

A efecto de evitar que quede frustrada la voluntad del testador, por ignorar sus herederos que hubiere otorgado su testamento, ordenan los artículos 3,765 y 3,766 del Código, que el notario que hubiere autorizado un testamento abierto ó la entrega de uno cerrado, instruya á los interesados con la brevedad posible, luego que sepa la muerte del testador, bajo la pena de pagar los daños y perjuicios que cause la dilación; y que lo mismo debe hacerse cuando alguno tenga en su poder un testamento cerrado.¹

Finalmente: previendo el caso en que los interesados estén áusentes ó sean desconocidos, ordena el artículo 3,767 del mismo Código, que la noticia antes referida se comunique al juez.²

1 Arts. 3,496 y 3,497, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,498, Cód. Civ. de 1884.

II.

DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

Después de establecer el Código Civil las reglas generales que rigen á todos los testamentos, fija las que corresponden á cada una de las especies que se conocen de éstos, comenzando por el testamento público ó abierto, que, antes de ahora, era también conocido con el nombre de *nuncupativo*.

El testamento abierto es, según el artículo 3,754 del Código Civil, aquel en el cual hace constar el testador su última voluntad, manifestándola en presencia de las personas que deben autorizar el acto.¹

Pues bien, las reglas que establece el Código respecto de esta especie de testamento, tienen por objeto determinar las solemnidades y requisitos que garanticen que contienen la expresión fiel y verdadera de la última voluntad del testador.

El artículo 3,768 del Código Civil, ordena que el testamento público abierto se dicte de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el notario; y que éste redacte las cláusulas y las lea en voz alta, para que el testador manifieste si está conforme; y que si lo estuviere firmen todos el instrumento, asentándose el lugar, la hora, el día y el año en que hubiere sido otorgado.²

Si el testador fuere enteramente sordo, pero supiere leer, debe dar lectura á su testamento para cerciorarse que contiene la expresión exacta de su voluntad; y si no supiere ó no

1 Art. 3,485, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,499, Cód. Civ. de 1884.

pudiere hacerlo, debe designar una persona que lo lea en su nombre; pues como dice Díaz Ferreira, comentando el artículo 1,917 del Código Portugués, de donde está tomada la regla que antecede, sancionada por el artículo 3,772 de nuestro Código Civil, la lectura hecha por tercera persona da más garantía que la hecha por el notario, porque no es fácil que esté coludida con éste para que uno no escriba lo que se le dicte y el otro no lea lo que debiera estar escrito.¹

Aunque el artículo 3,772 del Código no lo dice, creemos que el testador sordo no puede encargar la lectura del testamento á alguno de los testigos, porque la función del lector que desempeña en lugar de aquél ó del notario es incompatible con el cargo de testigo, que tiene por la ley otra misión que ejercer.

En efecto: la misión de los testigos es, como hemos dicho antes, garantizar con su presencia el cumplimiento de todas las formalidades establecidas por la ley y la libre expresión de la voluntad del testador; y tal es el motivo por el cual no le es permitido firmar en lugar de éste, cuando no puede hacerlo ó no sabe escribir, sino que debe intervenir otro testigo más que ha de firmar á su ruego, según expresamente lo ordena el artículo 3,770 del Código Civil.²

En confirmación de lo expuesto viene también el artículo 3,771 del mismo Código que declara, que en caso de extrema urgencia, y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales; haciéndose constar esta circunstancia.³

Es decir, que la ley quiere que siempre y en todo caso desempeñen las funciones exclusivas que les ha confiado, y que no permite que ejerzan alguna otra distinta de ellas.

1 Art. 3,503, Cód. Civ. de 1884; Tomo I. pág. 339.

2 Art. 3,501, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,502, Cód. Civ. de 1884.

De los términos del artículo 3,771 del Código, se infiere que no basta para la validez del testamento que se otorgue ante el notario y los tres testigos mencionados, sino que es además necesaria la concurrencia de los testigos instrumentales, esto es, de las dos personas que, conforme á la ley orgánica del Notariado, deben concurrir con el notario al otorgamiento de todo instrumento público.

El Código prevé el caso en que no sea posible obtener testigos que reúnan todos los requisitos que ella exige, y por tal motivo establece en el artículo 3,769, que si alguno de los testigos no supiere escribir, debe firmar otro de ellos por él; pero cuando menos deberá constar la firma entera de dos testigos.¹

Esta es una excepción establecida por la ley en beneficio del testador y para aquellos casos urgentes en que la premura del tiempo no permite buscar otro testigo que sepa escribir; pues no sería justo que por tal motivo se anulara el testamento, quitando á la voluntad del testador, clara y libremente expresada, todo valor jurídico.

Pero tal excepción está permitida á condición de que uno de los otros testigos firme por el que no sabe escribir, y se haga constar esta circunstancia por el notario; pues la falta de la firma de uno de los testigos y de la constancia mencionada, produciría la nulidad del testamento.

Todas las formalidades que hemos enumerado se han de practicar acto continuo, y el notario debe dar fe de que se han llenado; pues si falta alguna de ellas, queda el testamento sin efecto, y aquel funcionario es responsable de los daños y perjuicios, é incurre además en la pena de pérdida de oficio (arts. 3,773 y 3,774, Cód. Civ.)²

La práctica acto continuo de las mencionadas formalida-

1 Art. 3,500, Cód. Civ. de 1884.

2 Arts. 3,504 y 3,505, Cód. Civ. de 1884.

des es lo que constituye la unidad llamada de *contesto*, ó unidad del acto, que, como hemos dicho, consiste en la práctica no interrumpida de aquéllas.

No debe entenderse esta justa exigencia de la ley en términos estrictos y rigurosos, pues lo que ésta quiere es que no se interrumpa la confección del testamento para otorgar otro ó una escritura de compra-venta, etc.; pero no impide que se suspenda aquélla algunos instantes para satisfacer una necesidad urgente, por ejemplo, administrar una medicina al testador que se halla enfermo, ó para darle un poco de reposo.¹

Esta teoría está fundada no sólo en la opinión unánime de los autores, sino también en los preceptos del derecho Romano, como puede verse en la ley 28, lib. IV, tít. IV, del Código de Justiniano, y en los de nuestra antigua legislación, pues la ley 3^a, tít. 1^o, Partida VI dice, refiriéndose á la unidad del acto necesaria para la validez del testamento: «Fueras ende, si lo ouiesen (los testadores) a facer por cosa que non pudiessen excusar, asi como si el dolor de la enfermedad los cuytase en aquella sazón; si ouiesen entonce gran menester de comer, ó de beuer, o de venir a facer otra cosa, que naturalmente no pudiessen excusar. Ca por cualquier de estas razones, bien podria el facedor del testamento partir mano de lo que había comenzado, fasta que aquel embargo passasse, e de si tornar lo acabar.»

El notario debe dar fe, para dar un carácter de autenticidad completa al acto, que todas las formalidades prescritas por la ley fueron cumplidas; y por lo mismo, debe especificarlas, pues si se limitase á decir que tales formalidades se cumplieron, sin mencionarlas circunstanciadamente, no habría la seguridad de que se observaron una por una.

¹ Laurent, tomo XIII, núm. 416; Demolombe, tomo XXI, núm. 390; Aubry y Rau, tomo VII, § 671, pág. 138; y todos los autores.

Además, la falta de alguna de las referidas solemnidades produce la nulidad del testamento, como hemos visto, y no puede probarse que no faltó ninguna, si no es que el notario certifique, mencionándolas una por una, que todas fueron cumplidas.

Resumiendo lo expuesto, resulta que el testamento público abierto debe otorgarse con las siguientes solemnidades, bajo la pena de nulidad:

- 1^o Dictado de su última voluntad por el testador al notario, en presencia de tres testigos:
- 2^o Redacción por escrito del testamento por el notario:
- 3^o Lectura del testamento en voz alta por el notario, para que el testador manifieste si está conforme con él:
- 4^o Firma del testamento por el testador los testigos y el notario:
- 5^o Expresión del lugar, del día, hora, mes y año en que se otorga el testamento:
- 6^o Expresión de la circunstancia de haber firmado otra persona por el testador por imposibilidad ó por no saber escribir:
- 7^o La misma expresión cuando alguno de los testigos no supiere escribir:
- 8^o Certificación del notario de que el testamento se otorgó en un solo acto y de que se llenaron todas las formalidades exigidas por la ley, enumerándolas.

Todas estas exigencias, todas estas formalidades, no tienen otro objeto que garantizar la autenticidad de la voluntad del testador y evitar que sea suplantada fraudulentamente por el notario ó con otras personas coludidas con él.