

## III.

## DEL TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.

El testamento cerrado es aquel, según se infiere de los términos del artículo 3,755 del Código Civil, que se otorga presentando el testador al notario, delante de los testigos que designa la ley, un pliego cerrado en el cual asegura se halla contenida su última voluntad.<sup>1</sup>

La naturaleza peculiar de este testamento ha producido la necesidad de que la ley someta su validez á la concurrencia de los siguientes requisitos especiales:

1º Que se haga por escrito y que esté firmado por el testador si sabe y puede hacerlo:

2º Que, cerrado, y sin dar á conocer su contenido, se presente á un notario ante tres testigos:

3º Que sobre la cubierta del testamento consten la fe que el notario da de la presentación y las firmas de éste, del testador y de los testigos.

El primer requisito fué establecido por la legislación Romana y reproducido por la española, pues la ley 1ª, tít. 1º, Partida VI dice, refiriéndose al testamento cerrado, llamado *in scriptis*, y á la forma de su otorgamiento: «E sin non supiere (el testador) ó non pudiere escrebir, bien lo puede facer otro por mandado del;» y la ley 2ª repite, «que el testador debe escrebir el testamento, e si non llamar qualquier, en quien se fie e mandégelo escrebir.»

La facultad á que se refieren estos preceptos ha sido expresamente sancionada por el artículo 3,775 del Código Ci-

<sup>1</sup> Art. 3,486, Cód. Civ. de 1884.

vil que declara, que el testamento cerrado puede ser escrito por el testador ó por otra persona á su ruego y en papel común.<sup>1</sup>

Este precepto deja al testador la más amplia facultad para otorgar su testamento, y por tanto, puede escribirlo él mismo, hacerlo escribir por otro ó por otros, y firmarlo solamente; y ni aun sobre la elección de la persona que pueda escribir, señala restricción alguna; puede, en fin, valerse de un hombre, de una mujer ó de un niño.<sup>2</sup>

En consecuencia, podemos establecer que el testamento cerrado se puede escribir por dos personas distintas, y aun por el heredero ó legatario instituídos en él; pues siendo permitido al testador hacer escribir su testamento por la persona que juzgue á propósito, la ley no limita el número de personas ni establece nada acerca de la que haya de escribirlo; y es sabido que es lícito y permitido todo aquello que la ley no prohíbe expresamente.<sup>3</sup>

Además, debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si no supiere ó no pudiere, podrá rubricar y firmar otra persona á su ruego; pero en tal caso la persona que haya rubricado y firmado por el testador, debe concurrir con él á la presentación del pliego cerrado, y el testador debe declarar que aquella persona rubricó y firmó en su nombre (arts. 3,776 y 3,778, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

De lo expuesto se infiere, que se pueden verificar tres hipótesis respecto de la escritura del testamento:

<sup>1</sup> Art. 3,706, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Dalloz, Repertoire, V. Dispositions testamentaires, núms. 3,249 y 3,240; Marcadé, tomo IV, núm. 42; Toullier, tomo V, núm. 466; Troplong, Des Donations, tomo III, núm. 1,620; Laurent, tomo XIII, núm. 291; Thiry, tomo II, núm. 408; Aubry y Rau, tomo VII, § 671; Demolombe, tomo XXI, núm. 333; Baudry Lacantinerie y Collin, tomo II, núm. 2,123.

<sup>3</sup> Rolland de Villargues, Dictionnaire, V. Testament, núm. 254; Gutiérrez Fernández, tomo III, pág. 149, y los autores citados.

<sup>4</sup> Arts. 3,507 y 3,509, Cód. Civ. de 1884.



1ª Que el testador escriba, rubrique y firme las hojas y el pie del testamento:

2ª Que el testamento sea escrito por tercera persona y firmado y rubricado por el testador:

3ª Que el testamento sea escrito y firmado y rubricado por tercero á ruego y por encargo del testador, por no saber firmar ó por imposibilidad para hacerlo.

Pero hay que advertir que en la última hipótesis permite la ley que otra persona rubrique y firme el testamento en nombre del testador, sólo en el caso de que no pueda ó no sepa hacerlo éste: de donde se infiere que, si sabe y puede firmar, no tiene facultad para dejar de hacerlo y autorizar otra persona para que rubrique y firme en su nombre, y que si tal hiciere será nulo el testamento.

Es también condición indispensable en esta hipótesis, sin la cual sería nulo el testamento, que el testador presente éste al notario concurriendo con la persona que rubricó, y firmó en su nombre, y que declare que ésta ejecutó tales actos y que firme con ella, si ha cesado la imposibilidad que tenía, en la cubierta del testamento, ante dicho funcionario.

Fácilmente se comprende que la firma al calce del testamento y la rúbrica en cada una de sus hojas tienen por objeto darle autenticidad al documento y evitar que se suplante la voluntad del testador. Pero á nuestro juicio solamente la firma es esencial para la validez del testamento, y por tanto, la falta de la rúbrica en cada una de las hojas no produce su nulidad, como procuraremos demostrarlo después.

El segundo de los requisitos indicados es creación del derecho Romano, del cual pasó á nuestra legislación antigua y al Código Civil; y tiene por objeto darle autenticidad al testamento, mediante la fe del notario y la intervención de los testigos, para evitar los fraudes.

El acto de la presentación al notario en presencia de los

testigos, constituye la solemnidad del testamento cerrado, y le confiere el carácter de autenticidad que resulta necesariamente del reconocimiento positivo que en ese acto hace el testador del mismo testamento.

Antes de la presentación es un simple proyecto, pues ella es la que le imprime el carácter de un verdadero testamento; sin que por esto deba entenderse que esa misma solemnidad constituye por sí misma el otorgamiento de la última voluntad, porque es solamente la declaración solemne que hace el testador de que el pliego cerrado que presenta contiene su testamento.

De donde se infiere que la presentación del testamento al notario, en presencia de los testigos, es un acto absolutamente distinto del testamento.

En efecto: el testamento cerrado se compone de dos partes distintas; una que contiene la expresión de la última voluntad y que es obra del testador; y la otra que consiste en la acta que levanta el notario haciendo constar el hecho de la presentación del testamento ante él y los testigos con las formalidades requeridas por la ley para garantizar su identidad.

La presentación y el testamento son, pues, dos actos distintos que no deben confundirse, porque el primero es un acto público, recibido por el notario en presencia de los testigos; y el segundo un acto secreto, cuyas disposiciones son, por regla general, ignoradas del notario y los testigos. Estos y el notario no son testigos del testamento, sino de su presentación y de la declaración hecha por el testador, acerca de que el pliego que presenta contiene su última voluntad, pero que no contiene ninguna disposición.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Dalloz, Repertoire, V. Dispositions Testamentaires, núm. 3,228; Toullier, tomo V, núm. 464; Thiry, tomo II, núm. 407; Baudry Lacantinerie y Collin, tomo II, núm. 2,128.



De esta distinción se infiere la consecuencia importante de que el testamento propiamente dicho no está sujeto á ninguna solemnidad que sea esencial, y cuyo defecto produzca su nulidad; sino que depende, de la manera más absoluta, de la voluntad del testador, darle la forma que mejor le parezca, escribirlo personalmente, valiéndose de otra persona, cualquiera que ella sea, para que lo escriba, en todo ó en parte, sin otra restricción que la de firmar al calce del testamento, y si no pudiere ó no supiere, que otra persona lo haga á su ruego, circunstancia que debe hacer constar con el firmante al presentar el pliego cerrado al notario.

Por el contrario, el acto de la presentación debe estar revestido de todas las solemnidades requeridas por la ley, y la ausencia de alguna de ellas invalida el testamento, según expresamente lo declara el artículo 3,788 del Código Civil; y el notario es responsable de los daños y perjuicios é incurre en la pérdida de oficio.<sup>1</sup>

Las solemnidades á que se refiere el precepto citado son las siguientes:

1.<sup>a</sup> El papel en que esté escrito el testamento, ó el que le sirva de cubierta, debe estar cerrado y sellado, ó lo debe hacer cerrar y sellar el testador en el acto de la presentación (art. 3,778, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

2.<sup>a</sup> El testador debe presentar el testamento al notario, en los términos indicados, en presencia de tres testigos (art. 3,779, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

3.<sup>a</sup> Al hacer la presentación debe declarar el testador, que en el pliego que exhibe está contenida su última voluntad (art. 3,779, Cód. Civ.):<sup>4</sup>

1 Art. 3,515, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,509, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,510, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,510, Cód. Civ. de 1884.

4.<sup>a</sup> El notario debe dar fe del otorgamiento, expresando las formalidades enunciadas, y asentar esa constancia en la cubierta del testamento, que llevará la estampilla del timbre correspondiente; y debe ser firmada por el testador, si supiere ó pudiere, y en caso contrario, por otra persona en su nombre y en su presencia, los testigos y el notario, quien además debe poner su sello (arts. 3,780 y 3,782, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Hay que advertir que ninguno de los testigos puede firmar en nombre del testador, y que si alguno de ellos no supiere firmar, se debe llamar otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia, de modo que siempre haya tres firmas (arts. 3,781 y 3,782, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Sin embargo, esta regla sufre excepción en caso de suma urgencia, pues entonces puede firmar uno de los testigos, ya sea por el que no puede hacerlo, ya por el testador; pero el notario tiene obligación de hacer constar expresamente esta circunstancia, bajo la pena de suspensión de oficio por tres años (art. 3,783, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Todos estos requisitos son de tal manera necesarios, que la falta de algunos de ellos produce un vicio capital en el testamento y lo invalida; pues en tanto se reputa el testamento cerrado como la voluntad del testador, en cuanto así lo declara solemnemente ante el notario y los testigos, y se evitan los medios de una suplantación dolosa, que no es la expresión de esa voluntad. Si no media la solemnidad requerida por la ley; si se dejan las puertas abiertas al fraude, omitiendo los medios de precaución que exige, falta absolutamente la seguridad de que el testamento contenga la

1 Arts. 3,511 y 3,513, Cód. Civ. de 1884. Reformado el primero de estos preceptos en lo que se refiere á la sustitución del papel sellado por las estampillas del timbre correspondiente.

2 Arts. 3,512 y 3,513, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,514, Cód. Civ. de 1884.



expresión de la deliberada voluntad del testador, y por lo mismo, no se le debe reputar como tal.

Además de los requisitos expresados es necesario que la presentación del pliego cerrado y sellado que contiene el testamento se haga, como hemos dicho, al notario ante tres testigos, y que ese funcionario levante el acta respectiva en un solo acto y sin interrupción alguna, esto es, debe practicar las diligencias que le encomienda la ley de continuo, que es lo que en el tecnicismo del derecho se designa con el nombre de unidad de contesto.

Este requisito es tanto más necesario en el testamento cerrado cuanto que en él es más fácil la suplantación de la voluntad del testador, sustituyendo el pliego que la contiene por otro; y tal peligro se hace más difícil cuando no se llenan todas las formalidades acto continuo y sin interrupción alguna.

Por regla general, son hábiles para otorgar testamento cerrado todos aquellos que lo sean para disponer de sus bienes por acto de última voluntad. Sin embargo, la ley ha establecido las siguientes excepciones, que se derivan de la naturaleza peculiar de esa especie de testamento:

1.<sup>a</sup> Los que no saben ó no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado (art. 3,784, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> Los sordo-mudos que no saben leer y escribir.

La primera excepción se ha establecido para que si el testador no sabe ó no puede escribir y ocurre al servicio de otra persona para que le escriba el testamento, pueda asegurarse de que ha sido consignada con toda exactitud su última voluntad, y para que pueda presentar lo escrito al notario y los testigos, afirmando con toda conciencia que contiene sus últimas disposiciones.

<sup>1</sup> Art. 3,515, Cód. Civ. de 1881.

De esta consideración infieren los autores que la ley entiende por saber leer, la facultad del testador de leer la letra manuscrita; y en consecuencia, que los individuos que no saben ó no pueden leer manuscritos no pueden hacer testamento cerrado.<sup>1</sup>

En consecuencia, podemos establecer que no pueden otorgar testamento de esta especie las personas que no saben leer y aquellas que, habiendo aprendido, han perdido esa facultad á causa de una enfermedad, como los ciegos.

Pero el debilitamiento que en la vista produce la edad en los ancianos, no impide á éstos otorgar testamento cerrado; porque no basta que el testador tenga dificultad para leer para que sea incapaz de disponer de sus bienes en la forma indicada, sino que es necesario que esté afectado de una imposibilidad absoluta.<sup>2</sup>

En cuanto á la segunda excepción, la ley la limita por la misma causa que la primera, á los sordo-mudos que no saben leer y escribir, y por lo mismo, les permite otorgar testamento cerrado, llenando los requisitos siguientes:

1.<sup>o</sup> Que el testamento esté todo escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario ante cinco testigos escriba á presencia de todos sobre la cubierta, que en aquel pliego se contiene su última voluntad, y va escrita y firmada por él (art. 3,785, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

2.<sup>o</sup> Que el notario declare en el acta de la cubierta, que el testador lo escribió así, llenándose los demás requisitos que para el otorgamiento de los testamentos cerrados exige la ley (art. 3,785, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

3.<sup>o</sup> Que si el testador no puede firmar la cubierta lo haga

<sup>1</sup> Laurent, tomo XIII, núm. 424; Demolombe, tomo XXI, núm. 393; Duranton, tomo IX, núm. 135, etc.

<sup>2</sup> Laurent, loco citato.

<sup>3</sup> Art. 3,516, Cód. Civ. de 1884.

<sup>4</sup> Art. 3,516, Cód. Civ. de 1884.



otra persona en su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos, si no es en caso de suma urgencia, lo cual hará constar expresamente el notario, bajo la pena de suspensión de oficio por tres años (art. 3,786, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Todos estos requisitos tienen por objeto acreditar la autenticidad del testamento y la capacidad legal del testador para disponer de sus bienes; pues siendo un requisito indispensable que aquél declare ante el notario y los testigos que el pliego que presenta contiene su última voluntad, y no pudiendo hacer esa declaración oral, ha sido preciso sustituirla por la escrita, que produce el mismo efecto que aquélla.

Además, no siendo posible saber si la inteligencia del testador se halla sana, y si tiene pleno conocimiento de lo que hace, la exigencia de la ley obligándole á escribir de su puño y letra todo el testamento, presta ocasión para descubrir si tiene capacidad para testar.

Todos los comentaristas del Código Francés, cuyo artículo 979 sanciona los mismos principios y exige los mismos requisitos para la validez de los testamentos cerrados otorgados por los sordo-mudos, sostienen que entre ellos se exige uno, cuya necesidad no está justificada ni puede justificarse de ninguna manera. Tal requisito, que consiste en la necesidad, ó más bien dicho, en la obligación que tiene el testador de fechar el testamento, es estimado por los autores innecesario, porque ninguna relación tiene con la enfermedad del testador, y porque si no es un requisito esencial para la validez del testamento cerrado que otorga cualquiera otra persona, supuesto que se hace constar la fecha en la acta de presentación al notario y los testigos, no hay

<sup>1</sup> Art. 3,517, Cód. Civ. de 1884.

una causa suficiente que obligue á exigirlo cuando el otorgante es sordo-mudo.<sup>1</sup>

El que sólo sea sordo ó sólo mudo, puede hacer testamento cerrado, según el artículo 3,787 del Código Civil, á condición de que esté escrito de su puño y letra; ó si ha sido escrito por otro, lo anote así el testador, y firme la nota de su puño y letra, sujetándose á las demás solemnidades precisadas para esta clase de testamentos.<sup>2</sup>

Creemos que el precepto indicado establece un principio notoriamente racional y justo, pero que no se halla en perfecta armonía con aquellos que se refieren al testamento cerrado del sordo-mudo, los cuales estimamos de severidad inusitada.

¿Qué razón existe para que el mudo que oye pueda otorgar su testamento cerrado haciendo que otra persona lo escriba, y para que el sordo-mudo no pueda usar de la misma facultad?

En vano se buscará la razón de la diferencia, pues el mismo motivo que existe para que se autorice al que sólo es mudo para que otorgue su testamento escrito por otra persona, haciéndolo constar así por medio de una nota firmada de su puño y letra, existe también para que el sordo-mudo gozara de igual facultad.

Podrá objetarse que este último carece del oído, y por lo mismo su inteligencia y sus ideas son más limitadas; pero la misma razón podría alegarse para prohibirle la facultad de otorgar testamento cerrado; pues el hecho de que lo escriba de su puño y letra no demuestra por sí sólo que sus conocimientos y sus ideas hayan tenido el desarrollo que en el común de los hombres.

<sup>1</sup> Laurent, tomo XIII, núm. 422; Demolombe, tomo XXI, núm. 405; Baudry Lacantinerie y Collin, tomo II, núm. 2,070, etc., etc.

<sup>2</sup> Art. 3,518, Cód. Civ. de 1884.