saben escribir.

Las fuentes de nuestro derecho, sus tradiciones 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, tit. 18, Partida III. Este mismo precepto lo reprodujo el proyecto del Código Civil Español (art. 565. D. Florencio García Goyena,) y es el del Código de Napoleón en su art. 972. El Código italiano, citado por el Sr. Lic. Martínez Madero, es el que ha roto con la tradición, y, al efecto, con toda claridad expresó que el testamento debería ser escrito bajo el cuidado (per cura) del Notario. (Art. 778) Si nuestro Código hubiera querido separarse de la tradición, racional es suponer que hubiera procedido como lo hizo el Italiano, empleando una frase que excluyera toda duda sobre si el Notario debía escribir el testamento.

El art. 49 de nuestra Ley del Notariado se limita á preceptuar que el Notario redacte por sí mismo las actas notariales ó escrituras matrices, es decir, no le exige que por sí mismo las escriba. En efecto, como dice Laurent, «la expresión, redactar, cuando se emplea sola, ciertamente no expresa la idea de escribir: la palabra escribir designa una operación de la mano, en tanto que la palabra redactar indica una operación del espíritu. El Notario redacta sus actas ordinarias, el pasante las escribe. Luego cuando el Notario dice que ha redactado el testamento, no es cierto que lo haya escrito; no habría falsedad, aun cuando se probase que no es él quien ha escrito el testamento que ha declarado haber redactado; entonces la mención es insuficiente.»

Pero nuestro art. 3,499 del Código Civil no sólo exige, como la ley del Notariado lo hace en general, que el Notario redacte, sino que «redacte por escrito» el testamento. Y refiriéndose Laurent á esta frase, agrega, que «si el Notario hubiese dicho que ha redactado por escrito lo que el testador ha dictado, la mención sería suficiente... La expresión redactar por escrito es complexa, dice muy bien la Corte de Aix; comprende la operación del espíritu, la redacción y la operación de la mano, la escritura...» (Principios de Derecho Civil Francés, tomo 13, núm. 344, pág. 395).

Como se ve, la autoridad de Laurent y de la Corte de Aix cooperan á consolidar la duda que, á mi juicio, sugiere la frase «redactar por escrito,» y á la verdad no comprendo, cómo el Sr. Lic. Martínez Madero ha podido citar las mismas autoridades pretendiendo llegar á la conclusión opuesta. Así y todo, teóricamente habrá necesidad de un estudio más extenso y competente para llegar en este punto á una solución cierta; pero antes de confirmar en la práctica la convicción contraria, el Notario, para alejar el temor de dañar á los beneficiados en un testamento, ya sea con la invalidez ó con la discusión de él; y también para alejar el temor de incurrir en una responsabilidad grave que lo prive del ejercicio de sus funciones, debe, en mi humilde concepto, optar por lo que excluye cualquiera consecuencia funesta: escribir por sí mismo las disposiciones testamentarias. Lo aconsejan así la rectitud y la prudencia, y lo apoya una decisión de la Asamblea de Notarios, aceptada por la Secretaría de Justicia, que aprobó las conclusiones de los Sres. Lic. Manuel Borja Soriano y Ezequiel Pérez, conforme á las cuales, en caso dudoso ha de optarse por la opinión que más asegure los intereses de las partes.

Lectura.

El testamento debe leerse íntegro, no sólo por ser ésta práctica conforme á las reglas más elementales del Notariado, sino también para cumplimentar la fracción III, art. 69 de la Ley de 19 de Diciembre de 1901, de lo cual resulta, que, si después de leído, el Notario agrega cualquiera otra disposición dictada por el otorgante, y no le da lectura, el testamento adolecerá de nulidad. La lectura de las cláusulas debe ser hecha por el mismo Notario, en voz alta, pues así lo exige el repetido art. 3,499 del Código Civil, como complemento de la redacción por escrito, á menos que el testador fuere enteramente sordo, en cuyo caso el art. 3,503 quiere que el interesado mismo lea sus disposiciones, ó que si no supiere ó no pudiere hacerlo, designe persona que las lea en su nombre.

Conformidad.

Esta, por parte del testador, con la redacción de sus disposiciones, es solemnidad que tampoco puede discutirse, puesto que á ella se subordinan no sólo la redacción que el Notario dé á las cláusulas del testamento, sino la autorización y existencia del mismo. Tal conformidad expresa, la prescribe también el art. 3,499 del Código Civil supuesto que, sin que el testador exprese su conformidad con el acta, ni los testigos ni el Notario pueden subscribirla. Es de tenerse presente que esa conformidad será oral, supuesto que ha de ser manifestada; y que ha de tener efecto, aun cuando el testador no pueda firmar, tal vez con mayor razón en este caso.

Identidad y capacidad del testador.

El art. 3,492 del Código Civil establece como requisito de todo testamento, que el Notario y los testigos conozcan al testador ó se certifiquen, si fuere posible, de su identidad y de que se halla en su cabal juicio y libre de cualquiera coacción.

La ley no establece medios determinados para que el Notario y los testigos se certifiquen de la identidad del testador, ni del estado mental en que se encuentre; por lo cual puede decirse que les deja completa libertad de acción, con la consiguiente responsabilidad por omisión ó negligencia. También es de advertir, que la ley solamente exige la apreciación que personas sensatas y de buena fe pueden hacer del estado mental, y que la limita á la duración del otorgamiento; y la coacción á la que puede percibirse y nunca á artificios ocultos.

Firmas.

Parece innecesario tratar separadamente de las firmas del testador, de las de los testigos del testamento, intérpretes, y del Notario, ya que el art. 3,499 del Código Civil, refiriéndose á ellas en general, dice, que, si después de la lectura el otorgante manifiesta su conformidad, firmarán todos el instrumento; pero como prevé el caso de que no pudiere ó no supiere escribir el testador ó alguno de los testigos, si conviene consignar,

que tal solemnidad no quedará integrada si el Notario no hace mención del hecho y de la causa que lo motiva. En cuanto al uso del nombre, apellido y rúbrica por parte del que firma, no existiendo razón legal alguna para exigirlos, debe bastar que unos y otros firmen como acostumbren hacerlo en todos sus actos. El Notario, además, deberá poner su sello. (Art. 69, frac. V. de la Ley del Notariado).

Unidad del acto.

Esta solemnidad la exige el art. 3,504 del Código Civil cuando dice que todas las formalidades se practicarán acto continuo. Refiriéndose al art. 976 del Código de Napoleón, que es análogo al nuestro, dicen Baudry-Lacantinerie y Colín lo que sigue: «Importa no engañarse sobre el sentido y 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; esto no es un acto en el sentido del art. 976, que no pretende evidentemente referirse, sino á los actos jurídicos.» (De las donaciones en trevivos y de los testamentos. Tomo II núm. 2,155.)

Menciones.

Dice el mismo art. 3,504 del Código Civil: «Todas las formalidades se practicarán acto continuo, y el Notario dará fe de haberse llenado todas.» Concuera la segunda parte de este precepto con el art. 972 del Código Francés, acerca del cual el jurista belga Laurent da una magistral explicación, la que es el mejor comentario que puede hacerse de la parte final del citado art. 3,504. Dice Laurent, número 324. tom. 13: «Después de haber dicho que el testamento debe ser dictado por el testador, escrito por el Notario tal como se dicta, y que debe darse lectura del mismo al testador en presencia de los testigos, el art. 972 agrega: «De todo esto ha de hacerse mención expresa.» Es una nueva formalidad que la ley prescribe so pena de nulidad del testamento, y es la que ha dado lugar á las más numerosas dificultades. En presencia de tantos juicios y tantos testamentos anulados por la culpa de los Notarios, se pregunta uno, si los autores del Código no fueron más allá del fin que se proponían.

En teoría, es fácil justificar la ley y por muy rigurosa que parezca. ¿Por qué ha prescrito el legislador solemnidades para la existencia del testamento? Es una garantía para el testador y para sus herederos naturales. Está asediado por malas pasiones, la codicia, el odio, el afecto desordenado, el celo religioso mal entendido. Cómo asegurar su libertad? Cómo impedir que los parientes que la naturaleza llama á sucederle sean despojados injustamente? El legislador no tiene más que un medio: las formas. He aquí por qué las solemnidades son substanciales. Pero no basta prescribir formas, preciso es también velar porque sean observadas. Basta declarar que deban llenarse so pena de nulidad? Las leyes no tienen más sanción, por importantes que sean aun cuando conciernan al orden público y á las buenas costumbres. El legislador no se ha contentado con eso en materia de testamentos. Para tener una prueba de la observancia de las formas y una garantía de que serán llenadas, exige, so pena de nulidad, que el Notario haga mención del cumplimiento de las formas que la ley prescribe; de suerte que el testamento es nulo, no sólo cuando una formalidad no ha sido llenada y que no hay mención de que lo haya sido; sino que es nulo también, aun cuando la formalidad hubiere sido observada: basta con que no se haga la mención. Hay más: Toda especie de mención no basta, se necesita una mención expresa: si la mención no es expresa, el testamento es nulo, aunque la formalidad haya sido llenada y que el Notario haya hecho mención de ello. Preguntamos la razón de ese exceso de rigor. Merlin, y después de él todos los autores responden: se necesita una garantía y el legislador ha escogido la más fuerte, el interés y el honor del funcionario público que recibe el testamento. El Notario sabe que debe mencionar la observancia de las formalidades so pena de nulidad; sabe que la anulación del testamento, por ignorancia ó negligencia grave, lo somete á una acción por responsabilidad; no dejará pues, de hacer las menciones que la ley exige. Helo allí forzado moralmente á llenar las formalidades de que hace mención, pues si declara haberlas llenado cuando en realidad no lo ha hecho, comete el delito de falsedad y será castigado con el presidio. Así es como la ley asegura la observancia de las solemnidades testamentarias. La mención es al mismo tiempo la prueba de su cumplimiento. Si la ley no prescribiera la mención, se podría discutir el que hayan sido observadas. De allí provienen juicios muy difíciles de sentenciar, y por consiguiente la suerte de los testamentos quedaría abandonada á la incertidumbre de las pruebas judiciales. La necesidad de la mención tiene por consecuencia que la prueba de las solemnidades debe encontrarse en el testamento mismo; el funcionario público encargado de llenar las formalidades, es quien atestigua que han sido llenadas.»

II

Forma de expresar las solemnidades.

Acabamos de ver que la ley exige al Notario que consigne el cumplimiento de las solemnidades en el acta respectiva, y ocurre preguntar: ¿Cómo ha de mencionarlas? Haciendo constar:

1º La presencia del testador ante el Notario y los testigos, con expresión del lugar ó sea la población en que pasa el acto; hora, día, mes y año. Además, en su caso, la asistencia de los intérpretes y su nombramiento por el testador.

2º Que las disposiciones testamentarias fueron dictadas por el testador de un modo claro y terminante, en presencia del Notario y los testigos.

3º Que el Notario redactó por escrito las cláusulas.

4º Que les dió lectura en voz alta; y en el caso del art. 3,503 del Código Civil, que siendo el testador enteramente sordo, él mismo leyó su testamento, ó que en su nombre lo leyó la persona que al efecto designare por no saber él ó no poder hacerlo.

5º Que el testador manifestó su conformidad con las cláusulas.

6º Que el Notario conoce al testador y que se ha cerciorado de que éste se halla en su cabal juicio y libre de cualquiera coacción. Si no lo conociere, que ha verificado su identidad, expresando el modo de la comprobación. En el caso del art. 3,493, que no habiéndose, podido verificar la identidad, lo declara así, agregando las señales que caractericen la persona del testador. Que los testigos, en su caso, hacen las mismas declaraciones que el Notario.

7º Que el instrumento fué firmado por el otorgante, testigos, intérpretes y Notario. En el caso del art. 3,501 del Código Civil, que, como el testador declaró que no sabe ó no puede escribir, firmó á su ruego otro testigo más, que intervino en el acto; y en el del 3,502, que determinado testigo de los instrumentales firma por el testador, expresando la extrema urgencia del caso y que no pudo llamarse otro testigo más. Por último, en el caso del art. 3,500, que uno de los testigos firma por otro que no sabe escribir.

8º Que todas las formalidades se practicaron acto continuo.

Queda determinada la manera de hacer las menciones legales, empleando los mismos términos de que se vale la ley. Esto es lo que aconseja la prudencia, pero hay que advertir que esos términos no son sacramentales, y por lo mismo puede el Notario emplear en substitución de ellos otros equivalentes.

III

En cuanto á las formalidades, jurídicamente hablando, del acto que nos ocupa, estimo que pueden concretarse á las siguientes, que por sí mismas se expresan y no ameritan certificación alguna:

1ª Nombre y apellido del Notario autorizante, consignadas en el acta (art. 50 fracción II de la ley de 19 de Diciembre de 1901).

2ª Nombre, apellido, edad, estado, ejercicio ó profesión y domicilio del otorgante, testigos ó intérpretes en su caso (fracción III del citado art. 50).

3ª Protesta de los intérpretes (fracción XII del citado art. 50).

4ª Escritura en lengua nacional, con tinta indeleble, letra clara, sin abreviaturas, guarismos, raspaduras, enmendaturas ni blancos. (fracciones I y XIII del reptido art. 50, y art. 3,495 del Código Civil.)

5ª Redacción clara y concisa, aboliendo las cláusulas llamadas de estilo (fracción V del propio artículo)

6ª Designación de cosas, de modo que no pueden ser confundidas con otras (fracción VI).

7ª Lectura del acta (art 50 fracción XI.)

8ª Aviso al Archivo General de Notarias. (art. 68 de la precitada ley).

9ª Nota al timbre conforme á los arts. 56 y siguientes de la Ley de 25 de Abril de 1893 y circular de 12 de Mayo de 1894.

— — — — —

TESTAMENTO CERRADO

Me propongo seguir el mismo método empleado en la parte primera de este estudio, previa una consideración general que juzgo conveniente dejar consignada:

Los arts. 3,506 y 3,507 del Código Civil establecen los requisitos de forma que el testador ha de observar en el caso de testamento cerrado; pero como al Notario no incumbe concurrir oficialmente á esos actos preliminares, aun cuando con su consejo asista al testador si éste le dispensa la confianza de consultarlo, ni tales actos quedan sujetos á la nulidad que establece el art. 3,471 del mismo Código para el caso de contravención de cualquier requisito accesorio, ni tampoco el Notario, con-

curra ó no á ellos, incurre en la responsabilidad preceptuada por el art. 3,519. Así lo enseña el Sr. Lic. Manuel Mateos Alarcón, en el tomo VI de sus lecciones del Derecho Civil, y lo ha sancionado la Tercera Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal en la ejecutoria que pronunció en las diligencias sobre apertura del testamento de Doña Saturnino Portillo. «Diario de Jurisprudencia.» Tomo III, pág. 485.

I

Solemnidades del testamento cerrado.

Con presencia de nuestra ley, puede afirmarse que diez son también las solemnidades requeridas para la existencia del testamento cerrado, varias de las cuales son idénticas á las que exige para el abierto.

- 1ª Concurrencia de personas que deben intervenir en el acto.
- 2ª Presentación al Notario, del papel en que se halla escrito el testamento.
- 3ª Declaración de voluntad.
- 4ª Clausura y sello.
- 5ª Escritura del acta.
- 6ª Identidad y capacidad del testador.
- 7ª Lectura.
- 8ª Firmas y autorización.
- 9ª Unidad del acto y
- 10ª Mención de las solemnidades.

Como las reglas que deben aplicarse á la concurrencia simultánea de testador, testigo, Notario é intérpretes en su caso; á la comprobación de la identidad y capacidad del otorgante; á la lectura y á la subscripción de la constancia correspondiente, son iguales á las que rigen esas mismas solemnidades en el testamento público abierto, no repetiré aquí lo que respecto de ellas dije ya. Pero si paso á indicar algunas observaciones breves, requeridas por la especialidad del punto.

Uno de los objetos principales de la concurrencia del Notario y los testigos, es la identificación del pliego en que la disposición queda consignada: así es que, no solamente deben hallarse en el mismo lugar en que el testamento queda cerrado, sino que uno y otros han de estar en

situación tal que puedan ver los actos sucesivos del otorgamiento, desde que el testador exhibe el pliego al Notario, hasta que, autorizada por este mismo funcionario con su sello y firma el acta ó constancia respectiva, vuelve el testamento á manos del testador ó queda en poder de la persona que ha de depositarla, si es alguno de los concurrentes.

Es de tenerse en cuenta que para el caso previsto por el art. 3,516 del Código Civil, los testigos deben concurrir en número de cinco, como excepción á los casos ordinarios que sólo requieren tres.

El Código Civil no establece expresamente la lectura de la constancia, ni la unidad en el acto del testamento cerrado; pero el señor Lic. Martínez Madero ha presentado razonamientos convincentes sobre la guarda de estos dos requisitos, y yo acepto que la lectura y la unidad son solemnidades necesarias en el testamento cerrado, en vista de las disposiciones contenidas en el art. 69, fracción III de la Ley Notarial Vigente, y 3,509, 3,513 y 3,519 del Código Civil.

Supone el Código citado el caso en que el testador ó uno de los testigos no puedan firmar la constancia del testamento, y lo resuelve en disposiciones muy semejantes á las dictadas para el mismo caso respecto del testamento abierto. Compárense al efecto los arts. 3,501 y 3,502 con los arts. 3,513 y 3,514, y el art. 3,500 con el mismo 3,514. Pero en el testamento cerrado es disposición especial la del art. 3,512, que requiere hallar siempre tres firmas, previniendo que si alguno de los testigos no supiere firmar llamará á otra persona para que lo haga en su nombre y en su presencia.

Presentación del pliego.

Según los arts. 3,509 y 3,508, el testador exhibirá al Notario, en presencia de tres testigos, el papel en que halla escrito el testamento ó el que le sirva de cubierta; y, si el testamento hubiere sido rubricado y firmado á ruego del testador por otra persona, ella debe concurrir á la presentación del pliego. Tal precepto, por la regla general contenida en el art. 3,238, debe entenderse en el sentido de que ha de ser un acto personal, y no sólo tiene por objeto que el pliego pase á poder del Notario para que inmediatamente proceda á redactar y autorizar la constancia escrita, sino también revela que la ley quiere un acto positivo para suponer cerciorado al testador de que el pliego exhibido es el mismo en que escribió ó hizo escribir sus disposiciones, y dejar comprobada la identidad del documento. En consecuencia, la acción que el testador ejecuta excluye al Notario y á los testigos de cualquiera responsabilidad respecto á la procedencia del escrito y contenido del sobre.

Declaración de voluntad.

La ley establece dos medios para declarar la voluntad tratándose del testamento cerrado: oral para quien goce del uso expedito de la palabra, y por escrito para el sordo-mudo ó el simplemente mudo. Pero es de advertir acerca del art. 3,518, que dispone que el sordo use también, en el caso que prevé, de la forma escrita, que (aun cuando racionalmente pudiera objetarse tal precepto como contrario al sistema seguido por el legislador en el art. 3,510 y por ser innecesaria esa forma, supuesto que el sólo sordo puede hablar,) la forma excepcional establecida en el citado art. 3,518 debe observarse por el Notario, aun cuando la redacción del mismo artículo es ambigua, pues comprende dos hipótesis diversas y sólo á una da la resolución correspondiente.

En cuanto á la declaración exigida por la ley, es breve y perentoria (véanse los arts. 3,508, 3,510, 3,516 y 3,518) por lo cual reputo inútil la ampliación de que generalmente es objeto, para hacer constar como usual que el testador ha instituido heredero y nombrado albacea, hace revocaciones, etc., etc. Sin embargo, por inútiles que parezcan estas adiciones, deberán consignarse cuando el testador las pronuncie espontáneamente.

Si el testamento ha sido subscrito por otra persona á ruego del otorgante, y tratándose del que formalice un sordo-mudo ó solo mudo, la declaración debe comprender dos partes: una relativa al otorgamiento, esto es, que en el pliego está contenida la última voluntad del disponente, y otra relativa á la persona que escribió, ó firmó, ó escribió y firmó por el testador. Este es quien está obligado á prestar la declaración íntegra, de acuerdo con los hechos, y á que concorra al acto la persona que hubiere susscrito á su ruego, sin que la omisión de esta circunstancia afecte la responsabilidad del Notario autorizante (art. 3,508). Digo que el testador está obligado, porque la ley refiere a él la confección, así como la declaración está obligado, porque la ley refiere á él la confección, así como la declaración acerca de escritura y firma, en los casos propuestos: no pudiendo referirlos al Notario, porque en materia de testamento cerrado reconoce al testador libertad absoluta para mantener oculto el contenido de sus disposiciones y la forma; lo primero al definir ese testamento «cuando el testador sin revelar su última voluntad...», y lo segundo, al prevenir que se exhiba cerrado y sellado ó que se haga cerrar y sellar en el acto del otorgamiento.

¿Podrá acaso imponerse un deber, al que se le rehusan los medios de cumplirlo?

Clausura y sello.

Si el testador no presenta el pliego cerrado y sellado, lo hará cerrar y sellar en el acto del otorgamiento, según previene el art. 3,509; y a éste respecto es de observarse: Que la ejecución de la clausura no se encomienda á persona determinada, por lo cual podrá hacerla cualquiera de los circunstantes, pero siempre en presencia del testador, de los testigos y del Notario supuesto que ha de ser inmediata á la declaración y que tiene por objeto, además, la identificación del pliego.

El papel en que el testamento se halla escrito ó la cubierta que lo guarde, ha de quedar cerrada de tal modo que sea del todo improbable abrirlos sin dejar alteración visible, pues de otro modo el testamento quedaría expuesto á adiciones ó substituciones.

La manera prescripta por leyes antiquísimas para atar el testamento y asegurar con sellos sus ataduras, tendía á la más completa conservación del pliego en el mismo estado en que quedaba al fin del acto: la ley vigente conserva la necesidad de sellar, si bien no determinando manera, substancia ni instrumento; así pues, al llenar este requisito puede procederse con entera libertad, pero se debe tener presente que la ley requiere el empleo del sello con un propósito, el de hacer patente la apertura de la cubierta y cualquier violación. por lo cual son de emplearse materia y aparato que impriman y en lo posible satisfagan ese objeto.

Conviene advertir que el sello que se use en el acto de la clausura no debe ser precisamente el oficial del Notario, toda vez que con este sello ha de autorizarse la constancia íntegra de la cubierta, como lo previene art. 3,511 del Código Civil.

Escritura del acta.

Debe notarse que, por disposición expresa de la ley, esta es acta notarial extendida fuera del protocolo; y que, si bien es de la incumbencia del Notario, como el Código Civil nada indica sobre su ejecución material, queda á su arbitrio este detalle, sin que aquí pueda caber la duda apuntada en el particular, al referirme á testamento abierto.

Menciones.

No es preciso al Notario mencionar expresamente todas las solemnidades. En efecto, el art. 3,519 del Código Civil establece la nulidad

del testamento cerrado que carezca de algunas de las formalidades sobredichas, pero el art. 3,511 limita la necesidad de la mención á las solemnidades establecidas en los artículos anteriores; en otros términos, para que un testamento cerrado tenga validez, se requiere que en realidad pasen los hechos que constituyen los diez requisitos formales que antes hemos enumerado, pero el Notario no tiene obligación de mencionar los relativos á la escritura del acta, firmas y sellos del Notario, exceptuándose el caso en que el testador declare que otra persona firmó y rubricó por él, y por último, tampoco la unidad del acto.

II

Forma de expresar las solemnidades.

Esta, en mi concepto, se reduce á consignar en el acta:

1ª La presencia del testador ante el Notario y los testigos, con expresión del lugar y fecha en que pasa y se autoriza el acto (artículos 3,483, 3,509 y 3,550 del Código Civil y fracción VI, art. 69 de la Ley del Notariado). Además, en su caso, la asistencia de la persona que el testador declare que rubricó y firmó en su nombre el testamento, así como de los intérpretes y su nombramiento por el testador (art. 3,508 y 3,391 del Código Civil).

2ª Que el testador exhibió el pliego en que está escrito el testamento ó la cubierta que lo contiene, al Notario, en presencia de los testigos y de la persona que halla rubricado y firmado el testamento, en su caso (art. 3,509, 3,508 y 3,516 del Código Civil.)

3ª Que el testador, al hacer la presentación declaró que en el pliego exhibido estaba contenida su última voluntad. Que el testador declaró que determinada persona rubricó y firmó el testamento en su nombre (art. 3,508 del Código Civil.) Si el testador fuere sordo-mudo, que al presentar su testamento al Notario ante los cinco testigos, escribió en presencia de todos sobre la cubierta, que en aquel pliego se contiene su última voluntad y va escrita y firmada por él (artículo 3,516 del Código Civil.)

4ª Que el testador exhibió el pliego ó cubierta cerrado y sellado, ó que en el acto lo hizo cerrar y sellar (art. 3,509 del Código Civil.)

5ª. Igual á la sexta del testamento abierto sobre identidad y capacidad del testador.

6ª Que se leyó el acta al interesado (art. 69 fracción III, Ley del Notariado.) Si fuere sordo ó sordo-mudo que la leyó por sí mismo ó que se cercioró de su contenido por algún otro medio legal (artículo citado, fracción IV.)

7ª Si el testador no supiere ó no pudiere rubricar y firmar el testamento y á su ruego lo hubiere hecho otra persona, declarándolo así el testador, que aquélla firmó en la cubierta, con los testigos y el Notario (art. 3,508 del Código Civil.)

Conclusiones.

Primera. Las formalidades del testamento público abierto son, Consignación del nombre y apellido del Notario; de los nombres apellidos, edad, estado, ejercicio ó profesión y domicilio del testador, testigos é intérpretes en su caso, así como la protesta de éstos; escritura en lengua nacional y en las condiciones materiales que establecen las fracciones I y XIII, art. 50 de la Ley del Notariado; redacción clara y concisa; designación distintiva de cosas; lectura general del acta; aviso al Archivo de Notarías y nota al Timbre.—Las solemnidades necesarias para la validez del testamento público abierto son: concurrencia de las personas que deben intervenir en el acto: dictado: redacción: escritura: lectura: conformidad del otorgante: identidad y capacidad del testador conocidas por el Notario y testigos: firmas: unidad del acto, y mención de las solemnidades.

Segunda. Las formalidades del testamento cerrado son las mismas que las del abierto, exceptuando la referente á designación de cosas y la nota á la Administración Principal del Timbre.—Las solemnidades necesarias para la validez del testamento público cerrado son: concurrencia de las personas que deben intervenir en el acto; presentación del papel que contenga el testamento; declaración de voluntad: clausura y sello; escritura; identidad y capacidad del testador; lectura; firmas y sello del Notario; unidad del acto, y mención de las solemnidades.

Tercera. Las formalidades no requieren expresarse de manera determinada. Las formas de expresar las solemnidades debe consistir en certificarlas empleando los mismos términos de la ley ú otros análogos, siendo prudente preferir aquéllos.

NOTA

El texto, que ha dado origen al debate, dice así: "Ha de ser expresa la mención de la escritura, pero no tiene que ser formulada en términos sacramentales. Hay decisiones que parecen desechar la equivalencia en esta materia: sin duda las Cortes se han expresado de una manera demasiado absoluta: han querido prescribir las fórmulas usuales del estilo notarial: *hecho, pasado, extendido, retenido, redactado*, (*fait passé, dressé, retenu, rédigé*). Esas expresiones solamente denotan esto, que el notario es el autor del acta; no precisan que haya sido escrita por el funcionario público. Ahora bien, la escritura es la que ha de ser mencionada. Se ha pretendido que esas expresiones, principalmente las de *extender, hacer, redactar* (*dresser, faire, rédiger*) podían únicamente indicar la escritura, supuesto que se contraponen á la palabra *dictar* (*dicter*). Decir que el testador dicta, es decir que es el autor del acta; si se agrega después que el notario la ha extendido (*dressé*), ésta palabra solamente puede ser aplicada á la escritura. La Corte de Casación no ha admitido esa interpretación: cierto es que el testador es autor de sus disposiciones, supuesto que las dicta, pero el notario conjuntamente las redacta y las escribe: las redacta porque formula las disposiciones del testador, sin quedar estrechado á reproducir las palabras de que se sirvió el finado: además, debe escribirlas. Pues bien, *hacer, extender, redactar*, no significan escribir. Esto es decisivo: solamente que la Corte de Casación yerra al decir que la ley, que exige la mención expresa, no permite la equipolencia.

"La expresión *redactar* (*rédiger*) ha dado lugar á muchos litigios. Empleada sola, ciertamente no expresa la idea de escribir. En efecto, la palabra *escribir* denota una operación de la mano, mientras que la palabra *redactar* indica una operación del espíritu. El notario redacta las actas ordinarias: el pasante (*clere*) las escribe. Luego cuando el notario dice que ha *redactado* el testamento, no se puede asegurar que lo ha escrito; no habría falsedad, aun cuando se probara que no fué él quien escribió el testamento, que declara haber redactado; así, pues, la mención será insuficiente, según el principio que formuló Merlin y que todo el mundo ha admitido. (V. num. 329).

"La Corte de Besançon lo decidió así, aunque dividida en opiniones, y su sentencia fué confirmada por un auto en que se desechó el recurso de casación. (Besançon, 27 de Nov. de 1806. Rejet, 4 de Feb. de 1808. Dallor, núm. 2.895, 1^o). Pero si el notario hubiere dicho que *ha redactado* por escrito lo que el testador ha dictado, sería suficiente la mención. El mismo Código se sirve de esta frase para denotar la escritura (arts. 1.833, 2.044, 2.074 y Cód. de proc. art. 317). La expresión *redactar por escrito* es compleja, dice muy bien la Corte de Aix: comprende la operación del espíritu, la *redacción*, y la operación de la mano, la *escritura*: comprende, pues, más de lo que la ley exige; luego comprende lo que exige: es más que una equipolencia: es la palabra de la ley,

más otra palabra. (Aix. 20 de Ab. de 1809 y 3 de Dic. de 1812. Dalloz, núm. 2,896, 3º y 4º).

“La Corte de Lieja ha pronunciado una sentencia en ese sentido. Se dijo en el testamento: “El cual compareciente ha dictado á nos, notario, su testamento, que hemos *redactado* “*tal cual nos fué dictado*, en la forma y manera siguientes.” La Corte conviene en que la palabra *redactar* expresa una operación del espíritu, independiente de la operación manual de la escritura; pero, en el caso, la palabra *redactado* no estaba aislada: formaba parte de una frase cuyos términos implicaban que el notario había puesto por escrito las disposiciones que el testador le dictaba, á medida que las pronunciaba. Sin duda, la elocución era impropia; pero, —dice la sentencia,— la suerte de los testamentos no debe depender de la mayor ó menor precisión en los términos de que se ha servido el notario redactor, cuando no puede haber duda sobre el sentido en que ha pretendido emplearlos para certificar el cumplimiento de las formalidades prescriptas por la ley.” (Lieja 22 de Dic. de 1832. Pasicrisia, 1832. P. 203) Laurent, op. cit. núm. 343 T. XIII. Pág. 394.