

La verdad es que no puede justificarse de ninguna manera la diferencia que el Código establece entre los sordomudos y los que sólo son mudos; y que si éstos tienen facultad de otorgar testamento cerrado escrito por otra persona, de la misma facultad deberían disfrutar aquéllos.

Hemos dicho antes que, á nuestro juicio, solamente es esencial, para la validez del testamento cerrado la firma del testador, y por tanto, que la falta de la rúbrica en la hoja de aquél no produce su nulidad. Pues bien, esta teoría es de muy fácil demostración, por más que parezca contraria al artículo 3,788 del Código, que declara, que el testamento cerrado que carece de alguna de las formalidades á que se refieren los preceptos anteriores, es nulo.²

En efecto: por formalidades, palabras que emplea el artículo 3,788 del Código Civil, se entienden las condiciones, términos y expresiones que se requieren para que un acto ó instrumento público sea válido ó perfecto; y como instrumento público es todo escrito autorizado por un funcionario público, en los negocios concernientes á su empleo, ó lo que es lo mismo, el documento otorgado con las solemnidades correspondientes, ante el escribano público, autorizado para dar fe del acto; se infiere que las formalidades á que se refiere el precepto mencionado son, jurídicamente hablando, las condiciones y solemnidades necesarias para que un instrumento sea válido y perfecto.²

Vienen en apoyo de esta tesis los siguientes conceptos de Manreza y Reus, quienes refiriéndose á los instrumentos públicos dicen: «Ya hemos indicado antes que escrituras públicas son todas las que se otorgan ante escribanos, legalmente autorizados para ello, *las que son fechas por mano de escribano público*; como dice la ley 1^a, tít. 18, Parti-

1 Art. 3,519, Cód. Civ. de 1884.

2 Esriche, Diccionario, V. Formalidades; Manreza y Reus, tomo II, pág. 252.

da III, y tienen por objeto consignar un contrato, un testamento, ó cualquiera otro de los actos que los hombres celebran en ejercicio de sus derechos civiles. Pero no basta que la escritura sea otorgada ante escribano público para que se tenga por pública, á fin de que produzca los efectos de tal; es absolutamente indispensable que haya sido otorgada, *con arreglo á derecho*, con las solemnidades y circunstancias que las leyes exigen para su validez.»¹

Si el testamento cerrado no es un instrumento público antes de su presentación al notario y los testigos; si adquiere esa calidad por la declaración que el testador hace de que el pliego que exhibe contiene su última voluntad y la fe que el notario debe dar del otorgamiento, asentando la respectiva constancia sobre la cubierta, con las formalidades legales; y si, por último, éstas se refieren á la declaración del testador, y al modo de cerrar y sellar el testamento; es claro que las formalidades á que se contrae el artículo 3,788 del Código Civil, cuya omisión castiga con la pena de nulidad, son las que se refieren á la solemnidad del acto notariado, del acto por el cual se convierte el proyecto de testamento, hecho por el testador, en un instrumento público.

Además, la letra de ese precepto, que por su extrema sencillez y claridad no necesita interpretación, demuestra con toda evidencia que la sanción penal que trae consigo no se refiere de ninguna manera á las omisiones del testador, sino á las del notario, á quien constituye responsable de los daños y perjuicios y le impone la pena de la pérdida de oficio.

Entender ese precepto de otra manera, es atribuirle un carácter absurdo y notoriamente injusto, porque es supo-

1 Tomo II, pág. 254.

ner que castiga en la persona del notario la omisión del testador, la cual le es imposible evitar, supuesto que, siendo el testamento cerrado, ignora su contenido y las irregularidades con que haya sido expresada su última voluntad.

Se podrá objetar en contra, diciendo que el artículo 3,664 del Código Civil, dice que es nulo el testamento cuando se otorga en contravención á lo dispuesto en el título III, libro IV del mismo Código; y como el artículo 3,776, comprendido en el capítulo III del título y libro citados, previene que las hojas del testamento cerrado estén rubricadas por el testador, se infiere lógicamente que es nulo el testamento al cual le falte ese requisito.¹

Pero esta consecuencia es falsa, porque el artículo 3,664 contiene una regla general, aplicable á todos los testamentos, modificada por el artículo 3,788 que señala los límites, esto es, los únicos casos en que es aplicable á los testamentos cerrados. De donde se infiere que no se puede considerar, respecto de éstos aisladamente, la regla contenida en el primero de dichos preceptos, sino concordada con el segundo.

Que así debe ser, nos lo demuestra el hecho de que lo mismo acontece respecto del testamento público abierto, pues el artículo 3,774 señala los casos en que es nulo ese testamento, y la pena en que incurre el notario por la nulidad, sin que en los demás capítulos del Código, que se refieren á la forma de los demás testamentos, se encuentre un solo precepto que tenga igual sanción.²

Resumiendo lo expuesto, resulta que el artículo 3,664 contiene una regla general para todos los testamentos, y que los artículos 3,774 y 3,788 contienen las excepciones de esa regla, en los testamentos públicos abiertos el primero, y

¹ Arts. 3,471 y 3,507, Cód. Civ. de 1884.

² Art. 3,505, Cód. Civ. de 1884.

en los cerrados el segundo, limitándola á los actos notariados, á las formalidades y requisitos esenciales para la validez del testamento público, y por tanto, que [no es cierto que la falta de rúbrica del testador, en cada una de las hojas del testamento importe la nulidad de éste.

Esta consecuencia se hace más perceptible, si se considera que la rúbrica del testador no es de esencia del testamento cerrado, sino un requisito secundario que tiene por objeto proporcionar un medio más de seguridad contra las suplantaciones.

De otra manera resultaría que la circunstancia verdaderamente secundaria, que en nada afecta á la esencia del testamento, sería bastante para invalidar á éste, á pesar de que en él se hubieren observado todas, sin excepción alguna, las solemnidades legales, y que sería nulo y de ningún valor, aunque apareciera escrito de puño y letra del testador, firmado por él, en el pliego cerrado y sellado, y con la constancia de la fe del notario, sobre la cubierta, subscripta por él, los testigos y el testador, de la declaración hecha ante ellos, de contener su última voluntad el indicado pliego, si falta su rúbrica en todas ó en alguna de las hojas.

La ley no ha querido semejante consecuencia, y sólo ha señalado sanción penal para las solemnidades que son esenciales para la validez del acto notariado, que da al testamento cerrado el carácter de escritura pública.

Cerrado y autorizado el testamento, se debe entregar al testador, poniendo el notario razón en el protocolo del lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fué autorizado y entregado. La omisión del requisito enunciado, no anula el testamento; pero hace incurrir al notario en la pena de suspensión de oficio por seis meses (arts. 3,789 y 3,790, Cód. Civ.).¹

¹ Arts. 3,520 y 3,521, Cód. Civ. de 1884.

Esta excepción á la regla general, comprendida en el artículo 3,664, se explica fácilmente, si se tiene en cuenta que la razón en el protocolo no es de esencia del testamento, que éste está contenido en la cubierta que lleva el acto notariado, subscripto por el testador, el notario y los testigos, y que la anotación del protocolo ni le quita ni le da eficacia alguna á ese acto, y sólo sirve para investigar, en caso necesario, el paradero del testamento.

El testador puede conservar el testamento en su poder, ó darlo en guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en el archivo judicial; y en este último caso, debe presentarlo al encargado de esa oficina, quien debe hacer asentar en el libro que con ese objeto ha de llevar, una razón del depósito y entrega, que firmará con el testador, á quien dará copia autorizada de ella (arts. 3,791 y 3,792, Cód. Civ.).¹

La presentación y el depósito se pueden hacer también por procurador, con poder en forma, que debe hacerse constar en escritura pública, circunstancia que debe constar en la nota respectiva; y el poder debe quedar unido al testamento (arts. 3,793 y 3,795, Cód. Civ.).²

El testador puede, personalmente ó por medio de procurador, retirar cuando le parezca su testamento; pero la devolución debe hacerse con las mismas solemnidades que la entrega, asentándose en el libro respectivo razón de la devolución, que debe ser firmada por el encargado del archivo y el testador ó su apoderado, con la debida expresión de que éste tiene poder otorgado por escritura pública (arts. 3,794 y 3,795, Cód. Civ.).³

La Exposición de motivos justifica los preceptos relativos al depósito del testamento cerrado en los términos si-

1 Arts. 3,522 y 3,523, Cód. Civ. de 1884.

2 Arts. 3,524 y 3,526, Cód. Civ. de 1884.

3 Arts. 3,525 y 3,526, Cód. Civ. de 1884.

guientes: “Como en algunos casos podrá ser útil al testador, para mejor asegurar el secreto de sus disposiciones y evitar las asechanzas de los que intenten sustraerla ó descubrirla, tener el testamento depositado en lugar público, se dan reglas pormenorizadas, se determinan por quién y con qué carácter se puede hacer el depósito; el lugar donde éste se ha de hacer, el modo de retirarlo cuando así convenga al testador, y por último, los requisitos del poder, así para la entrega como para la extracción del testamento.”

Creemos que además de la razón de conveniencia, por el secreto del testamento, hay otra no menos poderosa que justifica los principios que establece el Código respecto del depósito en el archivo judicial, que se funda en la seguridad que por este medio obtiene el testador, evitando que se pierda el testamento, accidente tanto más lamentable y de más graves consecuencias, cuanto que, á diferencia del testamento abierto, cuyo original queda en el protocolo del notario ante quien se otorga, del cual se pueden tomar cuantas copias fueren necesarias, del cerrado sólo queda una simple acta de presentación, se ignora su contenido, y es imposible reponerlo en caso de extravío.

Invadiendo el Código Civil el terreno que es propio del Código de Procedimientos, establece las reglas y solemnidades que se deben observar en la apertura del testamento cerrado, necesarias para su protocolización y para que alcance la categoría de un documento público, las cuales vamos á exponer brevemente.

El testamento cerrado debe ser presentado al juez de primera instancia, quien desde luego debe llamar á su presencia al notario y á los testigos que concurrieron á su otorgamiento, á fin de que reconozcan sus firmas y la del testador ó la de la persona que por éste hubiere firmado, y

declaren si en su concepto está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega. Sin llenar este requisito no puede ser abierto el testamento (arts. 3,796 y 3,797, Cód. Civ.).¹

Si no pudieren comparecer todos los testigos por muerte, enfermedad ó ausencia, basta el reconocimiento de la mayor parte y del notario; y si por iguales causas no pueden comparecer el notario, la mayor parte de los testigos ó ninguno de ellos, el juez lo debe hacer constar así por información testimonial, como también la legitimidad de las firmas, y que en la fecha que lleva el testamento, se encontraban aquéllos en el lugar en que éste se otorgó. Pero en todo caso, los que comparezcan deben reconocer sus firmas (arts. 3,798 á 3,800, Cód. Civ.).²

Complementando el Código de Procedimientos las reglas anteriores ordena, que reconozcan separadamente sus firmas y el pliego que contenga el testamento, estando presente el Ministerio público, y que practicadas las diligencias enunciadas, el juez, en presencia del notario, de los testigos, del Ministerio público y del secretario, abra el testamento, lo lea para sí, le dé después lectura en voz alta, omitiendo lo que deba permanecer secreto; y que se firme en seguida el acta respectiva por los que hayan intervenido en la diligencia, y que se selle el testamento con el sello del juzgado, y se rubrique por el juez y secretario, designando aquel funcionario el registro en el cual deba hacerse la protocolización. (arts. 2,161 y 2,162).³

Para la práctica de todas las diligencias que acabamos de exponer, es preciso que se demuestre el fallecimiento del testador, mediante la presentación con el testamento

1 Arts. 3,527 y 3,528, Cód. Civ. de 1884.

2 Arts. 3,529 á 3,531, Cód. Civ. de 1884.

3 Arts. 1,949 y 1,951, Cód. Proced. de 1884.

del acta de defunción, pues si la ley permite que los individuos otorguen sus últimas disposiciones en testamento cerrado, es tan sólo para concederles la garantía de que aquéllas permanezcan secretas hasta el momento de la muerte; y no se obtendría tal resultado si se permitiera la apertura antes de ese acontecimiento.

El testamento cerrado queda sin efecto, ó lo que es lo mismo, es nulo y de ningún valor, siempre que se encuentre roto el pliego interior, ó abierto el que forma la cubierta, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no sea vicioso; porque la ruptura del pliego demuestra que el testador cambió de voluntad y por tal motivo lo destruyó, y porque la apertura de la cubierta y la alteración de las firmas hacen presumir una suplantación de la voluntad de aquél, que no debe merecer el apoyo de las autoridades ni la sanción de la ley.

El que otorga un testamento cerrado lo conserva en su poder, ó bien lo deposita en poder del notario que lo autoriza ó de persona de su confianza. Pues bien, ya hemos dicho que el notario ó esa persona, tienen, según el artículo 3,766 del Código Civil, la indeclinable obligación de dar aviso á los interesados, haciéndoles saber que tienen en guarda ese documento luego que tengan noticia del fallecimiento del testador.¹

Pero el artículo 3,803 es aún más explícito sobre el particular, pues ordena que toda persona que tuviere en su poder un testamento cerrado y no lo presente, como está prevenido en el precepto antes citado, ó lo sustraiga dolosamente de los bienes del finado, incurrirá en la pena, si fuere heredero por intestado, de pérdida del derecho que

1 Art. 3,504, Cód. Civ. de 1884.

podiera tener, sin perjuicio de la que corresponda conforme al Código Penal.¹

De la combinación de los preceptos citados resulta, que son dos los hechos previstos y castigados por ellos: primero, la simple morosidad del depositario del testamento, que no lo entrega ó no da aviso oportuno á los interesados tan luego como tiene noticia del fallecimiento del testador, hecho que se castiga con la pena de pagar el importe de los daños y perjuicios que cause por la dilación; y segundo, la sustracción dolosa de dicho documento de los bienes del testador, que castiga el segundo de dichos preceptos con la pérdida del derecho de heredar al testador, si fuere el depositario heredero legítimo, más con la pena que establece el Código Penal.

Como la sustracción fraudulenta de un testamento de entre los bienes del testador no es más que un robo, el autor de ese atentado incurre en la pena de dos años de prisión con que el artículo 383 del Código Penal castiga el robo de unos autos civiles, ó de algún otro documento ó protocolo, ó que contenga obligación, liberación ó trasmisión de derechos.

Ese precepto del Código Penal es exactamente aplicable al caso á que nos referimos, supuesto que se trata de un robo, que el testamento es, jurídicamente hablando, un documento, y contiene trasmisión de derechos, los que tiene el testador al tiempo de su muerte.

¹ Art. 3,534, Cód. Civ. de 1884.

IV

DEL TESTAMENTO PRIVADO.

Dijimos al principio de este estudio, que la diferencia que existe entre el testamento público y el privado, consiste en que el primero se otorga ante notario y en papel con el timbre correspondiente, y el segundo, sin la concurrencia de esos requisitos, y que el otorgamiento de éstos se permite sólo por excepción; de donde se infiere, que no es lícito cuando el testador no se encuentra en las circunstancias especiales previstas por la ley, y que si se otorga fuera de ellas carece de toda eficacia.

La razón es perfectamente clara y perceptible: esos testamentos están más expuestos que ninguno otro á la falsificación, por no intervenir en ellos un funcionario público, y tienen además la desventaja de la publicidad de las disposiciones y la inestabilidad de la prueba por la muerte de alguno de los testigos.

Por tal motivo declara el artículo 3,804 del Código Civil, que el testamento privado sólo es permitido en los casos siguientes:¹

1º Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta, que amenace su vida de un modo inminente:

2º Cuando se otorga en una población que está incomunicada por razón de epidemia, aunque el testador no se halle atacado de ésta:

3º Cuando se otorga en una plaza sitiada:

¹ Art. 3,535, Cód. Civ. de 1884.