

TITULO XII.

DE LA APERTURA DE LOS TESTAMENTOS CERRADOS.

Observaciones.

Lós testamentos cerrados son, á no dudar, los mas espuestos á fraudes, porque si bien las multiplicadas precauciones y solemnidades que las leyes exigen para su otorgamiento, no dejan de oponer graves obstáculos á la falsificacion ó suplantacion, no por eso ha dejado de acreditar la esperiencia, que se burla á las veces la voluntad del testador, por medios que mejor es callarlos para que no sirvan de enseñanza. Y si cierto es que las últimas voluntades suplantadas han sustituido á las verdaderas, no es menos exacto, que la facilidad de que pasen desapercibidos los amaños está en relacion directa con la diligencia en la apertura de los testamentos que las contienen.

La *Ley de enjuiciamiento* ha reconocido ademas que puede el testador conservar en su poder ó en el de tercera persona el testamento, que hiciese despues de cerrado con las solemnidades que las leyes civiles prescriben. Cuando esto acontezca, la posibilidad de la suplantacion ó de la falsedad es mucho mas evidente; porque como despues de muerto el testador no puede desmentir á los delinquentes, claro es que les queda mas desembarazado y espedito el camino para poner en juego toda clase de malas artes.

Aprovechando los autores de la nueva *Ley* las lecciones de la esperiencia, establecen reglas de esquila precaucion para la apertura de los testamentos cerrados; la esplicacion de cada una de ellas persuadirá á nuestros lectores, de que las trabas que las mismas comprenden dificultarán en adelante las suplantaciones. Si peligro habia en que se presentase un testamento cerrado des-

pues de sustraído el que lo era en la realidad, se prescribe para evitarlo la consignacion en una diligencia del reconocimiento de su estado. Si el trascurso del tiempo pudiera impedir la presentacion de todos los testigos ó del escribano autorizante, en la *Ley* se hallan prefijados los medios mas á propósito de suplirlos, atendiendo á la seguridad. No establece la *Ley de enjuiciamiento* novedades de gran mérito ni de importancia, pero reproduce lo que en la práctica se venia observando con aceptacion universal.

Mas si bien estamos completamente de acuerdo en esta parte con las disposiciones que despues esplicaremos, no podemos de modo alguno conformarnos con lo que ordena la *Ley* en cuanto á las tituladas memorias testamentarias. Tanto distamos de reconocer en esos documentos una parte de la última voluntad, á pesar de que se justifique su identidad por las señales que deje el testador de que son los nombrados por él, consideramos una contradiccion manifiesta entre los principios que sirven de base á las leyes sobre testamentifaccion. ¿Para qué exigir la concurrencia de siete testigos cuando menos, para que presencien la manifestacion de la voluntad del testador, y el acto de cerrar el testamento, si vale despues un papel cualquiera que se presente como memoria testamentaria?

Tratando de esta materia los espositores del derecho consig-nan opiniones propias, y se refieren en su mayor parte al célebre comentador Matienzo en la *ley 1.^a, tit. 4, lib. 5 de la Recop.*: pero ni aquellos ni este citan disposicion alguna legal, en que funden las doctrinas que sustentan como jurisprudencia vigente. Si, pues, las memorias testamentarias, mencionadas ó no en el testamento, se reputan parte de este, y adquieren toda la fuerza y eficacia de las últimas voluntades solemnes por el solo hecho de acreditarse que son del testador, ¿por qué ni para qué exigir tantos y tantos requisitos y solemnidades para el otorgamiento de un simple codicilo, al mismo tiempo que se consiente que sin necesidad de ellas pueda el testador hacerlo por medio de aquellas memorias? ¿Para qué se exigen en los codicilos asi cerrados como abiertos, las mismas solemnidades que en los testamentos nuncupativos, si por un papel simple puede el testador manifestar nada menos que el nombre del instituido heredero?

Recordamos en este momento un pleito célebre en el que se cuestionaba sobre la eficacia de una cédula testamentaria, referente á una herencia pingüe, en el cual recayeron providencias discordes en las respectivas instancias, quedando por fin ejecutoriada la eficacia de la memoria, segun podrá observarse en el *Comentario á los arts. 1398 y 1399* en el cual, con la detencion correspondiente á materia tan interesante, esponemos la jurisprudencia teórica y práctica que conviene tener presente. Pero como no siempre lo mas útil y ventajoso es lo sancionado por la *Ley*, aunque en esta viéramos consignado el principio preceptivo de que toda disposicion citada en el testamento fuese válida, acreditada su identidad dejáramos de impugnar la teoria que reconoce la *Ley de enjuiciamiento* al tratar de las memorias testamentarias.

ART. 1390. *Luego que se presentare ante cualquier Juez un testamento cerrado, hará que se estienda por el Escribano diligencia espresiva de su estado, firmándola la persona que haya hecho la presentacion.*

ART. 1391. *En dicha diligencia se espresará como se han encontrado su cubierta y sus sellos, y las demas circunstancias que se noten y puedan dar á conocer el estado del pliego que lo contenga y se haya presentado.*

Varias son las disposiciones que comprenden los artículos preinsertos, todas ellas relativas á los primeros actos, por los que debe comenzar el espediente que se instruya con el fin de proceder á la apertura del testamento cerrado, las cuales deben aplicarse á los codicilos de la misma clase; porque como ya hemos dicho en otra ocasion, todo lo perteneciente á testamentos, en cuanto á las diligencias de su apertura ó reduccion á instrumento público, es aplicable á los codicilos.

Luego que se presentare ante cualquier juez un testamento cerrado. Presupone la *Ley de enjuiciamiento* que se hallan vigentes las *leyes 1.ª y 2.ª, tit. 2.º, Part. 6.ª*, en las que se dispone que todo el que tenga interés en un testamento pueda pedir ante el juez que se abra, reclamándole este de quien le tuviere para que le presente; y "si fuere rebelde, de manera que lo nonquisiere mostrar, deve pechar á aquel ó aquellos que lo demandan, tanto

como les fuere mandado en el testamento; é demas, el daño, é el menoscabo que les viniere por esta razon, porque gelo non quiso mostrar."

Las *leyes Recopiladas* reconocieron asimismo que los testamentos cerrados pueden obrar en poder de terceras personas; porque no obstante que el escribano autoriza en la cubierta la manifestacion hecha por el testador, suele reservarse ese documento ó ponerlo en manos de terceras personas, como puede verse en la *5.ª, tit. 18, lib. 10*; en la cual se ordena que, el que tuviere en su poder el testamento, le presente ante el alcalde, y si no lo hiciere dentro de un mes, pierda lo que debe haber de la manda, invirtiéndolo en sufragios por el alma del difunto; y si ninguna cosa tuviere que percibir de la herencia, quedara obligado al pago del daño causado á la parte, y de 2000 maravedis para la Cámara.

Pero segun la cláusula arriba inserta los testamentos se presentaban ante el alcalde sin determinacion de la competencia, si bien podia entenderse que debiera hacerse ante el del lugar de la residencia de la persona que le tuviere en su poder. La *Ley de enjuiciamiento* comprende una declaracion esplicita; permite la presentacion del testamento ante cualquiera juez; de modo que no reconoce competencia alguna, sino que por el contrario autoriza á todos los jueces de primera instancia para admitir las solicitudes sobre apertura de los testamentos cerrados, y su intervencion en la práctica de las diligencias necesarias al efecto.

Hará que se estienda por el escribano diligencia espresiva de su estado. Antes de esplicar la precedente cláusula, mas esplicitamente espuesta en el *art. 1391*, conviene advertir que la *Ley de enjuiciamiento* ha incurrido, á nuestro parecer, en una omision de alguna importancia por las consecuencias que puede producir. Tratándose de los testamentos hechos de palabra determina el *art. 1380*, que solo á instancia de parte legitima se pueda pedir la reduccion á escritura pública; y nada dispone respecto á esta circunstancia al hablar de la apertura del testamento cerrado. Concibese á primera vista la razon de diferencia, consistente sin duda en que, como los documentos de esta última clase pueden hallarse en poder de personas, que no se encuentren en alguno de los tres casos enumerados en el *art. 1381*, ó no se

abrira el testamento, o será preciso permitir que solicite la apertura el que lo tenga en su poder.

¿Pero será bastante la sola instancia de la parte para que el juez ordene que el escribano estienda diligencia espresiva de su estado, y la practica de las demas actuaciones consiguientes? Esta es la omision que notamos en la *Ley*; pero que deberán suplir los jueces, porque es probable proceda de un olvido. No basta pedir que se abra un testamento; es indispensable que se acredite que ha fallecido el testador; porque de no exigirse la prueba de ese hecho, pudiera autorizarse la apertura de un documento que contuviera secretos, que quisiera el testador permaneciesen ocultos hasta su fallecimiento.

Firmándola la parte que haya hecho la presentación. Esta precaucion es tan justa como conveniente: lo primero, porque pudiendo ser ocasional de responsabilidades el estado en que se encuentre el testamento al presentarle, la justicia exige que se haga por medio de la firma constar, que el presentante conviene en la exactitud de la diligencia que estienda el escribano; y lo segundo, porque de ese modo se contendrá al que se propusiera cometer un abuso.

Pero será fácil que el que haga presentación del testamento no sepa escribir, y como la *Ley* presupone la posibilidad o la capacidad, pudiera dudarse, si en caso de no poder firmar aquel, bastará la autorizacion del escribano, que de fe del estado en que se presenta el testamento. No es fácil salvar la dificultad que nace de esa omision, porque las disposiciones de las leyes en casos idénticos son desemejantes. Tratándose de las deposiciones de los testigos, si no saben firmar; basta que se espresé esa circunstancia: pero respecto a las notificaciones y citaciones, ha dispuesto la *Ley de enjuiciamiento* que firme un testigo a ruego. ¿Cuál de esas disposiciones será aplicable en el caso de que tratamos por razon de analogia? ¿Acaso el silencio del *art. 1390* querrá significar que no es necesaria la firma del presentante, cuando no pueda hacerla.

No se necesita la firma del que declara, y no sabe o no puede escribir, ni que un testigo lo haga por él; porque bastante autoridad dan a la declaracion la fe del escribano y la firma del juez que la recibe; y es indispensable en las notificaciones, por

que como se hacen en un acto, que pasa exclusivamente entre el escribano y el notificado, se ha querido evitar todo abuso. Pues bien, comparando la diligencia que prescribe el *art. 1390* con los dos casos mencionados, observase con toda claridad, que existe razon de identidad entre la notificacion y aquella, y que por lo mismo serán necesaria la firma de dos testigos, sino puede ó no quiere hacerlo el presentante.

Suelen á las veces los testadores dejar los testamentos en poder de los escribanos, que autorizan el acto de la manifestacion de la voluntad del testador; en estos casos, no es necesario que se fije la diligencia espresiva de su estado al presentarse la solicitud sobre apertura del testamento, porque falta el supuesto de que parte la disposicion del *art. 1390*.

Suponiendo que un tercero presente el testamento, el escribano estenderá diligencia que describa lo que observa en la cubierta, ya sea en sentido que indique alguna novedad notable, ya en el contrario; esto es, manifestará qué número de firmas comprende; los nombres de los firmantes; la clase de papel que forma la cubierta; la forma en que se halla cerrado; la materia con que se ha cerrado; y en una palabra, todas las demas circunstancias que puedan contribuir á justificar, lo mismo su estado primitivo ó ageno de cualquiera sospecha de suplantacion, como por el contrario, las señales ó vestigios de adulteracion, porque los comprobantes de uno de esos extremos inducen á no recelar en sentido contrario.

ART. 1392. Hecho lo que queda prevenido en el artículo anterior, dispondrá que se cite para el día siguiente, ó antes si es posible, al Escribano y testigos que firmen en su cubierta, á fin de hacer ante ellos la solemne apertura del pliego.

Estendida la diligencia espresiva del estado del testamento cerrado, no puede ordinariamente demorarse su apertura, porque como una de las partes que suelen comprender las últimas voluntades, hace relacion al enterramiento del cadáver, y este acto no puede dictarse segun las leyes de salubridad pública, el señalamiento de día posterior, al en que tiene que darse sepultu-

ra al difunto, impidiera la ejecución con arreglo á las prescripciones testamentarias. Pero como por otra parte puede acontecer que el juez se halle ocupado en atenciones perentorias, no se ha prefijado un término improrogable con el objeto, de que dentro de él se practiquen las diligencias de solemne apertura.

Ademas de esa poderosa razón, es fácil también que algunos testigos de los presenciales al cerrar el testamento no se hallen en disposición de presentarse dentro de un número reducido de horas, y como es de gran interés que asistan al acto de la apertura, ha debido prudente dejar al arbitrio judicial el señalamiento de día.

El día siguiente, ó antes si es posible. Esta limitación, sin embargo, dice bastante para el juez que desee cumplir con su deber; la fijación del máximo, le enseña que es indispensable la concurrencia de una causa poderosa de interés público para estender el plazo á mas allá del día siguiente al de la presentación del testamento. No manda el artículo que nos ocupa, que se señale también la hora, pero se sobreentiende, por ser un acto simultáneo el de la apertura, al que tienen que concurrir todos los testigos, la parte presentante y el escribano que presencié y autorizó el testamento.

Al escribano y testigos que firmen su cubierta. Hemos creído escusado referir en estos *Comentarios* las solemnidades esternas que las leyes exigen para el otorgamiento de testamentos cerrados; y decimos *otorgamiento* refiriéndonos al acto, en que el testador manifiesta que el contenido del pliego cerrado es su última voluntad, porque muy bien puede suceder que se hubiese estendido con muchos años de anticipación, conservando el testador en su poder el pliego; pero como no es en esa fecha en la que toma el carácter de testamento solemne, por esa causa no aludimos á ella.

Supuesto, pues, que es indispensable la asistencia de escribano, que dé fé de lo manifestado por el testador ante cierto número de testigos, que presencian aquel acto, y que se cierre el pliego con ciertas formalidades, claro es que tanto para reconocer las firmas, como para deponer en cuanto al estado en que el testamento se halla, necesita citarse, no solo á los testigos sino

también al escribano, que como depositario de la fé pública figura en primer término en aquel acto solemne.

ART. 1393. *Si alguno, ó algunos, de los testigos hubieren fallecido, ó se hallaren ausentes, serán abonados, examinándose dos testigos que conozcan las firmas de ellos y aseguren la semejanza de las del pliego con las legítimas.*

No podia la *Ley*, sin incurrir en una omisión censurable, haber dejado de adoptar las prevenciones necesarias para proceder á la apertura del testamento, en el caso de ser ó imposible ó difícil la presentación de todos los testigos en el acto en que se realiza. De la muerte ó ausencia hace mención el *art. 1394* como causas impeditivas de la presentación de alguno ó algunos de los testigos; pero es preciso convenir en que, á mas de aquellas tienen que reconocerse otras de igual ó parecida naturaleza, las cuales producen el mismo efecto, y en nuestro sentir obligan á tomar las mismas precauciones que aquellas. Supóngase, por ejemplo, que el testigo se halla gravemente enfermo, en tales términos que si pasasen el juez, el escribano y los demas testigos á su casa, no pudiese reconocer el testamento; supóngase que se halla preso é incomunicado ¿podrá acordarse el abono de aquellos testigos, á la manera que se practica con los fallecidos ó ausentes? ¿No existen en ambos casos razones de identidad? ¿No es una misma la causa impeditiva de la realidad? Ni un momento vacilamos en asentir á la interpretación estensiva; porque no podemos persuadirnos de que pretenda la *Ley*, que en razón á la imposibilidad, en que se hallan los testigos para reconocer el pliego cerrado, haya querido que se suspenda la apertura hasta que cesen aquellos impedimentos, que no proceden de la voluntad del testigo, y mucho menos cuando la apertura no irroga perjuicio alguno.

Y no es por cierto la opinión que dejamos consignada ni nueva, ni contraria al espíritu de la *Ley de enjuiciamiento*. Precisamente la *ley 3, tit. 2, Part. 6.^a*, se hizo ya cargo de la posibilidad de que no todos los testigos se hallen en aptitud para asistir á la apertura del testamento cerrado. Tratando de ese caso dice aquella *Ley*, despues de referir los extremos que han de

reconocer los testigos. Si la mayor parte de ellos dixeren, que pusieron los sellos en el testamento, debe ser abierto ante ellos, é leydo, magüer todos non se acertassen y..... E despues desto, de velo embiar á aquellos, que non fueren presentados, que conozcan sus sellos, si fuesen *dolientes*, ó personas muy honrradas, ó si fuesen en otra tierra, que non pudiesen ser llamados, nin venir sin grand trabajo..... E si por ventura el juez non pudiese haber los testigos ante quien fué fecho el testamento para abrirlo ante ellos, porque fuesen todos, ó la mayor partida de ellos en otra tierra, estonce decimos, que si el judgador entendiese, que podia acaecer algund daño, ó algund embargo, por razón de que el testamento no se abriese, ante que aquellos testigos pudiesen venir, que devé hacer venir antesi ó más buenos é abrir el testamento ante ellos; é desque fuero abierto, de velo mandar trasladar á leer. E de si deve cerrar el testamento, é mandar que aquellos ó más buenos, que pongan sus sellos en él, etc. Demuestran por el contesto de la ley de Partida que asi en la ausencia como en la enfermedad de los testigos procede la apertura del testamento cerrado y previo el abono de los no comparecientes por otros que concurrán á presenciá aquel acto solemnemente, como se ve en el art. 1394.

Art. 1394. Si el Escribano hubiere fallecido, ó se hallare

ausente, será también abonado de la manera prevenida en el artículo anterior.

El Juez y Escribano, ante quien se instruya el expediente cotejarán su signo con otros del mismo que sean indubitados, cuando esto pueda verificarse.

Puede también acontecer que el escribano que asistió en concepto de tal al acto de cerrar el testamento, haya fallecido ó se encuentre fuera del pueblo, en el cual se haga presentación de aquel para su apertura; en cualquiera de esos casos es preciso abonarle, no tan solo en cuanto á su personalidad, sino también respecto á la calidad de tal escribano. El art. 1395 dispone que se le abone en la forma prescrita para los testigos en el 1394, y que además cotejen su signo el juez y el escribano, que intervengan en el expediente que se instruya sobre apertura con otros indubitados, cuando esto pueda verificarse. Esta cláusula llamará la nuestra, porque revela las dificultades que no se han previsto ni por consiguiente prevenido los remedios oportunos para salvarlas.

Comprende muy bien cuanto disponen los arts. 1394 y 1395 para cuando ó los testigos ó el escribano no puedan comparecer al acto de abrir el testamento; el modo de abonarlos es fácil y sencillo; pero ha debido tenerse presente que el testamento cerrado obra en poder del testador, ó de persona á quien este le confie; que según el art. 1390 es lícito presentarlo para su apertura ante cualquier juez, y que fácilmente acontecerá que esto se efectúe en lugar distante del en que se otorgó, de manera que ni los testigos ni el escribano sean conocidos del notario que intervenga en las diligencias, ni de otras personas del mismo pueblo que conozcan á aquellos. En ese caso posible, y aun probable, de qué medios se valdrá el juez para proceder á la apertura; supuesto que ni comparecerán los testigos, ni el escribano, ni otros de abono, ni tendrá signos indubitados de este para hacer el cotejo?

La Ley de enjuiciamiento no ha prevenido lo que debe ejecutarse en semejantes casos; y como no puede dejarse sin cumplimiento la última voluntad, opinamos que deberá observarse lo

prescrito en la ley de Partida mas arriba citada; esto es, que habrá de acreditarse por medio de informacion la ausencia de los testigos y del escribano, ó su fallecimiento; la calidad de aquel funcionario publico; la existencia de todos ellos al tiempo de efectuarse el otorgamiento en el lugar donde se hizo; que todos eran personas dignas de crédito; y si fuese posible se procederá tambien á la comprobacion ó el reconocimiento de las firmas, y del signo del escribano; porque todos estos extremos conducen á justificar en primer término, que no ha sido un acto de arbitrariedad la apertura del testamento sin la presencia de los testigos; y en segundo á demostrar tambien cuando menos la probabilidad de que la presentada en pliego cerrado es la voluntad del testador.

Tambien guarda silencio la Ley respecto al caso posible, y precebido por las leyes de Partida, de que el escribano autorizante y los testigos se contradigan en los hechos relativos al otorgamiento, de tal modo que nieguen su concurrencia, ó si el testamento fuese abierto, pero escrito, no convengan en la exactitud de las disposiciones comprendidas en aquel. Ciertamente corresponde á las leyes civiles la determinacion del derecho que debe regir en semejantes casos, pero como el asunto es grave, é interesa tener presente las disposiciones legales, conveniente será advertir que se halla vigente la ley 115, tit. 18 de la Partida 3.^a, en la cual se dispone que, si el escribano publico que autoriza la carta ó instrumento comparece ante el juez, y dice que no es suya la firma que figura en aquel, debe ser creído y declararse nula la escritura, salvo si la parte que la presenta prueba lo contrario. Pero que si el escribano y los testigos instrumentales depusiesen en sentido contradictorio, entonces, si el escribano es hombre de buena fama, y resulta conformidad de la comparacion de la escritura con el registro ó protocolo, debe ser creído aquel y no los testigos, y la escritura será válida y eficaz. Pero si por el contrario, el escribano no es de buena fama, y los testigos gozan del concepto de hombres buenos, é hiciere poco tiempo que se otorgó la escritura, en ese caso deben ser creídos y no el escribano, siempre que resulte completa conformidad entre los deponentes.

o) Nótase sin embargo en la ley referida que exige conformidad

entre la escritura y el registro para dar crédito al escribano sobre las declaraciones de los testigos, y como tratándose de testamentos cerrados no existe semejante registro, puede dudarse sobre á si tendrá aplicacion á ellos la distincion que hace la ley de Partida. Grave es la dificultad para que nos atrevamos á consignar una opinion definitiva; pero si diremos que, fundándose se la ley citada mas especialmente que en ninguna otra razon, en la de que el trascurso del tiempo puede haber hecho olvidar á los testigos la verdad de lo ocurrido, su crédito debe prevalecer cuando se trata de hechos tan próximos como el del otorgamiento de una disposicion testamentaria.

ART. 1395. *Tanto el Escribano como los testigos, si están presentes, reconocerán sus firmas, espresando bajo juramento si son de su puño y letra.*

Tambien espresarán con igual solemnidad, si vieron poner las firmas de los que hayan fallecido, ó estén ausentes, y las tienen por legítimas.

Poniéndoseles el pliego de manifiesto y permitiéndose lo reconozcan previamente, espresarán igualmente si lo encuentran en el mismo estado en que se hallara cuando firmaron su carpeta.

Ocúpase el artículo precedente de fijar los extremos sobre los cuales han de declarar tanto el escribano como los testigos, que suscriben la cubierta del testamento que haya presentado la parte, ó que se hallare en poder del escribano: pero ni en aquel artículo ni en ninguno de los siguientes se hace mencion de varias circunstancias, que se exigen al reducir á escritura pública las últimas voluntades hechas de palabra; pertenecientes las unas á la forma en la instruccion del espediente, y las otras á los hechos que debieron pasar en el acto del otorgamiento. En efecto, se halla prescrito en el art. 1383 que se reciban las declaraciones á los testigos separadamente, y de tal modo que no pueda llegar á noticia de los unos lo que hubiesen declarado los otros. Asimismo, se ordena que depongan sobre si oyeron ó no de la boca del testador la manifestacion de su última voluntad, y sobre si todos ellos se hallaron presentes en un mismo acto, y no se interrumpió el otorgamiento. Pues bien, cuando se trata de los testamentos cerrados, tendrán que recibirse las declaraciones á los testigos separadamente y depondrá tambien el