

des expresadas en la sección 5.^a, tít. 3.^o, lib. III del Código, que prescribe el art. 699.

Está fuera de duda que este requisito no representa en el Código una reminiscencia, ni menos una reproducción del *unitas contextus* —noción compuesta de las tres unidades de *asunto*, sin que pudiera entremezclarse, ni por incidencia, otro alguno, so pena de nulidad de todo lo hasta entonces hecho, de *lugar* y de *tiempo*, que eran su consecuencia— del Derecho romano, como circunstancia *formal* indispensable para la validez de los testamentos, como lo era para la de las leyes, de cuya paridad de origen con la primitiva forma de testar *in comitiis calatis* se mantuvo por espíritu de respeto al mismo en el Derecho romano, la solemnidad de *unidad de contexto*, á pesar de los cambios sucesivos por que pasaron las formas de testar y de la pérdida de su consideración como institución de Derecho público, que primitivamente tuvieron, á la esfera del Derecho privado, en el cual entraron y quedaron consolidadas después. Ni siquiera se pudieron entender así con tan extraño sentido nuestras leyes antiguas, inspiradas en el Derecho romano, como ocurrió con las de Partida, al prevenir la regla de que, «los omes que quieran fazer sus testamentos, pues que los han començados ante los testigos, que non metan entre medias otros fechos extraños fasta que los ayan acabados. Fuera ende si lo ouiesen á facer por cosa que non pudiessen escusar, assí como el dolor de la enfermedad los cuytasse en aquella sazón; ó si ouiesen entonces grand menester de comer, ó de ueuer, ó de venir á fazer otra cosa que naturalmente non se pudiesse deella escusar ca por qualquier de estas razones bien podría el facedor del testamento partir mano de la que auía començado, fasta que aquel embargo passasse, e de si tornar lo acabar» (1).

Tampoco puede subsistir la idea del requisito de la *unidad de contexto*, en el sentido estricto de solemnidad de sus gérmenes históricos, después que la ley única, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá (2), transformó por modo más espiritual el sistema de testamentifacción en el Derecho de Castilla; y aunque algunos quieren ver una mayor inclinación al sentido estricto del primitivo Derecho romano en este punto en los textos de las leyes de Enjuiciamiento civil (3), que decían, el primero y «en un solo acto», y el segundo «hayan oído», refiriéndose á testigos y notarios, en su caso *simultáneamente* en boca del testador, todas las disposiciones que querían se tuviesen como su última voluntad, bien lo manifestara de palabra, bien leyendo ó dando á leer alguna nota ó memoria en que se contuviese», es evidente que estos textos legales no previe-

(1) L. 3.^a, tít. 1.^o, Part. VI.

(2) L. 1.^a, tít. 18, lib. X.

(3) Arts. 1.853 y 1.893.

nen otra cosa, sino lo que se refiere á la verdad y á la integridad de la manifestación testamentaria, que pide condiciones de *unidad* en el momento de su otorgamiento ó expresión formal y definitiva, pero que no puede traducirse por un requisito esencial de *solemnidad* ni menos comprensivo de las operaciones ó preliminares por que puede pasar la preparación del testamento.

En efecto: cosa muy distinta es esto de considerar la *unidad de acto*, en el sentido puramente *formalista* de la primitiva confección romana, ó el estimarlo como una condición racionalmente esencial ó indispensable de la *unidad de acto* y de *integridad del testamento*, lo mismo en su sentido que por la completa manifestación del testador, sin interrupciones que destruyan la obra de la totalidad de su pensamiento, que en la justificación del mismo, mediante el testimonio conjunto y simultáneo que lo garantice, no sólo con referencia á una misma afirmación de la verdad de aquél, prestada sucesivamente por cada uno de los testigos y Notario que han de acreditarla, sino que su testimonio sea conjunto y se preste en relación á un mismo tiempo en que, todos reunidos, hayan presenciado aquella declaración de la última voluntad del testador en todos sus extremos; porque de otra suerte, en lugar de ser una *prueba conjunta* de solemnidad tasada y prevenida por la ley en el número y calidad de los testimonios y con el carácter colectivo y simultáneo de los mismos, podría ser sustituido por una serie de pruebas singulares de otros tantos testimonios que aseguren haber oído cada uno separadamente, y sin la menor discrepancia entre ellos, que era una misma y determinada la última voluntad del testador.

Aunque sumados los elementos pudiera parecer igual el resultado de justificación que se obtiene, hasta entonces no se habría ofrecido sino la verdad de un propósito revelado individual y separadamente á varios, aunque con absoluta igualdad por el testador; pero no cosa semejante al *otorgamiento de un testamento*, en el cual se cumplieran las solemnidades de conjunto, que, por lo mismo, han de concurrir simultáneamente, é implica de modo inexcusable esa unidad de acto esencial, la cual comprende tan sólo, y no puede menos de comprender, la declaración de la voluntad del testador, consistente en dos hechos: la lectura en alta voz del proyecto de testamento redactado por el notario y la manifestación de conformidad del testador, así como la firma del testamento por testigos, testador y notario. Si por todos estos hechos se entiende lo que pudiéramos decir *otorgamiento del testamento*, en ellos es indudable que aun la condición de *unidad de acto* se impone; pero no afecta para nada á su validez en todos aquellos, aunque relativos á la formación de un testamento, que no sean los indicados que empiezan en la lectura y concluyen en la firma del mismo.

En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal

Supremo, no obstante los variados juicios de interpretación que se hicieron de los artículos 696, 694 y 695 (1) y de los cambios de redacción de

(1) Sent. de 5 de Junio de 1894, esencialmente reproducida por la de 18 de Junio de 1896, insertas en el núm. 8 de este capítulo.

En la Memoria formulada por la Presidencia de la Sala de lo civil y elevada al Gobierno por la del Supremo, correspondiente al año 1903, se discurre, acerca de este importante tema, en los siguientes elocuentes términos:

«Sobre el alcance é inteligencia del art. 695 del Código ha tenido ocasión este Tribunal de sentar doctrina *importantísima*, que tiende á evitar la eficacia que pudiera darse á los testamentos improvisados ú otorgados por sorpresa en los últimos momentos de un moribundo. La ley no prohíbe el otorgamiento de testamentos en tales instantes, ó sea cuando es muy racional suponer que el paciente, en semejante situación, aunque goce más ó menos de sus facultades intelectuales, no ha de tener, por regla general, la tranquilidad de espíritu necesaria para pensar en las cosas terrenas, bien por razón de la enfermedad, bien por las consideraciones que el trance en que se encuentra le sugiera, y esto obligará á pensar si para los testamentos así otorgados podría y debería exigirse mayores garantías; pero la ley no distingue para todos, sin distinción de tiempos, salvo los extraordinarios ó privilegiados; requiere las mismas condiciones de solemnidad, y esto supuesto, *no es mucho exigir que tales condiciones sean especialmente aquilatadas cuando se trate de testamentos otorgados á última hora*. Entre ellas se encuentra la de que el testador ha de expresar su última voluntad al notario y á los testigos, para que luego se redacte conforme á ella, y es esta condición *tan esencial*, como que revela la espontaneidad y firme voluntad del testador, como que sin ella podría darse el caso más fácil y frecuente cuando el testador es un moribundo, de que se le presentase un testamento redactado á espaldas suyas, con buena ó mala intención, para que, así extendido, manifestase si contenía su voluntad y si estaba conforme con ella. *No basta esto con arreglo á la ley escrita*. Del testador ha de surgir libre y espontáneamente la intención de testar, y sea por escrito, sea oralmente, ha de manifestar previamente al notario y testigos, como expresión de su última voluntad, los propósitos que abrigue de la distribución que haya de hacerse de sus bienes para después de su muerte, porque así es como ha de constar legal y racionalmente su verdadera y reflexiva resolución, garantía á la vez de la madurez de su pensamiento, y porque la ley así lo exige, aparte la superior razón que abona este requisito, es por lo que, cuando en un testamento se deja absolutamente de hacer constar esta circunstancia, y no sólo se omite, sino que de sus términos mismos resulta más bien que se ha prescindido de tan esencial condición, *procede la declaración de su nulidad*, no sólo como homenaje debido al derecho positivo, al derecho constituido, sino para que la previsión del legislador no quede burlada y se dé más fácilmente de lo que ordinariamente puede suceder el caso de que aparezca, por una mera rectificación, como expresión indudable de la voluntad de un testador lo que sin su conocimiento haya sido escrito, quizás apremiados sus autores por las exigencias y apuros de unos últimos momentos.

»Un caso de esta naturaleza es el que se resolvió por el Tribunal Supremo en sentencia del pasado año judicial, en el que se trataba de un testamento otorgado por una anciana poco antes de morir, en el que nada aparecía, nada se consignaba referente á expresión hecha por la testadora de su voluntad previa de testar, y si únicamente que el notario requerido al efecto se constituyó en la casa llevando el testamento redactado, sin que tampoco la sentencia estimase probado hecho alguno relativo á los antecedentes de tal testamento. Resultaba, pues, omitida en él una de las circunstancias más esenciales que el legislador justísimamente ha exigido para que los testamentos puedan ser reconocidos como válidos, y este Tribunal hubo de declarar la nulidad de dicho

que fué objeto el 696, comparados los textos de ambas ediciones oficiales del Código.

No es contraria, tampoco, á esa *unidad de acto*, cuando la interrupción puede ser motivada por algún accidente pasajero, fórmula más ó menos fiel de excepción que emplea el Código al determinar que no sea lícita ninguna interrupción, lo cual no es cosa equivalente ó absolutamente igual á que la interrupción produzca nulidad, si bien esa debió ser la mente de redacción de este pasaje del art. 699, que explicamos.

17. La fe del notario, *al final* del testamento, «de haberse cumplido todas las dichas formalidades y de conocer al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso», es prescripción del segundo párrafo del mismo art. 699, que no concuerda con el asunto del primero, ya explicado, y bien pudo ser objeto de artículo aparte. Su inteligencia ha suscitado dudas, más que por los testimonios en que se halla concebido, por el influjo de textos legales análogos, por el fin, de otros Códigos y opinión de reputados comentaristas extranjeros. El Código francés, por ejemplo (1), refiriéndose á esta fe notarial, comprensiva de todos esos extremos, dice: «*il est fait du tout mention expresse*»; así es que comentaristas y Tribunales han entendido generalmente, y con razón, que, según los términos del precepto legal, es indispensable que el notario enumere una á una las formalidades y requisitos exigidos por la ley y dé fe expresa de haberse cumplido cada una de ellas. En igual sentido se pronuncia Díaz Ferreira, comentando el Código portugués, fundándose en que si no se emplea este pormenor y enumeración detallada de haberse cumplido dichas formalidades, mencionando cada una de ellas, bajo la fe notarial con que el testamento se termina, y se deja reducido este extremo á una mención general de haberse cumplido *todas ellas*, esta fórmula, lo mismo se empleará cuando así haya sido efectivamente que cuando se haya omitido el cumplimiento de alguna, puesto que falta esta especie de recuento y comprobación última de cada una de ellas, y entonces la fórmula carece de las garantías y no realiza los fines para que fué establecida.

No creemos aplicable este criterio estricto y detallado al texto legal del segundo párrafo del art. 699 de nuestro Código, que ahora explicamos, ni á sus concordantes 685, 686 y 695 de aquél, y entendemos, por el contrario, es preciso distinguir, y que son extremos que exigen mención especial del notario, los siguientes:

testamento, pues lo menos que puede exigirse en ellos respecto de semejante circunstancia es que los notarios, bajo su fe pública y en conciencia den testimonio de que se han cumplido, que no ha habido sorpresa alguna, que el testador ha mostrado su resolución firme y deliberada de testar en los términos por la ley prevenidos.»

(1) Art. 972, pár. 4.º

1.º La capacidad legal necesaria para otorgar testamento que á su juicio tiene el otorgante, puesto que el párrafo tercero del art. 695 dice, respecto de este requisito: «el notario hará siempre constar».

2.º La declaración del testador de que «si no sabe ó no puede firmar, lo hará por él y á su ruego uno de los testigos instrumentales ú otra persona», puesto que añade el segundo párrafo del art. 695: «dando fe de ello el notario».

3.º Igual supuesto respecto de los testigos, en cuanto el Código expresa: «lo mismo se hará cuando uno de los testigos no sepa firmar».

4.º Conocimiento del testador ó de los testigos que lo suplan que exige el art. 685, y que el 699, en el final del segundo párrafo, dice: «el notario dará fe... y de conocer al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso»; que es una referencia, para el solo efecto de esa mención especial de fe por parte del notario, respecto á esta circunstancia singular exigida por el 685 y completada, en cuanto á la fe especial del notario respecto de ella, en el 699.

Fuera de estos *cuatro* extremos, que exigen mención y fe especiales del notario, circunstanciada y expresa, acerca de cada uno de ellos, los términos en que se halla redactado el segundo párrafo del art. 699, en el que se lee: «el notario dará fe, *al final* del testamento, de haberse cumplido *todas* las dichas formalidades», y mucho más yendo unido por conjunción copulativa el particular relativo á la mención expresa, antes indicada, respecto del conocimiento del testador ó de los testigos que lo suplan, no autorizan á entender que también respecto de cada una de ellas se vuelva á hacer mención especial, lo mismo de las cuatro antes indicadas, que así está expresamente prevenido en diferentes artículos del Código, que de todas las demás que no son objeto de tal prevención especial y sí sólo del precepto genérico del segundo párrafo del art. 699, de dar fe el notario de haberse cumplido *todas* las dichas formalidades. Bastará, respecto de ellas, á nuestro juicio, que se preste la fe del notario, *en forma general*, sin detallar nuevamente la mención de cada una de esas formalidades cumplidas, lo cual, por exceso de reglamentación, ó había de ser estéril, si nada significaba, ó, de llevarse á todo rigor, constituiría una fórmula peligrosísima, por dar ocasión á motivos de *nulidad* por la falta de mención individual y expresa de todas y cada una de las formalidades y de su cumplimiento en esta parte final del testamento, que, además, resultaría duplicada y recargada en su redacción.

Y debe advertirse que, siendo exigencia legal indelible el cumplimiento de todas las solemnidades establecidas por el Código, si bien no ha de entenderse que el cumplimiento de cada una de ellas se haga constar clara y concretamente, bastando que se deduzca del sentido de las palabras, según lo tiene declarado la jurisprudencia—Sent. de 24 Diciembre 1896—, será necesario é indispensable para la validez del testamento

que el notario haga constar, dando fe de ello, que en el otorgamiento del mismo se han cumplido todas las formalidades exigidas por la ley, sin que pueda eludirse precepto tan categórico y terminante como el del art. 699, á pretexto de que puede ser deducido claramente del contenido de la disposición testamentaria que se han observado las solemnidades legales, sin que, por tanto, se requiera de un modo preciso la declaración notarial sobre ese extremo.

25. Al establecer el art. 687 que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo, no parece hacer otra cosa sino aplicar el principio general de *nulidad de los actos jurídicos*, formulado en el art. 4.º del Código, que declara que «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez».

En otro lugar de esta obra explicamos dicho art. 4.º (1), y á partir de esta referencia de doctrina, que damos aquí por reproducida, es indudable, dados los términos indistintos y categóricos en que se halla concebido el art. 687, la generalidad de la palabra *formalidades* y la referencia que hace á las respectivamente establecidas en este *capítulo*, no en esta *sección*, que es la tercera, de la cual es el último artículo, sino en todo el cap. 1.º del tít. 3.º, lib. III, que abraza las *tres secciones* expresadas y además otras *siete*, formando las *diez* el contenido de todo el capítulo aludido, que bajo la palabra «formalidades» se comprenden, no sólo todos los requisitos de forma, más ó menos importantes, que en el Código se registran para el testamento *abierto*, sino cuantos demás requisitos de aplicación común, de forma ó de fondo, se derivan del resto de esas disposiciones de *todo* el cap. 1.º, el cual comprende, desde el art. 662 hasta el 743, dentro de cuya enumeración van incluidas muchas doctrinas, bien de carácter *común*, relativas á la testamentifacción activa ó pasiva, bien de índole y de aplicación *especiales* á otras formas de testamento que no es el *abierto*, al cual está dedicada, especialmente, la *sección quinta* de este capítulo, en cuyos arts. 694 á 705, no se lee ninguno que establezca la *fórmula especial* de nulidad respecto del testamento abierto, como la establece respecto del cerrado el 715; de donde resulta que la *nulidad del testamento abierto* no tiene regla especial y se resuelve por el criterio general para toda clase de testamentos del art. 687, en que se lee, «será nulo el testamento», sin distinguir su especie de abierto, cerrado, etc.

Á pesar de la generalidad de términos con que aparece consignado el principio de *nulidad* por inobservancia de *cualquiera* de las formalidades establecidas, respectivamente en las *diez secciones* del capítulo indicado, pugna con el buen sentido que la inobservancia de una forma-

(1) Núms. 61 y 62, cap. 19.º, t. II, 2.ª edic.

lidad, cualquiera que sea la mayor ó menor importancia de la misma, tenga el alcance de producir, *en todo caso*, la nulidad del testamento; porque tal criterio aumentará las contingencias de esa nulidad, á nombre muchas veces de infracciones verdaderamente insuficientes, por insignificantes, para producir tan grave y perturbador resultado. Á pesar de que la letra del artículo no autoriza distinción en este racional sentido entre las diferentes especies de testamentos, la jurisprudencia, en la sentencia de 16 de Febrero de 1891 y en la de 4 de Abril de 1895, estableció que «no infringe el precepto de este artículo (el 687) la sentencia que deriva la nulidad de un testamento *ológrafo* combatido por no haberse salvado por el testador bajo su firma las palabras tachadas, enmendadas ó entrerrengonadas, en el supuesto de ser ésta una de las formalidades exigidas en dicha clase de testamento, pues dicha infracción puede afectar á la validez y eficacia de las palabras que en dichas circunstancias se hallaron, pero no al testamento mismo» (1).

Pretendiendo fijar el sentido de la jurisprudencia acerca del criterio de nulidad de los testamentos, en la interpretación y aplicación de este importante art. 687, relacionado con los 685 y 686, son de singular valía ciertos pasajes de la Memoria elevada por la Presidencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo en 1901, al Gobierno, en la que se lee:

«No se puede desconocer, pues la experiencia de multitud de casos sometidos á los Tribunales lo revela, que en muchos de ellos se luchó por los particulares con el convencimiento de que se defiende la voluntad conocida del testador, pretendiendo subordinar á esta voluntad conocida, reglas de formalidad establecidas, precisamente, para garantizarla, no siendo raro que alguna vez haya influido en los mismos Tribunales tal consideración para decidir la cuestión de validez que se les ha sometido á su jurisdicción; pero una vez más he de repetir lo que en Memorias anteriores he indicado, y *es que para el legislador son las formas de los testamentos tan esenciales, que de nada sirve poder acreditar cumplidísimamente por cuantos medios reconoce nuestro Derecho y por todos juntos reunidos, no ya la intención, sino la voluntad expresa de una persona respecto del destino de sus bienes para después de su*

(1) Si bien el notario autorizante de un testamento abierto debe en el estricto cumplimiento de su deber consignar en el mismo quiénes de los testigos instrumentales conocen al testador, esta omisión no basta para declarar nulo el testamento, si puede entenderse suplida por la declaración que haga dicho funcionario en términos generales de dar fe de haberse llenado todas las formalidades legales en un solo acto y de lo demás que queda relacionado, entre las cuales formalidades se halla la de que dos de los testigos conozcan al testador, sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda haber incurrido por los perjuicios que puedan sufrir los herederos en el caso de promoverse pleitos ó cuestiones por dicha omisión.—Res. Dic. gen. Reg. 26 Mayo 1899.

muerte, si no se consigna de alguna de las maneras establecidas en la ley, si al emplear éstas no se observan todos y cada uno de los requisitos establecidos, pues mientras tanto, para el legislador, la manifestación de la voluntad no es sino la manifestación de una intención que necesita inscribirse y registrarse, digámoslo así, para adquirir verdadero carácter de *voluntad legal*. Este es el criterio que preside al precepto del art. 687 del Código, según el que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivas establecidas, y este es el mismo criterio con que el Tribunal Supremo ha procurado resolver reiteradamente todas las cuestiones de esta índole que le han sido propuestas. Bastaría para ello que tal fuese el criterio legal, pero es que también es el más racional, porque si desaparecida la persona del testador fuese lícito abrir juicio para debatir lo que quiso hacer de sus bienes y derechos, si se relajasen las condiciones de garantía de que se hallan revestidos los diversos testamentos, quedaría abierta honda brecha en los preceptos que regulan la sucesión testada é intestada, por donde la codicia y la mala fe intentarían frecuentemente el asalto de los bienes relictos, una vez desamparada con la muerte su defensa por aquel cuya voluntad expresa ó presunta se invocara. Ciertamente es que alguna vez ha tenido esta Sala que resolver si en determinado caso se debían entender legalmente cumplidos los requisitos que el Código señala á los testamentos, según su clase; pero esta es una cuestión de índole diversa que en nada afecta á la unidad é inmutabilidad de criterio con que la antes expuesta ha sido siempre resuelta. Ahora bien, con arreglo al mismo, en el caso á que se refieren las presentes observaciones, entendió el Tribunal que el notario no había observado, según lo antes expuesto, en el otorgamiento del testamento, los requisitos respectivamente establecidos en los arts. 685 y 686 del Código, y tuvo, consiguientemente, que declarar su nulidad, al tenor de lo preceptuado en el 687, ya que no hay el menor fundamento para suponer que hay errata alguna en la redacción del art. 685, como arbitrariamente supuso la Audiencia de Sevilla.»

Á diferencia de los categóricos términos en que está concebida la doctrina de nulidad, con cierto carácter estrictamente *legal* en la transcrita Memoria anterior, parece algo relajado este criterio en la primera de las declaraciones contenidas en la sentencia de 30 de Abril de 1909 (1), al expresar «que si bien, á tenor de lo dispuesto en el art. 687 del Código civil, será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas, *se impone, según regla de su criterio, dada la naturaleza y significación de aquél, tener en cuenta la índole de dichas formalidades para seguir, con relación á su trascendencia, el límite dentro del cual puede conceptuarse cum-*

(1) Inserta en el núm. 10 de este capítulo.

plido, armonizando así la voluntad conocida de un testador con los requisitos externos de su expresión».

Lo señalado en cursiva tiene realmente mucha substancia y responde, sin duda, á un criterio *constituyente*, inspirado en un elevado concepto doctrinal, pero dista mucho de ajustarse al sentido de declaraciones anteriores de la jurisprudencia (1), y mucho menos al que reafirman los pasajes transcritos de la citada Memoria del digno Presidente de aquel Tribunal; pero todavía pugna más con el criterio legal ó *constituido* del propio art. 687, que se interpreta y aplica. Con ello se puede dar lugar á que si prevalece en la jurisprudencia el sentido de la sentencia según la declaración que de la misma se inserta, *resulte derogado y sustituido el texto legal del art. 687*, que podrá ser más ó menos plausible, pero es claro y terminante, y, á nuestro juicio, desde luego preferible, sistemático y en armonía con la naturaleza de la materia, siempre que la palabra «formalidades» que emplea sea entendida como sinónimo de *solemnidad* ó requisitos formales, exigidos para la validez de un testamento, sea la que fuere su mayor ó menor importancia, que en el orden legal á todos debe atribuirse la misma, por un criterio verdaderamente *discrecional*, mediante el cual corre peligro la integridad de la doctrina desde el momento en que se autorice á los Tribunales á introducir el elemento de juicio de esa que se llama vagamente «*naturaleza y significación*» de aquel art. 687, facultándoles para «tener en cuenta la *indole* de dichas formalidades», es decir, admitiendo categorías y distinciones entre ellas, con relación á su *trascendencia*, y «para seguir los Tribunales el *límite*»—esto es, uno ú otro criterio, según los casos—«dentro del cual pueda *conceptuarse cumplida*—parece que se refiere á la *formalidad* de que se trate, y aunque no lo esté estrictamente—, armonizando así la voluntad conocida del testador con los requisitos externos de su expresión», lo cual pugna manifiestamente con aquellas otras declaraciones de sentencias y Memorias, que gráficamente distinguen entre lo que puede tomarse como *intención* de un testador, mediante la prueba y certeza de su verdad y lo único que debe reputarse con verdadero carácter de *voluntad legal*».

26. En resumen de explicación de este art. 687, entendemos que si, en efecto, sus términos generales y las palabras que emplea comprenden y alcanzan á todo género de requisitos de *forma* de los respectivamente prevenidos para las distintas especies de testamento, el sentido que inspira el artículo, dado el lugar que ocupa en el Código y su manifiesta generalidad comparada con otros especiales que existen en este mismo capítulo respecto de nulidad de otras formas determinadas de testar, hacen de este precepto una regla general de nulidad por motivos de fondo y de forma para todo testamento en que se cometa infracción de las

(1) Que se insertan en el lugar oportuno de este capítulo.

reglas legales bajo una ú otra consideración de las comprendidas en las diez secciones del capítulo primero; y, por consiguiente, que es también aplicable al testamento abierto, que carece de regla especial en que se declare su nulidad.

27. En cambio, el art. 705 parte del supuesto de que se haya declarado nulo el testamento abierto por no haberse observado las formalidades establecidas para cada caso, y hace de esto base para determinar que el notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, ó de negligencia ó ignorancia inexcusables.

En la forma transcrita fué modificada la primitiva redacción de este artículo 705, igual á la que ya tenía en el proyecto de Código de 1882, según la que el notario era, *en todo caso y sin limitación alguna*, responsable de los daños y perjuicios causados por la declaración de nulidad de un testamento en el que hubiese intervenido. Lo arbitrario é injusto de esta disposición se evidenciaba con sólo su enunciado, y, en virtud de las observaciones que en este sentido se hicieron en las Cortes, fueron añadidas las últimas palabras del artículo que examinamos, con las cuales la responsabilidad del notario se redujo á los casos en que «la falta procediere de su malicia ó de negligencia ó ignorancia inexcusables». Redactado en estos términos el precepto, es evidente su justicia y no exige grandes comentarios para su explicación. Es justo que el notario responda de todos los perjuicios causados por una falta imputable al mismo; así se establece también en el art. 9.º de la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874; dicha falta puede proceder de malicia, es decir, ser intencional, con lo que podría trascender de la esfera de la responsabilidad civil á la de la criminal, incurriendo en la comisión de uno ó de varios delitos previstos y castigados en la ley penal; ó puede tener su origen en la negligencia ó ignorancia inexcusables, teniendo presente que esta ignorancia será la de *hecho*, puesto que la de *Derecho* es inexcusable siempre, y mucho más tratándose de un funcionario público que debe conocer las leyes que son por su parte objeto de aplicación casi diaria, por regular el ejercicio de su ministerio, y en cuanto á la negligencia, dentro de ella está comprendida la *culpa* á que se refiere el art. 1.902 del Código civil.

Claro es que el calificativo *inexcusables* se refiere solamente á la negligencia y á la ignorancia, y no á la malicia, como pretende algún comentarista (1), pues esta última nunca puede tener motivos que la disculpen en cuanto se basa en la mala fe, que es inexcusable, y por su naturaleza, punible origen de responsabilidad.

(1) G. Mucius Scævola, ob. cit., t. XII, pág. 507.