

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, según 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, según 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 observación, 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. Así 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 interpretación 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 razón que en nuestro coa-

cepto salva á la *Ley de enjuiciamiento* de toda censura es, la de que la cláusula de *sin perjuicio de tercero*, que tiene que comprender la providencia que dicte el juez, ya sea elevando las declaraciones á testamento, ó ya declarando lo contrario, impide que cause ejecutoria; de modo que no tiene carácter alguno contencioso, ni mucho menos los efectos de tal; porque conserva á los interesados su derecho íntegro para demandar lo que estimen procedente.

El propósito deliberado que tuviere el testador de hacer su última disposición. Si se exigiese en cuanto á este extremo la prueba clara y terminante, que dice el *art. 1387*, en todo el rigorismo de esas palabras, apenas se daría un caso en que se pudiera hacer constar la deliberación del propósito de testar como última voluntad. Deberá, pues, entenderse que es suficiente para que, el juez eleve á testamento las declaraciones de los testigos, el que estos manifiesten que el testador espresó á su presencia, que quería hacer su testamento en la forma que despues revelare á los testigos. En nuestro sentir, ese primer requisito que hace necesario el *art. 1387* tiene cierta semejanza con la rogación de los testigos, que como fórmula precisa exigieron las leyes romanas; ha querido significarse que, no basta que unos testigos suficientes en número y calidad, depongan que una persona determinada les manifestó que á su fallecimiento quería disponer de sus cosas de esta ó de la otra manera; sino que es indispensable, esencial, que aquellos testigos depongan clara y terminantemente que al hacerles aquellas manifestaciones espresó que al efectuarlo, se proponía testar; y que con ese intento se ocupaba de espresarles minuciosamente los extremos que abrazaba su postrimera voluntad.

La institución de heredero ó el destino que el mismo diera á todos sus bienes ó parte de ellos. Este segundo requisito está en perfecta armonía con lo que las leyes españolas han determinado respecto á la institución de heredero, en cuanto esta hace relación á la eficacia de las últimas voluntades. Reconociendo aquellas que cada uno puede disponer de sus bienes por última voluntad en todo ó en parte, tenían necesariamente que declarar válidos y subsistentes los testamentos, en donde no se hiciera institución de heredero universal; y por la misma razón tenía

que considerar tales á aquellos en los cuales el testador dispusiera de parte de los bienes, reservando tácitamente los demas para los herederos legítimos. Pues bien, por mas que la institución de heredero no sea en España un requisito esencial en los testamentos, como es la parte mas interesante de ellos se hace preciso que los testigos la mencionen, espresando por su nombre al heredero ó herederos nombrados, con las demas circunstancias que identifiquen las personas para que no puedan confundirse con otras y que sean conocidas.

Quando no se instituye heredero universal, todos aquellos bienes que sobren, despues de pagar las mandas ó legados y demas que el testador dejase dispuesto, pueden destinarse á diversos objetos, ó dejarlos sin hacer disposición especial, en cuyo caso pasarán á los herederos legítimos. Pues bien, para evitar cualesquiera dudas ó conflictos que pudieran suscitarse, importa mucho que con la claridad y especificación conveniente determinen los testigos el destino, que el testador quiere se dé á esos bienes despues de su muerte.

Que los testigos y el escribano en su caso han oido de boca del testador, y en un solo acto su disposición. Bajo una sola regla comprende la *Ley* dos requisitos indispensables para que el testamento otorgado de palabra merezca que se le eleve á instrumento público. Exigieron las leyes en todos tiempos, que el testador manifestase su voluntad á los testigos por medio de palabras claras é inteligibles, á fin de que no pudiesen dudar de aquella; y ordenaron asimismo que estuvieran presentes y á la vista del testador. La nueva *Ley* confirma esos preceptos legales, prescribiendo que los testigos espresen en sus declaraciones lo que oyeron de la boca del testador; es decir, que estando á su presencia en disposición que pudieran verle y oírle, manifestó aquel los particulares que constituyen su postrimera voluntad. No creemos necesario dar mas amplias esplicaciones sobre esta materia, ya porque no es nuevo en el derecho el precepto del *art. 1387*; ya tambien, porque corresponde mas bien al Código civil que al de procedimientos tratar de las solemnidades necesarias para otorgar válidamente la última voluntad sea en forma de testamento nuncupativo ó escrito.

Desde la jurisprudencia romana hasta la vigente en nuestros

días se ha exigido siempre que los testamentos se otorguen en un solo acto, *único testu*; porque así se evitan los fraudes, los manejos y amaños que pudieran ponerse en juego en los intervalos que mediaran desde que los testigos se separasen del testador hasta que volvieran á reunirse para continuar el otorgamiento de la última voluntad. Así, pues, como los testigos presenciales son los únicos que pueden deponer de cuantas circunstancias concurren en el acto de espresar su voluntad el testador, ha exigido la *Ley* que manifiesten clara y terminantemente, que le efectuó en un solo acto. También sobre este particular disponen las leyes civiles lo conveniente, y pueden consultarse los espositores del derecho civil.

Que los testigos son los que exige la ley, y reúnen las cualidades que la misma establece. Los dos requisitos que comprende la cláusula precedente se absorben en solo el primero, si únicamente se consulta el texto literal: porque si los testigos tienen que reunir ciertas cualidades establecidas por las leyes, claro es que los que no las reúnen no son los testigos que la *Ley* exige.

No es ese, sin embargo, el espíritu del *art. 1387*; la primera parte de *núm. 4.º* se refiere al de los que han de asistir al otorgamiento en concepto de testigos; la segunda hace relación á las circunstancias personales de que tienen que invertirse los asistentes para merecer crédito en las últimas voluntades, que por sus condiciones especiales exigen aquellas cualidades que en otros instrumentos no son necesarias, como por ejemplo la de vecindad en los nuncupativos, en ciertos casos particulares.

Efectivamente, para que sea válido el testamento otorgado de palabra, es necesario que concurren ó cinco testigos vecinos del lugar en que se otorgó; ó tres con igual calidad, si asiste escribano público; ó tres vecinos sin escribano, si no pudiesen ser habidos mas en el lugar. Así es que para que el juez eleve legalmente aquel testamento ó escritura pública, tiene que resultar de las declaraciones de los testigos, que asistieron tres con el escribano y con la calidad de vecinos, y demas circunstancias que acrediten su habilidad, ó mas bien que nada aparezca contra esta; ó que concurren cinco vecinos, ó que siendo tres sin escribano, fué porque no pudieron ser habidos mas en el lugar.

no obstante que se practicaron las diligencias necesarias para hacerlos.

Cuando resulten de las declaraciones prestadas por los testigos que asistieron al otorgamiento todos los requisitos de que queda hecha mencion, tiene que declarar el juez testamento lo depuesto por los testigos, pero con *la calidad de sin perjuicio de tercero*. Nunca es supérfluo lo que tiende á estorbar que se susciten cuestiones y litigios, porque no daña lo abundante siempre que sea de buena calidad. Así acontece con esa cláusula ó reserva que tienen que espresar en el auto, por el que se manda elevar á testamento lo declarado por los testigos; porque aunque semejante cláusula no se inserte en la providencia, virtualmente va comprendida en ella, en razón á que toda disposición judicial que se dicta sin audiencia, no perjudica á los que en el asunto no intervinieron.

Debe el juez ademas mandar que se protocolice el espediente en el registro de una escribanía que tiene que designar el mismo. Esta última parte del *art. 1387* no es exacta, no está á lo menos en armonía con las declaraciones que sobre el mismo particular hacen los *arts. 1388* y *1389*; de los cuales nos ocuparemos muy en breve. Por ahora importa únicamente dejar consignado, que el espediente integro tiene que protocolizarse en la escribanía que corresponda; que del mismo, ya protocolizado tiene que dar el escribano cuantos testimonios se le pidan por las personas que segun las leyes tengan derecho á pedirlos; y que estos documentos son aquellos, de los cuales pueden espedirse cuantas copias se soliciten por las personas competentes, en razón á que la multiplicación de aquellas no producen los efectos que quisieron evitar las leyes, al prohibir que de ciertos documentos no pueda darse mas que la primera copia, porque de lo contrario se multiplicarian las acciones, y con cada una de ellas se produjera una demanda nueva.

ART. 1388. *Será preferida para la protocolización de todo testamento hecho de palabra, y que se eleve á escritura pública, la escribanía del lugar en que tuviere su domicilio el testador.*

Si hubiere varias, se hará en la que designe el Juez.

ART. 1389. *No habiendo Escribano público en el lugar del do-*

micilio del testador, tendrá lugar la protocolización en la escribanía de la cabeza de partido que el Juez determinare.

Las disposiciones comprendidas en los artículos precedentes ocasionarán dudas respecto al caso en que intervenga escribano en el testamento hecho de palabra. Tratándose de la protocolización del espediente que se forma para elevar el testamento a escritura pública, tuvo presente la *Ley de enjuiciamiento* la conveniencia y aun la utilidad de que se archiven en el oficio, en donde sea mas fácil á la posteridad hallar documentos tan interesantes. El lugar del domicilio se consideró el mas á propósito para conseguir ese propósito; así es, que el *art. 1388* prescribe que se haga la protocolización en el lugar del domicilio del testador, toda vez que haya en él escribanía numeraria; y si hubiere mas de una, en la que el juez del partido que intervino en el espediente designe.

Provee tambien de remedio el *art. 1389* para el caso de que no haya numeraria en el lugar del domicilio del testador, ordenando que se protocolice el espediente en el pueblo cabeza del distrito que el juez designe, supuesto que hubiese mas de una. Todo lo dispuesto en ambos artículos es fácil de comprender y de justificar.

¿Pero son aplicables esas disposiciones de la *Ley* al caso en que asista escribano como tal al otorgamiento de la última voluntad, que no se reduzca á escritura pública, cualquiera que sea el motivo por el que no se estienda la escritura pública? Protocoliza, por ventura, el testamento nuncupativo ó abierto escrito y autorizado por escribano, el mismo que como tal intervino en él, ó se lleva á la numeraria del lugar en que se halle domiciliado el testador, dado que le otorgase fuera de este? Las disposiciones de los *arts. 1388* y *1389* son generales: no distinguen entre los dos casos previstos, por cierto, en los anteriores *1383* y *1384*; de modo que, aunque pudiera presumirse que aquellos no hiciesen mencion por olvido del caso de asistencia de escribano, no cabe semejante recelo, porque acababa la *Ley* de hacerse cargo de él espresamente.

Esta circunstancia nos inclina á creer que en todo caso, sin distincion entre el en que asista el escribano, y el en que sola-

mente presencien testigos la manifestacion de la última voluntad, siempre se protocolizará el espediente en la forma prescrita por los *arts. 1388* y *1389*. La observacion que puede fundarse en lo establecido para cuando el testamento se estienda por cédula autorizada por escribano, no induce contradiccion ni falta de consecuencia en los principios; porque en este caso se otorga desde luego un instrumento público, y por consiguiente la protocolizacion debe efectuarse en la numeraria del que le autoriza. Esto es lo procedente con arreglo al derecho establecido: acaso conviniera que se protocolizase en todo caso en el oficio del domicilio del testador.