

deben compararse los fideicomisarios y los albaceas, ó testamentarios con los contadores y partidores para los efectos del *art.* 1381; los últimos no están facultados para pedir que el testamento hecho de palabra se eleve á escritura pública.

2.º *El que con arreglo á las leyes pueda representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los casos que se expresan en los párrafos anteriores.* Esta parte dispositiva del *art.* 1381 no determina condiciones especiales que constituyan una nueva legitimidad; es la misma que la de los primeros números del artículo citado; la parte legítima que en el caso de que trata el número tercero pide que el testamento se eleve á escritura pública, es la que tiene interés propio en la última voluntad, ó la que haya recibido algún encargo del testador, representada por medio de persona legalmente autorizada para gestionar en nombre de cualquiera de aquellas.

En efecto, como puede acontecer que un hijo de familia, ó un menor de edad ó una mujer casada sean instituidos herederos, claro es que, atendiendo á la inhabilidad legal que les impide obrar por sí mismos, podrán pedir la práctica de aquella diligencia el padre, el tutor ó curador, ó el marido respectivamente, siempre que convenga á los intereses de aquellos.

Lo que en nuestro concepto puede ocasionar alguna dificultad, es la aplicacion del segundo caso; esto es, de aquellos que hayan recibido algún encargo del testador. Efectivamente, aquellas comisiones ó encargos que confían los testadores á personas determinadas, son por regla general personalísimos; como consecuencia inmediata de la confianza que se tiene en las personas á quienes se hacen; como acontece con los testamentarios, albaceas, fideicomisarios y otros semejantes. Ahora bien, esos encargos personalísimos ¿podrán encomendarse á personas terceras, á fin de que las cumplan? ¿Podrá el padre desempeñar por el hijo el cargo de testamentario? ¿Podrá el marido cumplir el encargo de fideicomisario? No tenemos dificultad en asegurar que no, porque la eleccion es personalísima.

Esto no obstante, como no son una misma cosa pedir la reduccion del testamento á escritura pública que cumplirle, ó llevarle á efecto en la parte que el testador haya recomendado

bien podrán los que sin poder representan á otros, pedir lo primero, aunque no están facultados para ejecutar lo segundo. Cuando esto no acontezca; cuando no sea puramente personal el encargo, ninguna duda puede suscitarse.

Pueda representar sin poder. Se comprende á primera vista que ha querido la *Ley* escluir á los procuradores, en quienes aunque se dá la aptitud legal esclusiva para representar á otros, no obstante necesitan la autorizacion especial ó sea el poder general ó particular para gestionar en nombre ajeno, en cualquiera clase de diligencias judiciales.

ART. 1382. *Hecha la solicitud, se señalarán día y hora para el exámen de los testigos y del Escribano, si hubiere concurrido al otorgamiento.*

Despues de haber dictado la *Ley de enjuiciamiento* las reglas determinantes de la legitimidad para pedir la reduccion del testamento hecho de palabra á escritura pública, ordena en el artículo preinserto y los siguientes, la forma de proceder en la práctica de las diligencias necesarias.

Hecha la solicitud. Principia el espediente por escrito que ha de presentar la parte, concebido en los términos que quedan es-puestos en el *Comentario al art.* 1380. Pero no es suficiente que se presente solicitud escrita; es indispensable que se espese la cualidad que autoriza al solicitante para pedir que el testamento se reduzca á escritura pública. En efecto, si el simple hecho de presentar solicitud obligara al juez á acordar la práctica de las diligencias consiguientes, fuera en ese caso inútil lo dispuesto en el *art.* 1381.

Pero si el solicitante pide como heredero nombrado en el testamento; si manifiesta que es acreedor testamentario; si dice que ha recibido encargo del testador, ¿bastará su solo dicho para que el juez decrete la práctica de las diligencias? Supuesto que no sea bastante esa simple manifestacion, ¿cómo ha de justificar que se halla en cualquiera de aquellas circunstancias, cuando cabalmente el medio de probarla es el mismo testamento hecho de palabra? Esta consideracion nos inclina á creer que basta la expresion de la circunstancia que segun la *Ley* da la legitimidad, y que con solo alegarla tiene el juez que mandar

que se reciban las declaraciones á los testigos, que citará el solicitante. *Se señalará dia y hora.* No determina el *art. 1382*, el plazo dentro del cual haya de hacerse el señalamiento; y en verdad que tratando de asuntos en los cuales por lo comun interesa la brevedad, convendría que no se dejara al arbitrio de los jueces. Pero no era posible que la *Ley* adivinara todo lo que puede acontecer; no la era dado preaver la distancia á que pueden hallarse los testigos, no obstante que sean vecinos del pueblo en donde se haya otorgado el testamento; así es que el juez, teniendo presentes esas circunstancias, fijará el dia para que comparezcan á declarar los testigos, teniendo en cuenta la posibilidad de que lo efectúen.

El examen de los testigos y del escribano. La *Ley* presupone que otras disposiciones anteriores, comprendidas en el Código civil hayan determinado lo conveniente respecto á las circunstancias que han de concurrir en los testigos para que merezcan crédito, y sea válida la última disposicion. Asimismo, presupone que otras leyes hayan fijado ya el número necesario para que el testamento subsista legalmente. Respecto á todos estos estratos permanecen en su fuerza y vigor las leyes recopiladas de que no creemos oportuno hacer mencion en este lugar, porque no corresponden al procedimiento.

Pero si bien todo esto es exacto, la escepcion hecha en el *art. 1382*, de que se examine tambien al escribano si hubiese concurrido, nos obliga á examinar si en los testamentos hechos de palabra puede ó no concurrir escribano en concepto de tal. Recordando lo dispuesto por las leyes sobre esta materia, parece que el escribano que asiste al otorgamiento de un testamento pero que por ante él no se reduce á escritura pública, es un testigo como otro cualquiera, porque los notarios no son tales, ni pueden dar fé de lo que ante ellos pasa, no haciéndolo por escrito desde luego, ó declarando ó estendiendo diligencia dentro de las veinte y cuatro horas siguientes á la en que aquel acto que presenciaron se ejecutó.

Tratando de la materia de testamentos dispone la *ley 1.ª*, título 18, lib. 10 de la *Nov. Recop.* que "si alguno ordenase testamento ó postrimera voluntad con escribano público, deban ser

presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere; y si lo hiciere sin escribano público que sean á lo menos cinco testigos vecinos, segun dicho es, si fuera en lugar donde los pueda haber; y si no pudiesen ser habidos cinco testigos ni escribano en el dicho lugar, á lo menos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar." Obsérvese, pues, que la intervencion del escribano público en los testamentos nuncupativos economiza el número; que con su presenra bastan tres, siendo vecinos del lugar donde se otorga; y que no concurriendo aquel funcionario público, se necesitan otros dos mas. Infírese de lo espuesto en conformidad con la ley citada, que en los testamentos otorgados de palabra, interviene el escribano como tal; y por consiguiente se deduce que, cuando comparezca aquel á declarar á virtud de lo espuesto en el artículo 1382, se le examinará en concepto de tal escribano, no obstante que no haya dado fé del otorgamiento, ni en el tiempo ni en la forma prescrita como regla general por las leyes.

Esto, sin embargo, no obsta para que pueda asistir un escribano como simple testigo al otorgamiento del testamento nuncupativo, porque la condicion privilegiada de una persona no es obstáculo para que pueda intervenir como simple particular en un negocio.

Si hubiere concurrido al otorgamiento. Esta clausula seria officiosa si se propusiera manifestar que el escribano no ha de examinarse, si no cuando concurra al otorgamiento de la última voluntad. Esto es evidente; porque cuando una persona no presencia un acto determinado, es claro que no puede declarar como testigo de ciencia propia de lo que en él pasó. El *art. 1382* ha querido significar que reconoce las doctrinas que habian establecido las leyes anteriores, y especialmente la recopilada de que se ha hecho mencion: exige pues el examen del escribano cuando concurra, pero reconociendo que las últimas voluntades otorgadas de palabra no necesitan de la asistencia de notario público.

Nada dispone la *Ley* espresamente en cuanto á la forma en que ha de examinarse á los testigos presenciales del otorgamiento, ni mucho menos respecto á los particulares sobre los que se les ha de preguntar. Pero habida consideracion á la indole es-

pecial del asunto, se concibe que deben ante todo juramentarse por el juez á presencia del escribano actuario en el expediente; que no se les preguntará por las llamadas *generales de la ley*, porque aunque es verdad que algunas personas se hallan inhabilitadas para ser testigos en los testamentos, sin embargo la alegacion de las tachas que afecten al testigo, y que ocasionaran tal vez la nulidad del testamento, podrán alegarse y probarse en el juicio contencioso correspondiente, en que se ventile la cuestion de nulidad. Finalmente, los testigos serán preguntados por todos los extremos que constituyan la última voluntad, y de que se hará mérito en la solicitud.

ART. 1383. *Los testigos y el Escribano en su caso serán examinados separadamente, y de modo que no tengan conocimiento de lo declarado por los que les hayan precedido.*

No alcanzamos la necesidad del precepto comprendido en el artículo, de cuya esplicacion vamos á ocuparnos; porque es una verdad en jurisprudencia, que los testigos han de examinarse uno tras otro, en términos que no pueda oír ninguno de ellos, lo que el otro hubiese depuesto. Tanto profesamos esta doctrina que, atemperándonos á ella, creemos que puede la parte que los presenta, ó la contraria en los juicios contenciosos solicitar que se adopten las medidas oportunas para evitar que se comuniquen los testigos que hubieren declarado, con los demas aun no examinados á fin de evitar la confabulacion.

Si tal es la doctrina legal establecida para los juicios contenciosos, ninguna dificultad podia ofrecerse tratándose de los asuntos de jurisdiccion voluntaria; porque si se ordena el exámen separado de los testigos, porque razones poderosas como el temor, y la confabulacion, ó la ignorancia, ó la falta de carácter exijan precauciones de esta especie, claro es que siempre que existan motivos de temer deben aceptarse remedios de la misma especie.

Pero no podia ocultarse á los autores de la *Ley*, que la sola precaucion de examinar á los testigos separadamente, no era suficiente para evitar la falsedad; convenia impedir que los testigos que hubieren de declarar, supiesen lo que habian dicho los que anteriormente habian depuesto, y por esa causa para evitarlo

prescribe el **art. 1383** en su *segunda parte*, que ademas de recibir las declaraciones separadamente á los testigos, se ejecute esto de modo que no tengan conocimiento los que van á declarar de lo declarado por otros.

ART. 1384. *El Escribano ante quien se practicaren estas actuaciones dará precisamente fe de conocer á los testigos.*

En los casos en que no los conozca, exigirá la presentacion de dos testigos de conocimiento, los cuales suscribirán las declaraciones de los que se encuentren en este caso.

Lo dispuesto en los dos párrafos de que se compone el artículo precedente, está en armonía con lo prescrito para el otorgamiento de escrituras públicas, y para las informaciones que se den en varios asuntos de jurisdiccion voluntaria de que ya hemos hablado en ocasion oportuna. Trátase de la identificacion de los testigos; y como en ciertos casos se exigen condiciones ó circunstancias individuales, claro es que si no se tomasen las precauciones convenientes, con facilidad se harian declarar personas supuestas. Y esto que es indispensable como regla general en todos los asuntos de aquella especie, se necesita observar con todo rigor en aquellos en que por haber fallecido la persona otorgante, no pudiera desmentir al que se presentase á declarar con nombre supuesto. Notoria es la razon en que se han fundado las leyes de todos los paises para exigir mayor número de testigos en los testamentos tanto nuncupativos como escritos; pues esa misma razon concurre en cuanto á las diligencias practicables para reducir el primero á escritura pública, y para la apertura solemne del segundo.

Impónese al escribano que interviene en las diligencias, la obligacion de dar fe del conocimiento de los testigos que se presenten como instrumentales, á la manera que en el otorgamiento de instrumentos públicos se le obliga á que dé conocimiento del otorgante ú otorgantes, para evitar por este medio los fraudes que pudieran cometerse.

Nada dice la *Ley* en cuanto á ciertas condiciones personales, que se exigen en los testigos que depongan como presenciales al otorgamiento de última voluntad hecha de palabra; mas como en esta clase de testamentos la circunstancia de que el

testigo sea vecino del pueblo es de tanto interés, se hace preciso que se haga constar para que se repite válido y subsistente con arreglo á las leyes novísimamente recopiladas.

Con frecuencia acontecerá que el escribano no conozca personalmente á los testigos que se presenten á declarar, y que por tanto no pueda dar fé de conocimiento. Cuando esto suceda, el escribano exigirá del solicitante, que promovió el espediente, que presente otros dos testigos de conocimiento. Decimos que el escribano exigirá la presentación de los testigos que depongan de la identidad; porque como el artículo impone al actuario, y no al juez, la obligación de dar fé del conocimiento, se infiere lógicamente, que el que tiene sobre sí la responsabilidad del extremo principal, debe tener derecho á exigir de la parte el supletorio.

Nuestros lectores recordarán que en asuntos de jurisdicción voluntaria parecidos, permite la *Ley* acreditar la identidad de la persona por documentos ó por prueba testifical, y no habrán olvidado que nosotros aconsejamos á los jueces que obtasen con preferencia por el primero, en razón á que es menos espuesto á fraudes. Pues bien, en el caso de no dar fé de conocimiento el escribano, cuando se trata de reducir un testamento á escritura, se permite justificar la personalidad tan solo por medio de otros dos testigos, á los cuales ha de conocer el escribano para que dé fé de conocimiento de estos, como ellos atestiguan del ignorado.

Pero no determina el *art. 1384* con la claridad que es de desearse en toda ley, si la parte ha de presentar dos testigos de conocimiento por cada uno de los instrumentales á quien no conozca el escribano, ó si habrá de presentar dos únicamente que conozcan á todos los que ya presenciaron el otorgamiento del testamento. Exigirá la presentación, dice el artículo citado, de dos testigos de conocimiento, refiriéndose á los que no conozca el escribano; de modo, que según esa cláusula los nuevos testigos, es decir, los dos que han de probar la identidad de los otros, se refieren á todos los que no conozca el escribano. Así debe ser; porque no es una misma la razón que aconseja que en los testamentos se exija la presencia de cierto número de testigos, que la de la identidad de estos; siempre que conste que aquellos que asistieron al testamento, son efectivamente los mismos que dice el

testador, ninguna dificultad, ningún motivo de sospecha puede ya alegarse para intentar la nulidad del testamento; y como la prueba de aquella circunstancia resulta por el conocimiento que dan dos testigos con relación á cada uno de los no conocidos, claro es que bastará con la presencia de estos para cumplir con lo que prescribe el *art. 1384*.

Los cuales suscribirán las declaraciones de los que se encuentren en este caso. Esta circunstancia es común á todos los casos en los cuales concurren testigos de conocimiento, para asegurar la identidad de otro desconocido. Sin embargo, la defectuosa redacción, en nuestro concepto, del artículo, pudiera ocasionar dificultades relativas á las declaraciones que han de suscribir los testigos de conocimiento; porque el relativo *este* no tiene próxima la cosa referida; así es, que no se percibe con claridad cuál es el caso aludido. Tal vez se hallaría mejor redactado, si se hubiese dicho que los dos testigos de conocimiento suscribirán las declaraciones de los que se encuentren en cualquiera de aquellos casos; ó si se quiere la declaración de cada uno de los que se encuentren en aquel caso; porque en efecto, el pensamiento del artículo se reduce á que conste en la declaración de cada uno de los testigos desconocidos, que dos testificaron de la identidad de su persona.

ART. 1385. También deberá acreditarse, si no constare por notoriedad, la claridad del Escribano del otorgamiento en los casos en que hubiere concurrido.

Se ha dicho anteriormente que los testamentos nuncupativos pueden otorgarse concurriendo cierto número de testigos, sin necesidad de escribano público, ó asistiendo este con el número necesario de aquellos que prescribe la ley Recopilada; y como alguna vez puede ser dudosa la calidad del que se titula escribano público, prescribe el *art. 1385* que, si no constare por notoriedad que es tal escribano el que asiste á la manifestación hecha de palabra de la última voluntad, se acredite también esa circunstancia.

El medio inmediato y directo de justificarse que el que en concepto de escribano asistió al otorgamiento lo es en la realidad, consiste en la presentación del título de tal: con la cual quedará

suficientemente justificado ese extremo. Compréndese bien que es fácil que, no obstante la prueba referida, el escribano se halla inhabilitado para el ejercicio del notariado; pero como esa circunstancia exige ya mas amplias justificaciones, y como puede además influir en la nulidad del testamento otorgado, la cual no puede declararse sino en el juicio contencioso correspondiente, parece lo mas conforme á derecho, y con especialidad al orden de proceder, que no se admitan justificaciones relativas á la inhabilidad actual del escribano asistente al otorgamiento, para el efecto de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra.

No necesita advertirse en este lugar, cuanto se halla dispuesto con relacion á las facultades de los escribanos para otorgar instrumentos públicos; porque es harto notorio que solo los numerarios gozan de fé pública dentro del distrito de su numeraria; asi como por el contrario, que los notarios de reinos pueden autorizar en todas partes, pero con la obligacion de protocolizar en el oficio ó numeraria del lugar del otorgamiento.

ART. 1386. *Cuidará el Juez bajo su responsabilidad de que se expresen en las declaraciones la edad de los testigos y el lugar en que tuvieren su vecindad al otorgarse el testamento.*

Para que merezcan crédito los dichos de los testigos, es necesario por regla general, que sean mayores de 14 años en los asuntos civiles, como lo son los testamentos, *ley 9, tit. 16, Partida 3.ª*; y como esta circunstancia influirá inmediatamente en la eficacia ó en la nulidad de aquellos, prescribe el artículo de que nos ocupamos que cuide el juez, bajo su responsabilidad, de que se espresen en la declaracion de cada uno la edad que cuenta. Esto mismo se halla dispuesto como regla general para toda clase de probanzas, porque existe identidad de razón. Asi es que, á pesar de que la *Ley de enjuiciamiento* hubiese guardado silencio en cuanto á ese extremo, los jueces no podrian consentir que se estendiesen declaraciones sin la espresion de la edad de los declarantes.

Otra cosa es la referente á la vecindad de los testigos que asistieron al otorgamiento de la última voluntad hecho de palabra; porque como esta es una circunstancia especial y esencial

en algunos casos para que el testamento sea válido, es demasiado el interés que resulta de la espresion de la vecindad del testigo para los efectos ulteriores del documento de que se trata. De modo que la *Ley* ha precabido una omision que pudiera ocasionar contestaciones posteriores, supuesto que bastaria para invalidar un testamento, que los testigos carecieran de aquella calidad esencialísima. Ciertamente que acreditada posteriormente la vecindad, poco significaria la falta de espresion de aquella en la declaracion que prestara el testigo; mas como confabulaciones posteriores en asuntos de tanto interés, pudieran influir en el éxito de las últimas voluntades, conviene mucho que por una imprecaucion de momento se pongan en peligro asuntos de tanta trascendencia.

La calidad de vecino cambia fácilmente con respecto al lugar en que lo sea el testigo, y como que esa circunstancia se exige al tiempo de otorgarse el testamento de palabra, y no al en que se presta la declaracion, ha prevenido el *art. 1386* que se haga espresion en las declaraciones, de la vecindad de los testigos al tiempo de otorgarse el testamento. Respecto á las condiciones que deben exigir para merecer el concepto de vecino, pueden verse las disposiciones del derecho civil.

Hemos hablado hasta aquí de las formalidades que deben observarse para recibir las declaraciones testificales, en el caso de elevar un testamento hecho de palabra á escritura pública; y segun el espíritu de la *Ley* presuponemos con ella, que los testigos contesten de acuerdo con la solicitud hecha por el interesado, que en efecto asistieron al otorgamiento; pero como puede acontecer que los testigos depongan en sentido contrario, ó bien la totalidad ó parte de ellos, se hace preciso averiguar cuáles serian las consecuencias de esas deposiciones.

No son ciertamente idénticas las circunstancias en que se coloca el solicitante, de que un testamento otorgado de palabra se reduzca á escritura pública, y las en que se halla el que presenta un testamento nuncupativo hecho por escritura ante escribano, toda vez que en ambos casos declaren los testigos que no asistieron al otorgamiento. En el primero, no existe falsedad de ninguna especie, á menos que se pruebe que, el que entabla semejante solicitud, tenia conocimiento de que tal testamento no se

habia otorgado, y de que valiéndose de testigos falsos pretendia suplantar una última voluntad; en el segundo, desde luego aparece indicado un delito público, que puede perseguirse de oficio. Ahora bien, ¿podrá el juez, cuando acontezca lo primero, esto es, cuando los testigos depongan que no asistieron al otorgamiento, ó que no es exacto lo que se refiere como dispuesto por el testador, acordar la formación de causa contra el solicitante? Creemos que no; porque si bien cuando se acreditare la intención de suplantar una última voluntad, resultaría un delito público grave; sin embargo, los jueces no deben proceder de oficio; porque no aparecen señales claras de la perpetración de un delito, sin las cuales la prosecución oficial podría convertirse en arbitrariedad funesta de parte de las autoridades. Pero si al deponer los testigos manifestaren que se les habia tratado de sobornar, para que declarasen al tenor de la solicitud, en ese caso procederá la pesquisa criminal, y por tanto, el asunto perderá el carácter de jurisdicción voluntaria, elevándose á contenciosa.

ART. 1387. Resultando de las declaraciones clara y terminantemente:

- 1.º *El propósito deliberado que tuviere el testador de hacer su última disposición.*
- 2.º *La institucion de heredero ó el destino que el mismo diera á todos sus bienes ó parte de ellos.*
- 3.º *Que los testigos y el Escribano en su caso, han oido de boca del testador, y en un solo acto, su disposición.*
- 4.º *Que los testigos son los que exige la ley, y reúnen las cualidades que la misma establece.*

El Juez declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulte con la cualidad de sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente en el registro de una escribanía pública, que designará al efecto.

Recibidas las declaraciones á todos los testigos, que se hayan citado por el solicitante como asistentes al otorgamiento de la última voluntad hecho de palabra, ha llegado el momento de que el juez determine lo conveniente, segun el resultado de aquellas. La posición de los jueces en este estado, es difícil y comprometida; porque tal vez lo dispuesto en el *art. 1387* no sea conforme á la índole del asunto, tal y como la *Ley* le ha califica-

do. Es preciso no olvidarse, de que la reducción de los testamentos á escritura pública, se ha considerado como asunto de jurisdicción voluntaria, y que en las diligencias que se practican con aquel intento no se oye á las personas interesadas.

Pues bien, siendo esta la naturaleza del expediente, segun el *art. 1387* el juez puede ó no declarar testamento lo que de las disposiciones de los testigos resulte, aunque con la calidad de sin perjuicio de tercero; de modo que si ese es el pensamiento de la *Ley*, equivale á conferir á los jueces facultad para resolver en un expediente, en rigor informativo ó de jurisdicción voluntaria, la eficacia ó la nulidad de una disposición testamentaria. Podrá decirse en contra de esa observacion, que ni el artículo citado, ni ninguno de los anteriores ó posteriores se ocupan del caso negativo; esto es, de aquel en que no correspondan las declaraciones á lo que se dice última voluntad, ó del en que no sean los testigos los que la *Ley* exige, adornados con las cualidades que la misma establece. Asi es efectivamente; el *art. 1387* se ocupa tan solo de lo que el juez debe hacer, cuando concurren las circunstancias que enumera; pero de los términos en que se halla concebido puede deducirse la proposición que mas arriba dejamos espuesta; porque de sentar, como sienta, que cuando resulten de las declaraciones claras y terminantes de los testigos los extremos que el artículo enumera, y que aquellos son los necesarios en número y calidad, el juez eleve las declaraciones á testamento, se deduce inmediatamente, que si bien ó aquellos extremos no se acreditan, ó no concurren los testigos en número y calidad, el juez no eleve á testamento las declaraciones, ó lo que es lo mismo declare que no existe última voluntad.

Bien pudiera interpretarse el *art. 1387* en sentido restrictivo, es decir, limitado á que en el caso afirmativo, que presupone, las declaraciones se elevan á testamento; pero que en el negativo, esto es, en el de que no resulten los extremos espresados, ó los testigos no sean bastantes en número ó en calidad nada determinen, reservando al solicitante el derecho de que se crea asistido. Sin embargo; esa interpretacion sería violenta, porque obligar al juez á no dictar providencia alguna, y esto no se concibe tratándose de asuntos judiciales, aunque pertenezcan á la jurisdicción voluntaria. La única razon que en nuestro coa-