



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

[TESTAMENTO PRIVADO]

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MARTÍN VILLEGAS LEGARRETA

Ciudad Universitaria, México, D.F.

1949



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Martin Villegas Legarreta

10-4-39

I.—QUE SE ENTIENDE POR TESTAMENTO PRIVADO. II.—ORIGEN DE ESTA CLASE DE TESTAMENTOS. SUS ANTECEDENTES EN EL DERECHO MEXICANO. III.—EL REGIMEN A QUE SE ENCUENTRA SOMETIDO DICHO TESTAMENTO ES IMPERFECTO Y DEFICIENTE. IV.—QUE MEDIDAS LEGISLATIVAS DEBEN ADOPTARSE PARA GARANTIZAR LA AUTENTICIDAD DE LA TESTAMENTIFICACION PRIVADA.

I.—La denominación de testamento privado es genérica, pues comprende varias especies; éstas, se refieren a otros tantos casos en los cuales está permitido testar sin intervención de notario; es decir, en forma excepcional, ya que la regla general es que al otorgarse testamento, cuando de testamento abierto se trata, se haga ante el funcionario en quien se encuentra depositada la fe pública. En el artículo 1565 del Código Civil vigente se encuentran enumerados los casos en que se puede testar en forma privada. Son los siguientes:

1o.—El de "una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra notario a hacer testamento". Tal caso es el que tradicionalmente ha sido llamado "peligro inminente de muerte".

2o.—La falta absoluta de notario o autoridad que desempeñe funciones de receptoría.

3o.—La imposibilidad o gran dificultad para que acuda al otorgamiento el notario, aun cuando en el lugar exista dicho funcionario.

4o.—Encontrarse el testador en campaña o prisionero de guerra cuando tiene la calidad de militar.

En todos los casos enumerados lo que caracteriza al otorgamiento es la no intervención de notario o autoridad que legalmente deba suplirlo en sus funciones. Esta clase de testamentos recibe el nombre de testamento privado, en oposición al testamento público abierto, o sea aquel que se pasa ante notario.

Podemos decir que dos de las especies enumeradas son testamentos especiales en atención a la persona, el del enfermo grave y el del militar en determinada situación. El que se refiere a la no existencia de notario en la localidad es un testamento excepcional en atención al lugar, y el que puede ser otorgado por imposibilidad o grave dificultad para la asistencia notarial es un testamento especial en relación a circunstancias eventuales de hecho. Podemos decir, también, que el testamento del militar, además de encontrarse instituido en atención a la persona, lo está en consideración al lugar, al tiempo y a situaciones de riesgo o de falta de libertad física.

El testamento privado puede otorgarse ante cinco testigos, o ante tres solamente, en casos de suma urgencia. tal como lo disponen los artículos 1567 y 1569 del Código Civil. Si alguno de los testigos sabe escribir, deberá ser redactado (el Código se expresa de manera redundante, pues dice "deberá ser redactado por escrito") y será oral en el caso de que ninguno de los testigos sepa escribir; así lo prescribe el artículo 1568.

Esta forma testamentaria ha sido llamada por García Goyena "testamento rigurosamente nuncupativo".

Para que se pueda acudir al testamento privado, es requisito indispensable que el testador no haya podido hacer testamento ológrafo, según lo dispone el artículo 1566.

Así es que podemos definir el testamento privado de la siguiente manera: es aquel que se otorga sin intervención de notario o autoridad con funciones notariales, ante cinco o tres testigos, por escrito u oralmente y en los casos expresamente determinados por el Código Civil.

2.—El testamento privado, como forma de testamentación, tiene su origen remoto en el derecho romano, de donde pasó al antiguo derecho español. En la época que transcurre desde el momento en que las manifestaciones testamentarias dejan de ser actos públicos, como eran las hechas ante los comicios calados, hasta la constitución imperial de 446, en que se sujetaba la celebración del testamento a la autorización de funcionarios públicos, tal institución, tanto en el derecho civil como en el pretorio, constituye un acto privado; se otorga ante testigos únicamente. La época a que hacemos referencia es la de los actos "per aes et libram".

El grupo de los testamentos especiales que forman bajo la designación genérica de testamento privado, considerados como excepcionales, es decir, como creados para determinados casos, no tiene precisamente sus antecedentes en el derecho romano. Ninguno de los testamentos que en la época justiniana tenían el carácter de especiales, como el del ciego, el del sordomudo, el del rústico, el del tiempo de peste, etc., forman parte de la clase de los privados en nuestro actual derecho civil. El testamento militar, que fue siempre entre los romanos un testamento privilegiado, carece de tal carácter en nuestro derecho.

El testamento permitido en el caso de "enfermedad grave y violenta" tiene un lejano antecedente en la ley 11, tit. 5, libro 2 del Fuero Juzgo, el cual consentía celebrar testamento

oral en momentos de peligro inminente; dicho testamento era eficaz si el testador fallecía en el peligro. Las palabras "quae instante quocumque periculo" del ordenamiento citado eran las que más tarde habrían de convertirse en la expresión "en peligro inminente de muerte".

En el Fuero Viejo se encuentra instituido el testamento en trance de muerte en favor del huérfano o huérfana, desde los siete a los doce años, para disponer de la quinta parte del patrimonio en favor de su alma; y de la mitad, de los doce a los dieciséis.

Por lo que al número de testigos se refiere, creemos encontrar un antecedente en el Ordenamiento de Alcalá; este prescribe la asistencia de cinco testigos en el testamento sin escribano, o tres solamente en el caso de que no fuere posible hallar mas.

En la legislación foral española encontramos numerosos antecedentes de los testamentos a que nos referimos, aunque en ocasiones, como sucede con el sacramental de Cataluña y el de los enfermos del hospital general de Zaragoza, constituyen verdaderos privilegios.

En los fueros de Navarra y de Vizcaya se conceden grandes facilidades para testar a los que viven en el campo; los testamentos pueden ser otorgados, según el primero, ante el párroco, con la asistencia, como testigos, de niños mayores de siete años; y conforme al segundo, ante dos hombres buenos y una mujer que sea de buena fama.

El testamento militar, ya lo dijimos, tiene en su origen un verdadero carácter de privilegio. Creado desde los tiempos de Julio César, pasa con el mismo carácter a las Leyes de Partida; Y en la Ley Reconilada con tal extensión, que al decir de García Goyena, tal privilegio constituía "una concepción monstruosa que podía ser funesta a los mismos militares."

En el código civil español, el testamento en peligro inminente de muerte puede otorgarse ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario.

En la legislación española no antigua encontramos antecedentes de las otras dos especies de testamento privado, precisamente en su carácter excepcional, por la razón de que eran comunes los testamentos otorgados sin intervención de notario.

Finalmente, el procedimiento de elevación a escritura pública, la adverbación o abonamiento del antiguo derecho, reconoce multitud de antecedentes en la legislación española anterior al código civil. En la época visigótica se establece ya el requisito de que sean declaradas y registradas en el plazo de seis meses después de la muerte del testador, sus disposiciones testamentarias; es lo que se denomina "publicatio".

El Fuero General de Navarra ordena la elevación a escritura pública para garantizar la autenticidad de los testamentos especiales. El Fuero Juzgo exigía además la obligación de poner el otorgamiento en noticia de los herederos. El Fuero de Aragón exige, también, la protocolización. El Fuero de Vizcaya, estima como requisito indispensable el que los testigos declaren ante el juez ordinario previa citación de los "benientes abintestato mas profincos del día que muriere el testador, dentro de sesenta días" En el testamento sacramental de Cataluña, para elevarlo a escritura pública, se requería el examen de los testigos en la Iglesia de Santos Justo y Pastor, sobre el altar de San Félix Mártir, y en el término de seis meses.

El código civil español prescribe que dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento del testador, el testamento sea elevado a escritura pública.

El antecedente próximo del sistema que sigue el código civil vigente lo encontramos en el de 1870. Este código

es el primer ordenamiento que agrupa algunos testamentos especiales en una clase que tiene de común el otorgamiento sin intervención de notario y ciertas formalidades. Dichos testamentos son el de peligro inminente de muerte, el del tiempo de epidemia, el otorgado en plaza sitiada y el celebrado en lugar donde no existe notario. El código civil de 1884 sigue el mismo sistema, sin introducir modificaciones, y ha servido de modelo a los códigos de los Estados.

3.—El código civil vigente presenta, con relación al anterior, importantes modificaciones en lo que se refiere al testamento privado. Puede afirmarse que los casos en que el código actual permite el otorgamiento sin intervención de notario, manifiestan la finalidad de evitar que por las circunstancias de tiempo, lugar y situación personal, las personas en trance de muerte, fallezcan intestadas por la falta de notario o por la imposibilidad motivada por dichas circunstancias de dejar de concurrir a la celebración. En efecto, si se considera el primer caso, el del peligro inminente de muerte, tal peligro está condicionado a la imposibilidad de que en cierto tiempo pueda acudir el notario. En el código 1884, la concesión hecha a la persona del testador era incondicional, pues manifiesta que el testador puede hacer el otorgamiento en forma privada "cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta que amenace su vida de un modo inminente", independientemente de la imposibilidad de que concurra el notario. Bajo tal régimen muy bien podía acontecer que en la localidad donde se encontrara el autor de la herencia fuera posible encontrar no solo uno, sino varios notarios o funcionarios sustitutos, que al llamado del testador ocurrieran oportunamente, y, sin embargo se invocara únicamente la violencia de la enfermedad para que los que se interesaran en ello sustrajeran el otorgamiento testamentario a las solemnidades del testamento público. Constituye un acierto del legislador actual

el haber condicionado la urgencia del caso en cuestion a la imposibilidad de la oportuna asistencia del notario.

Pero el código vigente, lo mismo que los anteriores, al referirse al caso de muerte inminente adolece de una gran deficiencia, cual es excluir de la facultad concedida a las personas en tal peligro, a las personas que se encuentran en situaciones diversas a las enfermedades, como son los accidentes de trabajo, atropellamientos, etc. Aunque demasiado amplía la antigua expresión de "inminente peligro de muerte", era mas conveniente, puesto que no reducía los casos en los que puede ocurrirse al testamento privado, a los patológicos unicamente. Es mas consecuente el artículo 572 del proyecto del código civil español de 1851 que menciona el "peligro inminente por efecto de un ataque o accidente repentino". Existe la misma razón para permitir testar en la forma privada a una persona víctima de un accidente ferroviario, pongamos por caso, que para permitirlo a otra atacada de una cardiopatía. Debe reformarse la fracción que comentamos, en el sentido de extender a todos los casos de muerte inminente y próxima el beneficio del testamento privado.

Por lo que al testamento militar respecta, ya lo dijimos, el código civil lo ha incluido entre las especies del testamento privado. En realidad, no existe ninguna razón para que exista como forma autónoma, y es más lógico incluirlo entre los privados, que se caracterizan, precisamente, por la no intervención de notario. Pero no podemos afirmar que el legislador obró acertadamente al dejar subsistente el testamento militar como forma autónoma, a pesar de haberlo enumerado entre los privados; al hacerlo así, introdujo confusión en el sistema del código, ya que al prescribir las formalidades a que debe sujetarse el otorgamiento en los casos comprendidos en el artículo 1565, tales formalidades son comunes para todos ellos. Es que el legislador no se atrevió a remover

el escollo que encontró en las dos formas tradicionales de testamentifacción de los militares, la oral y la escrita. Para obrar consecuentemente, los autores del código vigente, al dejar subsistente el testamento militar como forma especial autónoma, debían haber expresado en el capítulo del testamento privado, que se exceptúa aquel testamento de las disposiciones generales aplicables a éste. O bien, haberlo suprimido con su carácter de autónomo y sujetarlo, ya sea a las reglas propias, ya sea a las reglas comunes a la testamentifacción privada; y si se quería, en el caso de regirse por sus propias reglas, conservar la modalidad del otorgamiento en la forma escrita cerrada. En este punto, debemos hacer la siguiente observación: el código civil introduce una nueva modalidad dentro del testamento privado, la del privado cerrado, al considerar al testamento militar entre los que pueden pasarse en forma privada. Tal modalidad no constituye, considerada dentro del testamento militar como forma autónoma, un testamento ológrafo, así como tampoco un testamento cerrado común. No presenta los caracteres del primero, ni reúne las formalidades del segundo, porque el cerrado común es, precisamente, un acto público. Los códigos anteriores no consentían el otorgamiento privado en pliego cerrado, y el código de 1870, entre ellos, expresamente lo excluía. El código actual, consintiéndola, anula en parte la disposición contenida en el artículo 1566, que dice textualmente: "Para que en los casos enumerados en el artículo que precede (se refiere a los casos en que es permitido el testamento privado) pueda otorgarse testamento privado, es necesario que al testador no le sea posible hacer testamento ológrafo" Si a un militar le es posible otorgar su testamento en pliego cerrado, ante dos testigos, mas fácil le ha de ser otorgarlo ológrafo; y si es así, no le está permitido testar en forma privada.

Respecto del testamento marítimo, no pueden hacerse las mismas observaciones que con respecto al testamento militar, ya que el código civil reconoce funciones notariales al capitán de navío nacional, de guerra o mercante; pues el artículo... 1591 dá efectos legales a tal testamento desde el momento del fallecimiento del testador en el mar, o dentro de un mes en la situación prevista por tal artículo, y además no sujeta el testamento a las diligencias de elevación a escritura pública previstas en los artículos 1671 al 1578, aplicables al testamento militar.

La fracción IV del artículo 1565 dice: "Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra..." Es también conveniente la reforma de esta disposición, en la manera como se encuentra redactada, para acomodarla a la realidad militar actual. Los "asimilados" ya no existen; en su lugar, se encuentran los militares de servicio. Las leyes vigentes del fuero de guerra designan a unos y a otros con el nombre común de militares.

Hay además, en este caso del testamento privado, tal como se encuentra considerado en la fracción cuarta del artículo 1565, una facultad demasiado amplia. No por el solo hecho de hallarse un militar en campaña, puede verse en la imposibilidad de manifestar su última voluntad en forma pública. Tal como esta disposición está concebida, es un vestigio del testamento militar privilegiado. El riesgo en que el militar puede hallarse, ya sea militar de guerra o de servicio, depende, por una parte, de la comisión o el empleo que desempeña, y por la otra, de la mayor o menor proximidad a los puntos de peligro. Un enfermero en un hospital de sangre, se encuentra en mayor riesgo de perder la vida, indudablemente, que el jefe del cuerpo médico; el comandante de un pequeño destacamento, en el humilde caserío que resguarda y en donde es difícil encontrar un notario, se encuentra en la

imposibilidad absoluta de testar en la forma pública, y no se encuentra en la misma situación, un juez de instrucción, quien por lo común despacha en grandes centros de población. Es de modificarse, entonces, la disposición a que aludimos, expresando que tendrán la facultad de testar en la forma privada los militares que, en virtud del servicio o de la inminencia de una acción de guerra, se encuentren en riesgo constante de perder la vida; así como los prisioneros de guerra.

Y ya entrando a la consideración de las reglas particulares del testamento militar, diremos que el artículo 1582 da lugar a una grave situación en que puede comprometerse la autenticidad de dicho acto; al confiarse a la trasmisión oral de unas personas a otras, que a su vez las transmitirán a las autoridades encargadas de legalizar las disposiciones de última voluntad. Estas autoridades elevarán a escritura pública, de acuerdo con las reglas comunes al testamento privado, disposiciones quizá ya alteradas, no digamos por la mala fe de los encargados de darlas a conocer, sino por los distintos modos de apreciación de lo que se oye y se entiende.

Otro testamento especial considerado en el código civil es el hecho en país extranjero. Es por demás advertir, respecto de él que no presenta problema en cuanto a si es o no clasificable entre los testamentos privados ya que evidentemente, en cuanto a la autoridad ante la que se otorga, es un testamento público, pues el art. 1593 reconoce expresamente a los secretarios de Legación, Cónsules, y Vicecónsules mejicanos, funciones de notarios.

Los otros dos casos en que la ley civil concede la testamentifacción privada, se refieren exclusivamente a circunstancias de hecho independientes de la situación personal del testador. La fracción II del citado artículo 1565 permite el testamento privado: "Cuando no haya notario en la población o juez que actúe por receptoría". La fracción III: "Cuan-

do, aunque haya notario, o juez, en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento”.

Estas excepciones constituyen, sobre todo la tercera, por su desmesurada amplitud, los arcos de triunfo para la entrada del fraude y la simulación, en el campo de las manifestaciones testamentarias. Basta, suponemos, que su señoría el notario padezca una disentería, para que el testamento, que había de ser público, se convierta en privado.

No es posible, al considerar estos casos, desentenderse de lo que con referencia a las funciones notariales, dispone la Ley del Notariado y de lo que a su vez la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común prescribe en relación con las facultades de receptoría de los jueces. Examinándolas, podremos darnos cuenta del alcance y de la significación que en realidad tienen las excepciones que estudiamos. De las deficiencias con que el servicio notarial se encuentra organizado y reglamentado, en virtud de los ordenamientos citados, depende en mucho que las facultades concedidas a las personas en trance de testar no sean ocasión de captaciones de herencia o a que generalizándose su uso, se vuelva al tiempo, como lo temían Manresa y Navarro en España, de las cédulas y memorias testamentarias; cosa que, por lo demás, ya hemos experimentado en Méjico, y así lo revelan la ley 9, tit. 13, libro 1, la ley 32, tit. 1, libro 6 y la ley 83, tit. 15, libro 2 de la Recopilación de Indias, que ordenaban la abstención de los clérigos para intervenir en los testamentos de los indios, dejando a éstos en la mayor libertad de testar, y hacían referencia a la costumbre de hacer sus disposiciones de última voluntad en memorias testamentarias. Las facilidades dadas a los indios para testar, dieron pie a muchos autores para considerar los testamentos otorgados haciendo uso de ellas, como verdaderos testamentos especiales, a los que llamaron

“testamentos de indios” y los cuales podríamos tomar, en cierto modo, como antecedentes del testamento privado.

Pues bien, ni la Ley del Notariado ni la orgánica de los Tribunales del Fuero Común, en lo que les concierne, acuden eficientemente a auxiliar al código civil en el régimen de testamentifacción privada. La Ley del Notariado no prevé, cosa inaudita, el caso de no existencia de notario en un lugar; solamente dicta medidas para los casos de falta temporal o accidental de los notarios en los lugares de su residencia. Los artículos 47, 98, 106, 8, etc. contienen disposiciones para sustituir a los notarios en sus faltas por ausencia, licencia, enfermedad, impedimento, suspensión, etc. dentro de la Ley del notariado del 9 de enero de 1932. La Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común dá tan poca importancia a las funciones de receptoría de los jueces, que solamente se ocupa de tales atribuciones al tratar de los jueces menores en los territorios de la Baja California, y abandonando al Ejecutivo del territorio respectivo, la facultad de autorizar a dichos jueces menores, después de consultar el parecer del magistrado unitario, para ejercer en receptoría; con respecto a las faltas de dichos funcionarios judiciales en las funciones notariales, la ley guarda profundo silencio, lo mismo que con respecto de las mismas atribuciones de receptoría de jueces de primera instancia, menores y de paz en el Distrito Federal.

Con la facultad de testar en forma privada en los casos que estudiamos, el legislador ha tratado, evidentemente, de suplir la deficiencia que representa el sistema del código de 84, el cual reducía tal facultad, por motivo de la imposibilidad de la autorización notarial, a los casos de epidemia y de plaza en estado de sitio. Pero el actual código ha ido muy lejos; la facultad concedida ha rebasado los límites de lo racional y lo conveniente, al conceder a las personas que deseen testar, el hacerlo en forma privada por la sola razón de haber dificultad en que concurra el notario a autorizar el testa-

mento. La dificultad, por grande que sea, no justifica que se prescinda de las formalidades del testamento público. Si la dificultad es insuperable, se convierte en imposibilidad, y entonces se está dentro de los límites de lo racional; pero si solamente es temporal, y el estado del testador permite la asistencia notarial, desaparecida aquella, no se justifica la facultad legal de que hablamos. Si, por el contrario, el testador se encuentra en las situaciones de la persona en peligro de muerte inminente y próxima, o la del militar en campaña o prisionero de guerra, la autorización fundada en la imposibilidad de asistencia del funcionario, sale sobrando. En conclusión, el nuevo código fué acertado al generalizar los casos de imposibilidad de asistencia del notario a los otorgamientos testamentarios, pues existen multitud de ellos análogos al de epidemia y al del sitio, por lo que respecta a la incomunicación del lugar, como el de inundación u otras calamidades públicas.

Por lo que acabamos de ver, se puede afirmar que el sistema del código, en sí, y en relación con las leyes Orgánica de los Tribunales y la del notariado, es deficiente e imperfecto; lo primero, porque no considera casos a los cuales debe extenderse, también, la facultad del testamento privado, y lo segundo por la ineficacia con que se pretende garantizar la autenticidad del otorgamiento. Pero el demostrar esto último, será objeto del siguiente capítulo, en donde pronondremos las medidas que creemos sean eficaces para remediar el mal; con tal motivo estudiaremos también los requisitos propiamente de forma.

4.—El legislador, en la parte relativa al testamento privado, se encuentra frente al dilema casi insuperable de mantener la más absoluta libertad de testar exponiéndose a dejar la puerta abierta a las simulaciones y al fraude, dando las mayores facilidades para otorgar testamento privado, o de im-

poner tales y tan severas restricciones a tal facultad, para evitar los males apuntados, que se produzca una situación en la que prevalezca la sucesión intestada. Lo primero, como decimos, da lugar, como último resultado, por las captaciones de herencias, a lo mismo que el legislador pretende que no suceda: la preponderancia de la sucesión intestada sobre la testada; lo segundo, por camino distinto, también lleva a un estado de cosas en que prevalezca la sucesión intestada, cuando el Estado está resuelto a que ésta solo desempeñe un papel subsidiario. El problema asume desmesuradas proporciones, y por lo tanto, su solución se presenta excepcionalmente difícil, si se tiene en cuenta nuestra realidad social.

Nuestra sociedad, muy particularmente la porción indígena, vegeta en un caos jurídico; en situaciones de hecho jamás legalizadas. Al matrimonio sustituye el amasiato: en lugar de la filiación legítima existe la filiación natural, en ocasiones incestuosa: las operaciones contractuales no se hacen constar en documentos auténticos. Nada tiene pues, de extraño, que las herencias se transmitan abintestato y no por testamento: la indolencia y la incultura no lo permiten. Y menos extraño es todavía que cuando se hace testamento sea siempre en forma privada, y hecho en tal forma, constituya en multitud de ocasiones, simulaciones de personas interesadas en heredar al difunto, que se confabulan para confeccionar un testamento cuya redacción encomiendan a cualquier leguleyo. Basta con que en el momento de la diligencia de elevación a escritura pública, se presenten tres testigos, amigos o parientes de los interesados, a contestar algunas preguntas de pura fórmula ante un juez de antemano comprado, y con la asistencia virtual de un agente del ministerio público a quien vayan a sacar de alguna taberna, para que se consume el despojo de los herederos legítimos. Nos referimos ya a una ley de la Recopilación de Indias en la cual se

ordena se deje a los indios la mayor libertad para hacer sus testamentos, eximiéndolos de formalidades que dificultasen el otorgamiento y aun recomendando a los sacerdotes protectores se abstuviesen de intervenir en tales actos. Tenían para tales actos, mayores privilegios que los rústicos en España. Era suficiente con que se otorgasen los testamentos ante tres testigos, varones o hembras, sin el requisito de la vecindad ni de la rogación, y que se escribiesen por uno de los gobernadores. Las facilidades aludidas tendían a evitar o a remediar la situación irregular que hasta entonces prevalecía entre los indios, cual era la de que únicamente otorgaban sus últimas disposiciones en memorias testamentarias.

¿Cuál debe ser la solución que se dé al problema, de manera que, sin atacar a la libre testamentifacción, se eviten los inconvenientes de la testamentifacción privada? Desde luego, creemos, únicamente es posible resolver la cuestión en forma muy relativa, por las dificultades que presenta la realidad. Propondremos algunas medidas legislativas que, sin constituir grandes restricciones, permitan asegurar de mejor manera la autenticidad de las disposiciones testamentarias otorgadas en forma privada. Para proceder con orden, nos referimos sucesivamente a las medidas que pueden adoptarse en el Código Civil, en el de Procedimientos Civiles, en la Ley Orgánica, de los Tribunales del Fuero Común y la Ley del Notariado.

CODIGO CIVIL. En este ordenamiento, consideraremos a la institución del testamento privado en sí, y luego las disposiciones que establecen requisitos de forma. Reiteramos, desde luego, las observaciones hechas respecto a los casos en que se encuentra permitida la facultad de testamentifacción privada. Dijimos que la fracción primera del artículo 1565 reducía los casos de peligro de muerte tan próxima que no dé tiempo para que acuda notario, a los únicos de enfermedad.

La disposición debe quedar concebida en los siguientes términos: Artículo 1565.—El testamento privado está permitido en los casos siguientes: I.—Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta, o sea víctima de un accidente de tal manera grave, que no dé tiempo para que concurra notario a hacer el testamento. El término "violenta" denota tanto la violencia en el tiempo como la violencia en la intensidad, o sea la gravedad; por eso es que para la mejor redacción lo dejamos como único calificativo de "enfermedad".

Con respecto al testamento militar, optamos por suprimirlo como forma autónoma, pues no existe razón, aparte de la de carácter histórico para que subsista como forma autónoma; enumerándolo como se encuentra en el artículo 1565, y con la modificación que ya insinuamos, o sea la de que se reduzca la extensión de la facultad establecida, reduciéndola tal como lo impone el espíritu de la ley, a los casos de riesgo inminente de perder la vida, ya sea por la proximidad de una acción de guerra, un acto determinado del servicio, por encontrarse el militar gravemente herido, o en lugares de peligro; y en los casos aludidos debe también estar condicionada la urgencia a la posibilidad o imposibilidad de la concurrencia del notario. Puede, entonces, quedar la fracción IV del artículo citado, así: Cuando los militares, así de guerra como de servicio, estén en riesgo de perder la vida; por encontrarse heridos en el campo de batalla; o en los momentos que preceden a una acción de guerra; o por el acto de servicio que desempeñen; así como también cuando se encuentren prisioneros de guerra.

Quedando ya especificados los casos en que es permitido a los militares testar en forma privada, será suprimida la expresión de ellos, desde luego en el artículo 1579, que con el número que le corresponda, al ser incorporado al articulado del testamento privado, quedará reducido a la sola enunciación del requisito de forma. Dicho artículo dice: "Si el militar

o asimilado del Ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad . . .” Automáticamente desaparecerá también, por la misma razón, el artículo 1580, que dice: “Lo dispuesto en el artículo anterior, se observará, en su caso, respecto de los prisioneros de guerra.”

En artículo aparte, se prescribirá que para que los militares puedan hacer uso de la facultad concedida en el 1565, se requiere que en el momento de testar se encuentren en una localidad que carezca de notario o de autoridad con funciones de receptoría, o que existiendo en el lugar tales funcionarios, no sea posible que acudan oportunamente.

Las disposiciones particulares del testamento militar, pasarán, pues, a formar parte del capítulo dedicado al testamento privado, con las modificaciones que es pertinente introducir, a fin de asegurar, hasta donde sea posible, la autenticidad de dicho testamento.

Apuntamos ya la conveniencia de suprimir, como uno de los casos en que está permitido el testamento privado, el relativo a la gran dificultad para que concurren el notario o juez que actúe en receptoría; tal motivo no justifica, por sí solo, el que se prescindiera de las solemnidades de que la ley ha rodeado a un acto de tanta trascendencia como es la disposición de última voluntad.

Pensamos que no es necesario reformar en lo sustancial las demás disposiciones que se refieren a los requisitos de fondo.

Por lo que a requisitos de forma hay que atender, deben distinguirse dos momentos distintos en la testamentación privada: el del otorgamiento propiamente dicho y el de las diligencias judiciales para elevarlo a escritura pública. En cuanto a la forma del otorgamiento, tenemos que hacer muy impor-

tantes observaciones, que servirán de fundamento a otras tantas modificaciones en el sistema del código.

Para dar mayor unidad al sistema, conviene sujetar el otorgamiento del testamento militar a las formalidades comunes, excepción hecha de aquellas que, como la forma escrita en pliego cerrado deban conservarse como propias de la institución en vista de la calidad de la persona del testador. La forma oral nos parece excepcionalmente expuesta, no digamos ya a simulaciones, que por lo demás serían muy frecuentes, sino también a alteraciones. Confiar a la apreciación de personas rudas e ignorantes en la mayoría de los casos, la significación de las disposiciones mortis causa, es muy aventurado y ligero; el testimonio humano, de por sí, es inseguro y frágil, pues todos vemos y entendemos de distinto modo, según nuestras propias facultades. Se propone en esta tesis la completa supresión de la forma oral en la testamentifacción, como muy peligrosa y dada a alteraciones y a simulaciones. Como consecuencia, se exigirá siempre que uno, por lo menos, de los testigos sepa escribir; éste será el encargado de redactar el testamento.

Es extraño que, a pesar de ser el código de 1928 un código moderno, no se haya establecido, en materia de tanta trascendencia y tan carente de medios eficaces de prueba, como lo es el testamento privado el sistema de la impresión de las huellas digitales por todos aquellos que intervienen en su otorgamiento, sobre todo los que no saben escribir.

El testador, así como los testigos, tanto los que sepan como los que no sepan escribir, estamparán al pie del testamento sus huellas digitales.

Es de gran significación, también, por lo que se refiere a la seguridad de ser auténtico el testamento privado, la calidad personal de los testigos. Claro está, no vamos a proponer que sólo se permita ser testigos en los testamentos a las personas de gran prestigio y cultas; sería suprimir en absoluto la for-

ma privada en la testamentificación, ya que por lo regular se acude a ellos por las personas que viven al margen de la civilización, o en lugares alejados de los centros de población; pero si proponemos que por lo menos se prohíba la actuación como testigos a gentes de reconocida perversidad, cuando menos a los condenados por delitos que son de los que ordinariamente se cometen con motivo de los testamentos. La ley debe ser severa en lo que a idoneidad de los testigos se refiere. Cuando de gentes maleantes se trata, es legítimo poner en duda sus afirmaciones y temer el fraude y la simulación. Además de las cualidades requeridas para la idoneidad de los testigos de los testamentos en general, deben establecerse otras especiales para los privados. El artículo relativo a la idoneidad en general prescribe que serán inhábiles como testigos las personas condenadas por delito de falsedad. Nosotros creemos que deben ser también considerados como inhábiles, todos aquellos que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad.

Otra inhabilidad, de distinto carácter, pero que es preciso también establecer, es la del parentesco, cuando menos dentro del cuarto grado, entre los testigos: es fácil confabularse para urdir una farsa testamentaria, a personas ligadas por parentesco estrecho. Así es que puede formularse una disposición que establezca la inhabilidad para asistir como testigos al otorgamiento de un testamento privado, de aquellos que hayan sido condenados por delito contra la propiedad y del mismo modo, no se permitirá que sean testigos al mismo tiempo, dos o más personas ligadas por parentesco dentro del cuarto grado. Estas faltas de idoneidad, serán privativas de la testamentificación que estudiamos.

El testamento militar, ya que por lo que se refiere a las formalidades comunes a todos los privados, queda incorporado a las reglas generales para el otorgamiento; por lo que se re-

fiere a las formalidades especiales, pueden quedar consignadas en la forma siguiente:

Art.... En los casos a que se refiere la fracción cuarta del artículo 1565, el testador puede también otorgar testamento escrito en pliego cerrado que, firmado de su puño y letra entregará a dos testigos.

Art.... Tanto el testamento a que se refiere el artículo anterior como el dictado por el testador y redactado por uno de los testigos, será entregado por aquel en cuyo poder hubiere quedado, al jefe de la corporación, quien lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional, y ésta, a la autoridad judicial competente.

Las demás disposiciones relativas al otorgamiento, creemos no sea necesario modificarlas, como son las que se refieren al número de testigos.

El testamento privado, para ser válido, debe ser elevado a escritura pública, tal como lo disponen el artículo 1572 y siguientes. Por ser de gran importancia las diligencias que se llevan a cabo con motivo de la elevación a escritura pública del testamento privado, deben ser objeto de la atención más cuidadosa por parte del legislador, ya que por medio de ellas se va a establecer la autenticidad del acto.

El código civil dispone que la declaración de que los dichos de los testigos "son el formal testamento de la persona de quien se trate", será pedida por los interesados "inmediatamente después de que supieren la muerte del testador y la forma de su disposición". (artículos 1575 y 1573). El código de procedimientos civiles se refiere a los que tienen la facultad de promover las diligencias en cuestión, de la siguiente manera: "Artículo 885.—Es parte legítima para los efectos del artículo anterior: I.—El que tuviere interés en el testamento; II.—El que hubiere recibido en él algún encargo del testador". Como se ve, no existe acuerdo entre el código civil y el de procedimientos, en lo que respecta a quien debe con-

siderarse con derecho para promover la elevación del testamento a escritura pública. Aparte de los interesados, el segundo de los ordenamientos citados, concede tal derecho a los que hayan recibido algún encargo del testador.

Para evitar la confusión y las cavilaciones consiguientes al tratar de aplicar dichas disposiciones, creemos que el artículo 1573 debe ser modificado en el sentido de que la declaración a que se refiere será pedida por los herederos o legatarios instituidos, o por los que hayan recibido algún encargo en el testamento, inmediatamente después de que supieren la muerte del testador y la forma de su disposición.

Como puede ser frecuente el caso de que por ausencia o ignorancia de los parientes legítimos, o de parte de ellos, los demás parientes o los extraños se aprovechen de ellas para arrancar al testador, por cualquier medio, una disposición testamentaria, o simularla, es conveniente que se cite a dichos parientes para que comparezcan en las diligencias, a fin de que manifiesten su oposición si la hubiere.

Asimismo, para la perfecta comprobación de los casos considerados en las fracciones I y IV del artículo 1565, debe citarse a los médicos que atendieron al enfermo, accidentado o herido, a que dichas fracciones se refieren.

Dice el artículo 1574: "Los testigos que concurren a un testamento privado deberán declarar circunstanciadamente:

I.—El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento;

II.—Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;

III.—El tenor de la disposición;

IV.—Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquiera coacción;

V.—El motivo por el que se otorgó el testamento privado;

VI.—Si saben que el estador falleció o no de la enfermedad en que se hallaba, o en peligro.”

Es preciso, para la debida comprobación de los casos previstos por las fracciones II y III del artículo 1565, o sean los relativos a la no existencia de notario, o a la imposibilidad de que concurra al otorgamiento, que se intercale otra fracción, después de la V, en el artículo 1574, que diga: “Si se hicieron diligencias para que concurriera el notario o la autoridad que actúa en receptoría.”

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.—En este ordenamiento, hay que referirse exclusivamente al Capítulo I del Título Décimocuarto, que se denomina “Declaración de ser formal el testamento privado”. En él se establece el procedimiento que se ha de seguir en jurisdicción voluntaria para la elevación del testamento privado a escritura pública. De las disposiciones que contiene, las que interesan a nuestro estudio por las modificaciones que hay que introducir en ellas por virtud de las observaciones hechas, son las siguientes:

Artículo 884.—A instancia de parte legítima formulada ante el tribunal del lugar en que se haya otorgado, puede declararse formal el testamento privado de una persona, sea que conste por escrito o sólo de palabra en el caso del artículo 1568 del Código Civil.

En vista de que propusimos la completa sunresión del testamento oral, proponemos, consecuentemente, la reforma de este artículo, el cual quedará concebido en los siguientes términos: “A instancia de parte legítima ante el tribunal del lugar en que se haya otorgado, puede declararse formal el testamento de una persona.” Ya vimos a quienes considera el código como parte legítima: los interesados y los que hayan recibido en el testamento algún encargo del testador. Bajo tal concepto, no es posible considerar como parte legítima,

para los efectos del testamento militar, a la Secretaría de la Defensa Nacional. Es preciso, entonces, adicionar el artículo que consideramos, en la forma siguiente: Se considera parte legítima, en el caso del testamento militar, a la Secretaría de la Defensa Nacional."

Y es necesario, todavía, agregar al artículo en cuestión una segunda parte. Como ya indicamos la conveniencia de que se cite a los parientes para que manifiesten su conformidad u oposición con respecto al testamento que se presenta para su adverbación, con el objeto de evitar el despojo de aquellos que tendrían derecho a la legítima en caso de haber muerto realmente intestado el autor de la sucesión, en la segunda parte que proponemos se prescribirá que al hacer su solicitud, la parte promovente ponga en conocimiento del juez los nombres y domicilios de los parientes en la línea recta, del cónyuge supérstite, etc. Es decir, que para evitar inútiles repeticiones, se ordene que lo prescrito en los artículos 799, segunda parte, 800, 802, 807 y 808, relativos a los intestados, sean aplicables, en lo conducente, a la materia que tratamos. Si surgiere oposición de parte de los parientes, se estará a lo dispuesto en el art. 896, que prescribe, para el caso de oposición en las diligencias de jurisdicción voluntaria, se siga el juicio contradictorio que corresponda. Además de la designación de los parientes, el promovente tendrá obligación de indicar al juez el nombre y el domicilio del médico que atendió al enfermo en los casos del testador muerto de enfermedad violenta, o de accidente grave, o herido siendo militar, para que sea citado a efecto de que declare sobre la veracidad de la causa de la muerte.

Artículo 886.—Hecha la solicitud, se señalarán día y hora para el examen de los testigos que hayan concurrido al otorgamiento.

Debe adicionarse tal disposición con la frase "y del médico que haya asistido al testador en los casos de las fracciones I y IV del artículo 1565". "Así como para oír a los parientes citados".

LEY DEL NOTARIADO.—Es de recomendarse que en esta ley se suplan las deficiencias de que adolece, como la ya indicada de que no atiende a la debida sustitución de los notarios en los lugares donde no los hay, por las autoridades judiciales, que son las más indicadas para desempeñar funciones de receptoría.

LEY ORGANICA DE LOS TRIBUNALES DEL FUERO COMUN.—Este ordenamiento, de igual modo, descuida el eficiente y bien organizado servicio de receptoría, al tratar de las atribuciones de los jueces. Para los territorios federales, por ejemplo, donde es más necesario ese servicio, solamente se concede la facultad de actuar en receptoría a los jueces menores, supeditándola, todavía, a lo que sobre el particular dispongan los gobiernos de dichos territorios. Sería conveniente que la facultad en cuestión se hiciera extensiva a los jueces de paz de los lugares donde no existen jueces menores.