

puñera tener, sin perjuicio de la que corresponda conforme al Código Penal.<sup>1</sup>

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.

<sup>1</sup> 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:<sup>1</sup>

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:

<sup>1</sup> Art. 3,535, Cód. Civ. de 1884.

4º Cuando en el lugar no hay notario ni juez que actúe por receptoría.

El examen de los únicos cuatro casos en que la ley permite el otorgamiento del testamento privado nos demuestra, que tales casos son verdaderamente excepcionales, que colocan al testador en la imposibilidad de ocurrir al notario, porque no lo hay en el lugar en que se halla, ó porque la situación especial de éste ó la urgencia por el peligro inminente de muerte.

Por tal motivo, declara el artículo 3,809 del Código, que el testamento privado sólo surte sus efectos, si el testador fallece de la enfermedad ó en el peligro en que se hallaba, ó dentro de un mes después que aquélla ó éste hayan cesado, pues entonces ya no existen las causas únicas que pueden autorizar su otorgamiento á fin de que el testador no se halle privado de la facultad de determinar de sus bienes para después de su muerte.<sup>1</sup>

El testamento privado debe otorgarse declarando el testador su última voluntad en presencia de cinco testigos idóneos, que uno de ellos ha de redactar; pero ni aun la redacción por escrito es necesaria, cuando ninguno de los testigos sabe escribir, y en los casos de suma urgencia, en los cuales basta también la presencia de tres testigos idóneos (arts. 3,805 á 3,807, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

En el otorgamiento del testamento privado se deben observar las mismas reglas que para el público abierto establece la ley, y en consecuencia, debe dictarse de un modo claro y terminante por el testador en presencia de los testigos, y el que de ellos lo escriba lo lea en voz alta, para que aquél manifieste si está conforme; y si lo estuviere deben firmar todos el testamento, anotándose el lugar, la hora, el día,

<sup>1</sup> Art. 3,540, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,536 á 3,538, Cód. Civ. de 1884.

el mes y el año en que hubiere sido otorgado (art. 3,808, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Si el testador fuere enteramente sordo, pero supiere leer, debe dar lectura á su testamento, para cerciorarse que contiene la expresión de su última voluntad; y si no supiere ó no pudiere hacerlo, debe designar una persona que lo lea en su nombre.

Si alguno de los testigos no supiere escribir, debe firmar otro de ellos por él, pero cuando menos, debe constar la firma entera de dos testigos; y si el testador no pudiere ó no supiere escribir, ha de intervenir otro testigo más, que firme á su ruego; pero si hubiere extremada urgencia, y no fuere posible llamar otro testigo, puede firmar uno de los presentes, por el testador, haciendo constar esta circunstancia.

Finalmente, todas estas formalidades se han de practicar acto continuo, ó lo que es lo mismo, en un solo acto, sin interrupción alguna, y en los términos en que hemos explicado al ocuparnos en el estudio de este requisito, en el testamento público abierto.

El testamento privado necesita además, para su validez, que se eleve á escritura pública, por declaración judicial, la que debe hacerse en virtud de las deposiciones de los testigos que firmaron ú oyeron, en su caso, la voluntad del testador; declaración que debe ser pedida por los interesados, inmediatamente después que supieren la muerte del testador y la forma en que hizo sus últimas disposiciones (arts. 3,810 y 3,811, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Los testigos que autoricen el testamento privado, deben declarar circunstanciadamente sobre los hechos siguientes: (art. 3,812, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,539, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,541 y 3,542, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,543, Cód. Civ. de 1884.

1º El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento:

2º Si reconocieron, vieron y oyeron distintamente al testador:

3º El tenor de la disposición:

4º Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de toda coacción:

5º La razón por la que no hubo notario:

6º Si el testador falleció ó no de la enfermedad ó en el peligro en que se hallaba.

Si después de la muerte del testador, y antes de elevarse á formal testamento, la que se dice su última voluntad, ó se ausentaren alguno ó algunos de los testigos, sin dolo, se hará la legalización con los restantes, siempre que no sean menos de tres, perfectamente contestes y mayores de toda excepción; pero si se sabe el lugar en donde se hallan los testigos, se les debe examinar por medio de exhorto dirigido al juez de dicho lugar (arts. 3,814 á 3,816, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Siendolos testigos idóneos, esto es, mayores de toda excepción y con los requisitos que exigen las leyes, y estando conformes en todas y cada una de las circunstancias antes enumeradas, el juez debe declarar el contenido de las deposiciones producidas por ellos, formal testamento de la persona de quien se trate, y lo mandará protocolizar, ordenando que se den los testimonios respectivos á las personas que tuvieren derecho (art. 3,813, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Creemos que en todas las reglas relativas á la protocolización del testamento privado, que acabamos de especificar, comete una usurpación el Código Civil, porque son de la competencia exclusiva del Código de Procedimientos todas aquellas reglas, como las enumeradas, que tienen

1 Arts. 3,545 á 3,547, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,544, Cód. Civ. de 1884.

por objeto normar los trámites y los procedimientos de los jueces y de los actos de jurisdicción voluntaria.

Complementando el Código de Procedimientos las reglas enunciadas, ordena, que para el examen de los testigos se cite al Ministerio Público, y en su defecto, al Síndico del Ayuntamiento, quienes tendrán la obligación de asistir á la práctica de la diligencia; y que el Secretario que la autorice, debe dar fe de que conoce á los testigos, y en el caso que no los conozca, debe exigir el juez la presentación de dos testigos de conocimiento, los cuales suscribirán también la declaración (arts. 2,142 y 2,143 Cód. de Proced. de 1872).<sup>1</sup>

Finalmente, ordena que se prefiera para la protocolización de todo testamento privado, la notaría del lugar del domicilio del testador; que si hubiere varias, la que designe el juez; y que no habiendo notario en ese lugar, se haga la protocolización en la notaría de aquel en donde deba abrirse la sucesión á falta de domicilio (arts. 2,146 y 2,147, Cód. de Proced. de 1872).<sup>2</sup>

1 Arts. 1,928 y 1,931, Cód. de Proced. de 1884.

2 Arts. 1,934 y 1,935, Cód. de Proced. de 1884.