

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.

Ocupase 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 expediente, 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

escribano como uno de tantos, aunque sea con la calidad de tal? ¿Se les preguntará sobre la unidad del acto, y acerca de la audiencia de las palabras espresadas por el testador, para que manifiesten si tienen seguridad de que fueron pronunciadas por el mismo? Parece que la espresion de la *Ley*, en el caso referente á los testamentos nuncupativos, debe considerarse como excluyente de esas circunstancias para la apertura de lo cerrados; pero como todas ellas son por una parte de gran interés, para formar convencimiento de la legitimidad de las últimas voluntades; y como por otra no es lógica la deducción de que la inclusion de un caso excluye á los demas, nosotros aconsejariamos á los jueces que sigan la práctica observada hasta nuestros dias de recibir las declaraciones por separado á los testigos, y de preguntarles por la unidad del acto; asi como tambien si oyeron de la boca del testador, que el pliego que presentaba cerrado, ó que se cerrase en el acto, contenia su última voluntad, para que testificasen de esa manifestacion en su dia. De proceder asi podrán los jueces hacer algo mas que lo que la *Ley* espresa; pero esa superabundancia será siempre beneficiosa.

Al poner en práctica las disposiciones del *art. 1395*, acaso convendrá invertir el orden por el que se enumeran en el mismo, los extremos que han de ser objeto de las declaraciones de los testigos y de la diligencia que estenderá el escribano. Por esa causa nos separamos del sistema que venimos siguiendo en nuestros *Comentarios*.

Comparecido á la presencia judicial el testigo, se le pondrá de manifiesto el pliego comprensivo de la última voluntad, en la misma forma que le presentó la parte que solicita la apertura; y asi efectuado, no solo se le permitirá, como dice el *art. 1395*, sino que se le obligará á que le reconozca previamente, preguntándole despues el juez, si le encuentra en el mismo estado en que se hallaba cuando escribió su firma en la carpeta, y consignando la respuesta que diere.

Entiéndese que, antes de poner de manifiesto el pliego al testigo, tiene que recibírsele el juramento correspondiente, segun la clase á que corresponda; porque ademas de prescribirlo el *art. 1395* terminantemente, es doctrina general en jurisprudencia, que todas las declaraciones que se presten á la presencia ju-

dicial, tienen que ser juradas para que merezcan crédito, si alguna vez fuese menester utilizarlas en juicio.

Reducida la declaracion del testigo al solo reconocimiento de su firma, porque no tiene conocimiento de los particulares que comprende la disposicion testamentaria, claro es que despues de haberla examinado, se le preguntará por el juez si es de su puño y letra, y se halla en el mismo estado que tenia, cuando la escribió en la carpeta que se pone á su vista. En el caso negativo se hará constar en la declaracion lo que observare; pero espresando al mismo tiempo, si no obstante los defectos, variaciones y demas en la forma, la reconoce por suya; porque bien puede acontecer que aparezca defectuosa, y que sin embargo deba considerarse como fehaciente, y agena de toda sospecha de falsificacion.

Pero ademas de esa pregunta comun á todos los testamentos, porque es precisamente el objeto de las declaraciones, puede acontecer que necesiten hacerse algunas mas al testigo por razon de circunstancias especiales que ocurran, tales como la de haber fallecido alguno ó algunos de los firmantes ó la de hallarse ausentes. En estos casos, conviene depurar todo lo que conduzca á justificar la unidad del acto, y la identidad de las firmas de los testigos: por lo que se hace indispensable, á virtud de lo prevenido en la *Ley de enjuiciamiento*, que el juez pregunte al testigo, si vió poner las firmas de los que hubieren fallecido ó estén ausentes, y si las tiene por legítimas.

Tampoco determina la *Ley* que se consigne en las declaraciones de los testigos, si tienen la edad necesaria y reúnen las demas cualidades que son indispensables para testificar en las últimas voluntades, á la manera que lo ordenó espresamente en los *artículos 1386 y 1387*, que tratan de la reduccion á escritura pública de los testamentos hechos de palabra. Respecto á la edad debe estarse á lo establecido por regla general, para todas las declaraciones, que se reciban en cualquiera clase de asuntos judiciales. En cuanto á la vecindad, debe tambien espresarse, pero sin necesidad de fijar la que tenían al tiempo de otorgar el testamento; porque no es requisito esencial para los cerrados, el ser vecinos del lugar en que se hace la manifestacion por el testador.

ART. 1396. *Hecho todo lo que queda prevenido en los artículos precedentes, se abrirá el pliego por el Juez ante los Escribanos y testigos, y la persona que lo hubiere presentado, leyéndose el testamento que contenga en presencia de todos ellos.*

Recibidas las declaraciones á todos los testigos presentes que suscriben en la carpeta del testamento, ó dada la informacion de que anteriormente se ha hecho mérito, y siempre que el testador no haya prohibido que su testamento ó parte de él se abra y publique hasta un tiempo determinado, se procederá á su lectura y publicacion, á virtud de providencia en la forma que prescribe el art. 1396. Pero si bien nada dice la *Ley de enjuiciamiento*, será prudente que los jueces adopten la precaucion de leer para sí, aunque á presencia del escribano y de los testigos, el documento que se halle debajo de la carpeta, á fin de evitar su publicidad, si contiene alguna parte que no deba hacerse notoria.

Cuando esto no acontezca, entregará el juez el pliego que se hallare cerrado al escribano para que le lea, hallándose presentes los testigos, y la persona que solicitó la apertura del testamento, para que de ese modo conste, sin sospecha alguna de suplantacion, que aquella era la última voluntad, contenida dentro del pliego que puso á su vista.

No dispone la *Ley* que de este acto se estienda diligencia alguna, pero no significa su silencio que se deje sin hacer constar en el espediente, que se leyó íntegro el pliego comprensivo de la última voluntad, espresando al mismo tiempo los nombres de los testigos presentes y de la persona que pidió la apertura, si citada concurrió á aquel acto. Tambien en nuestro sentir, deben firmar los concurrentes la diligencia, segun se practica de acuerdo con la *Ley* en casos idénticos.

ART. 1397. *Verificada la lectura, se dictará providencia mandando protocolizar el testamento con todas las diligencias originales de su apertura, dándose á la persona que lo haya presentado testimonio de la espresada providencia para su resguardo.*

El testamento cerrado consiste ordinariamente en un escrito de puño y letra del testador ó de persona de su confianza; mas

aunque en la cubierta firman testigos y autoriza un escribano, no por eso merece otra calificacion, sino la de documento privado porque de la parte testamentaria no dan razon los testigos ni oficialmente tiene noticia el escribano. Esto supuesto, claro es que, á la manera que el testamento hecho de palabra tiene que reducirse á escritura pública, protocolizandole, así acontecerá con el cerrado. Por esa razon, luego que se lee á presencia de los testigos y de la parte, por el escribano, mandará el juez que se protocolice con todas las diligencias practicadas para su apertura, y ordenará en la misma providencia que el escribano dé testimonio de ella á la persona que lo haya presentado.

En el *Comentario al art. 1400* se dispone que la protocolizacion se efectúe, tanto del testamento como de la memoria, si la hubiere, precisamente en el registro del escribano que haya autorizado el otorgamiento, si es posible; ó en otro caso, en la escribania que designe el juez del lugar del domicilio del testador. Aceptamos ambas disposiciones principal y supletoria; pero si bien en esta parte nada deja que desear, no puede menos de notarse el olvido del caso probable, de que no haya escribania en el pueblo del domicilio del testador. Si esto aconteciese, procederán los jueces de conformidad con lo dispuesto por la misma *Ley de enjuiciamiento* en casos semejantes. Por regla general prescribe que, cuando se protocolicen espedientes ó informaciones dadas en asuntos de jurisdiccion voluntaria, si no se efectúa en la escribania del domicilio del que los promueve, se archiven en el registro ó numeraria del pueblo cabeza de partido que designe el juez. Eso mismo debe practicarse en último término para protocolizar los testamentos cerrados con el espediente instruido sobre apertura.

Antes de concluir el *Comentario al art. 1397* conviene advertir que la nueva *Ley* no está conforme, ni con lo que disponian las anteriores, ni con lo que la práctica habia admitido. Prescribieron las *leyes 103, tit. 18, Part. 3.ª, y la 5.ª tit. 2 de la 6*, que abierto el testamento, mandase el juez proveer de testimonio literal á los herederos; pero respecto á los demás interesados, se limitaba este á la cláusula ó cláusulas que tuviesen relacion con sus personas ó intereses, pero sin espresar el dia, mes ni año en que se habia otorgado; porque temieron que haciendo

mérito de la fecha podía cometerse falsedad. La práctica, sin embargo, admitió que se diese á cada uno de los interesados testimonio literal de la cabeza y pie del testamento y de la cláusula que le interesara. Observase, pues, que segun las leyes citadas no se provee á las partes de testimonio de la providencia, por la que se manda protocolizar el testamento, sino de este, á diferencia de lo prescrito en la *Ley de enjuiciamiento*. ¿Querrá esto decir que en adelante no se den testimonios íntegros de las últimas voluntades protocolizadas? Lo que se ha establecido es, que si la parte no pide que se la provea de aquel documento, el juez no mande de oficio que se le dé; pero que, á fin de que pueda acreditar siempre que la convenga, que existe una última voluntad, se le dé de la providencia que se manda protocolizar, en la cual constará el archivo donde se efectúa; mas si pidiese testimonio del testamento, se le dará íntegro.

ART. 1398. *Si hubiere memoria testamentaria se estenderá diligencia espresiva de la persona que la haya presentado, ó en poder de quien haya sido hallada, de su estado, y de si hay en ella las señales que en el testamento se hayan consignado para darla á conocer.*

ART. 1399. *Hallándose en las memorias las señales referidas en el artículo anterior, se mandarán protocolizar juntamente con el testamento.*

Ocupáanse los dos artículos preinsertos de las llamadas *memorias testamentarias*, y en verdad que no recordamos ley alguna española que de ellas haga siquiera mención; únicamente podemos citar en apoyo de aquellas la jurisprudencia establecida, y admitida por los tribunales. Recordamos con este motivo la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo de Justicia en 7 de octubre de 1854, con ocasion del recurso de nulidad interpuesto por D. Tomás Calvo y Jorge Jordan en el pleito que promovieron en el juzgado de Teruel, del que conoció después la Audiencia de Zaragoza contra D. Juan de Mata Monton sobre mejor derecho á ciertos bienes vinculados. Uno de los considerandos que aquella sentencia comprende, dice así: «Considerando que si bien la memoria de dicho Juan José llama á la sucesion del vínculo á los referidos Muñozes, no pueden estos invocarla últimamente en su favor por no ser valadera, faltándo-

»la como evidentemente la falta, el requisito esencial no de haberse hecho mención de ella en el testamento, á que se refiere, »puesto que en este se habla solo de memorias para instruccion »de los albaceas, y de que estos podian prescindir á su arbitrio; »esto es, de memorias no obligatorias de suyo, como la de que »se trata.»

Observase, pues, que el Tribunal Supremo no cita disposicion alguna legal en corroboracion de la doctrina que sienta; presupone la necesidad de que en el testamento se haga mérito de la existencia de las memorias, para que tengan fuerza legal; y lógicamente se deducirá que es indispensable tambien, que correspondan las que se presenten á la época que indique el testador. De modo que si, por ejemplo, hablase en la última voluntad de una memoria estendida ya al tiempo de otorgarse aquella, se exigirá precisamente que la que se presente sea anterior á la fecha del testamento.

La orden espedita por la Regencia del reino en 24 de enero de 1841 acredita asimismo, que se deben respetar las memorias testamentarias, si bien con la limitacion que la misma comprende. Lamentándose de los abusos que se cometian en los dominios de Ultramar, dejando de nombrar los herederos en los testamentos, dice la orden mencionada:

«Para remedio del espuesto abuso de reservarse el nombre »de los herederos, para declararlos en papeles ó memorias simples, de conformidad con el Supremo Tribunal, se resuelve: »Que las Audiencias de esa Isla recomienden por medio de circular á los pueblos del territorio el uso de los testamentos cerrados para los que quieran ocultar el nombre de su heredero; recordando que conforme á lo dispuesto en las leyes 7.^a y 8.^a, título 3.^o, Part. 6, el nombramiento de la persona del heredero »solo puede hacerse en testamento ó codicilo; y finalmente »carguen á los escribanos públicos, que hagan entender á los »testadores la ineficacia del nombramiento de la persona instituida por heredero en memoria ó papel privado; sobre cuyo »cumplimiento vigilen con esmero las Audiencias, castigando »conforme á las leyes al escribano que en este punto se haga »culpable, bien por aconsejar lo contrario á los testadores, bien »por faltas contra la fé pública, que les está encomendada.»

Se estenderá diligencia espresiva de la persona que la haya presentado. Las memorias testamentarias obrarán unas veces en poder de persona á quien el testador la haya confiado, y otras se hallarán entre los papeles del difunto; de modo que puede llegar á manos del juez por distintos conductos. Si se presenta por una persona cualquiera, dice el *art. 1398* que se estenderá diligencia espresiva del nombre de la que lo efectúa. ¿En dónde? ¿Por quién? Estas preguntas se desprenden inmediatamente del silencio del artículo.

Es de suponer que cuando se presenta una memoria testamentaria, exista ya instruido, y acaso terminado tambien, expediente sobre apertura del testamento cerrado, ó cuando menos que si le hizo el testador de palabra, se haya elevado á instrumento público, ó si testó por medio de escritura testamentaria ante escribano con el número necesario de testigos, se tendrá presente ese documento para utilizarle y hacer las reclamaciones que se estimen procedentes; porque, aunque nada dice la *Ley* espresamente, es indudable que lo mismo puede el testador manifestar que sea válida cualquiera memoria en testamento hecho de palabra, que en el escrito abierto, que en el escrito y después solemnemente cerrado.

Esto supuesto, cuando se haya instruido expediente sobre apertura de testamento cerrado, si pende aquel en el juzgado, la diligencia de que hace mencion el *art. 1398*, se estenderá en el mismo expediente; cuando se halle ya protocolizado, como que una vez archivados los documentos no pueden sacarse, ni aun para presentarlos en el juzgado, tendrá que instruirse nuevo expediente, que segun el artículo citado comenzará por la diligencia espresiva del nombre de la persona que la presnetá. Si el testamento se hubiese otorgado de palabra, y pende todavía el expediente sobre reduccion á escritura pública, se estenderá tambien en el mismo, y si ya se hubiese protocolizado, se formará otro nuevo; y por último, cuando el testamento sea abierto, pero hecho por cédula ante escribano y testigos, se tendrá que formar expediente sobre reconocimiento y protocolizacion de la memoria.

Esta es en nuestro concepto la doctrina que se desprende del *art. 1398*, si bien discorde con lo prescrito generalmente

para todos los actos de voluntaria jurisdiccion, porque los expedientes que con relacion á ellos se instruyen, comienzan por escrito de la parte que los promueve.

Entiéndese que la diligencia debe estenderse por el escribano, á quien se haga presentacion de la memoria, ó por el que interviene en el expediente que penda en su caso; porque es cargo especial de aquellos funcionarios la estension de las diligencias judiciales: las atribuciones de los jueces corresponden á una esfera mas elevada.

O en poder de quien haya sido hallada. Esta disyuntiva presupone al parecer que la memoria testamentaria tiene que obrar en poder de alguna persona determinada; pero en nuestro concepto no es ese el pensamiento de la *Ley*, sino que ha querido distinguir entre el caso de presentacion, y el en que se halle la memoria al practicar el reconocimiento de los papeles del difunto; porque aunque es verdad que puede obrar aquella en poder de tercera persona, á quien la hubiese confiado el testador, ese caso se comprende en el primero, supuesto que no es indispensable la entrega voluntaria ó espontánea de la parte para que se diga presentada.

Quando la memoria se encuentre entre los papeles del difunto, se hará mérito de esa circunstancia en la diligencia, y se espresará tambien el sitio en que se halló con los pormenores indispensables para acreditar que es la misma, de que aquel hace mencion en el testamento.

¿Se estenderá tambien diligencia espresiva del estado en que se halla la memoria, cuando se presenta, ó se halla entre los efectos del difunto y para los efectos de los *arts. 1390 y 1391*? Nada dice la *Ley* en los *arts. 1398 y 1399* dedicados exclusivamente á tratar de las memorias testamentarias, aunque al parecer incidentalmente; pero como la razon en que se funda para exigir aquella diligencia es la misma, conveniente será que la práctica supla la omision de las disposiciones legales, porque no se concibe que siendo mas peligrosa la suplantacion de las memorias testamentarias, que la de los testamentos, se requieran menos seguridades para la identificacion y comprobacion de la legitimidad de aquellas que para la de estos.

Tambien es notable que para la apertura del testamento cer-

rado se exija la presencia de la parte que pide que aquella se efectúe, y que ante la misma y los testigos se lea el pliego cerrado en alta voz, en tanto que tratándose de las memorias testamentarias se disponga indeterminadamente, que si hay en ellas las señales que en el testamento se hayan consignado para darlas valor se eleven á instrumento público, protocolizándolas. ¿Cómo, pues, se acreditará que existen las señales citadas en el testamento? ¿Quién ha de hacer la comparacion para asegurarse de la identidad de aquellas? ¿Será suficiente que el juez confidencialmente, por decirlo así, se persuada, de que cuadran las señales de la memoria con las espresadas en el testamento, para que la tenga por la misma referida en aquel? Repetimos que la *Ley de enjuiciamiento* ha tratado de las memorias testamentarias con cierto desden y descuido, no obstante su gran trascendencia; pero como nosotros creemos que importa mucho adoptar cuantas precauciones sean posibles, á fin de evitar ó destruir los amaños y los fraudes que tan fácilmente pueden cometerse en esta clase de asuntos, no tendremos reparo en sostener que, no obstante que nada dice la *Ley*, será conveniente que se estienda diligencia espresiva del estado en que se presenta la memoria, á la vista de la misma parte que la entrega, firmándola esta; y cuando se hallare entre los papeles ó efectos del testador en el acto de reconocerlos, se hará mencion asimismo de su estado, autorizando la diligencia el escribano, firmándola además las personas que asistan á aquel acto, en concepto de interesados en la herencia ó por otros motivos, tales como los herederos, los testamentarios, y los legatarios á quienes se debe citar para que concurren á presenciarse la formación del inventario y les acomoda hacerlo.

También consideramos conveniente que, si es posible hacer comparecer á los herederos ó interesados en el contenido de la memoria, se les mande que concurren para que oigan su lectura, estudiándose la diligencia correspondiente que lo acredite, porque de ese modo se evitarán cuestiones ulteriores fundadas en motivos de desconfianza de suplantacion de la voluntad postrimera del autor del testamento y de la memoria.

Se mandarán protocolizar juntamente con el testamento. No siempre será posible realizar ese precepto legal; acontecerá al-

guna vez que la memoria se presente, ó se halle despues de cerrado el protocolo del año en que el testamento se haya otorgado, y en ese caso no puede unirse la memoria al testamento sin abrirle de nuevo, lo que no es permitido. Así, pues, dada la posibilidad, se unirá la memoria en el protocolo en donde se halle aquel, y en otro caso pondrá la nota correspondiente espresiva del lugar que ocupa la memoria, para que obre los efectos oportunos, siempre que quiera hacerse uso del testamento.

Quando se haga mencion de una memoria en testamento abierto otorgado por ante escribano y el número necesario de testigos, será imposible la union de aquella á continuacion del testamento, porque foliados los instrumentos públicos que sucesivamente se hayan otorgado, nada puede intercalarse. En ese caso se fijará la nota marginal al lado del testamento refiriéndose al folio que ocupa la memoria.

ART. 1400. *La protocolizacion de los testamentos cerrados y memorias, se hará precisamente en el registro del Escribano que haya autorizado el otorgamiento de los primeros, siempre que sea posible.*

Caso de no serlo por cualquier causa, en la escribania que designe el Juez de las del lugar del domicilio del testador.

En el *Comentario al art. 1397* esplicamos ya las disposiciones que comprende el preinserto 1400, por lo que sería oficioso reducir las en este lugar.