

esa gestion, y esto es lo que nosotros creemos que debía haber aclarado la ley.

Puede ocurrir que, tratándose de una herencia, los intereses del hijo estén en oposicion con los del padre, los de la mujer en oposicion con los de su marido, los del menor ó incapacitado en oposicion con los de sus guardadores, y que estos no quieran practicar á nombre de aquellos á quienes representan una gestion que personalmente les seria perjudicial y dañosa para su propio interés. Tal sucederá por ejemplo, en el caso de que el testamento hecho de palabra instituya heredero al menor y abierto el ab-intestato sea llamado á heredar los bienes el padre ó el tutor. En esas circunstancias, ¿seria extraño que el padre ó el tutor no practicaran las gestiones aconsejadas por el interés de su hijo ó de su pupilo? No desgraciadamente se ve con frecuencia que las cuestiones de interés oscurecen los más puros efectos y hacen olvidar los más sagrados deberes. No seria extraño que eso sucediera, y para el caso de que suceda importa dejar sentado que la mujer, el hijo, el huérfano ó el incapacitado puedan practicar por sí mismos esa gestion, y que si álguien denunciase al Juzgado el hecho de que un menor habia sido nombrado heredero en un testamento abierto y su tutor no practicaba gestion alguna para elevarlo á escritura pública, el Juzgado debe nombrarle curador *ad litem* que las practique inmediatamente, oyendo sobre esto al Ministerio público. Esto sin perjuicio del derecho de *restitutio in integrum*, que deja por todo evento á salvo los intereses del menor, derecho á que aquí no puede encomendársele todo, porque tratándose de un testamento ó codicilo hecho de palabra seria fácil que si trascurriese tiempo ya no se pudiera practicar la prueba que ha de demostrar su existencia.

En último caso nada se habria perdido por establecer que cuando tenga interés en el testamento cualquier persona desvalida sea considerado parte legítima el Ministerio público para practicar las gestiones de que se habla en este título.

*Jurisprudencia.*—“El artículo 1380 y los siguientes tratan de la manera de elevar á instrumento público los testamentos hechos verbalmente ante el número de testigos que previene la Ley Recopilada, y no son por tanto aplicables á los nuncupativos que puedan otorgarse en Cataluña ante notario y dos testigos. (S. de 25 de Octubre de 1861.)

“Segun el fuero especial de Aragon; es válido y firme el testamento otorgado ante el párroco y dos testigos vecinos del lugar, cuando no puede concurrir escribano, con tal que sea adverado en forma. (18 Setiembre 1863.)

“No son aplicables las disposiciones de este título al testamento foral de Cataluña otorgado ante Notario y dos testigos, ni tampoco al llamado sacramental. (25 de Octubre 1861, 18 Marzo y 18 Junio 1864.)

“Cuando el testamento nuncupativo ordenado ante Escribano no se redacta en escritura debidamente autorizada, para que sea declarado testamento, deben preceder las mismas formalidades que para el hecho por cédula ante testigos exige este título. (11 Junio 1864.)

“Los artículos 1380 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil fratan de la manera de elevar á instrumento público los testamentos hechos verbalmente ante el número de testigos que previene la Ley Recopilada, no siendo por tanto aplicables á los llamados sacramentales. (18 Junio 1864.)

“Ni por el artículo 1380 ni por el 1383, se dispone que aceptado un medio de prueba de la existencia de un testamento, no puede hacerse uso de las demas que reconoce el derecho. (7 Diciembre 1866.)”

Art. 1945. Si al otorgar el testamento de palabra, se hubiere tomado nota ó apunte de las disposiciones del testador, se presentará con la solicitud dicha nota ó memoria; se expresarán los nombres de los testigos que deban ser examinados, y el del notario si hubiere concurrido al otorgamiento y por cualquier causa no lo hubiere elevado á escritura pública, y se manifestará el interés legítimo que tenga el que promueve el expediente.

Art. 1946. El Juez dictará providencia mandando comparecer á los testigos y al notario en su caso, en el dia y hora que señale, bajo apercibimiento de multa, y de las demas correcciones que la desobediencia haga necesarias. (*Ley ant.*, art. 1382.)

Art. 1947. No concurriendo al acto alguno de los que deban ser examinados, sin alegar justa causa que se lo impidiere, el Juez lo suspenderá; señalará el dia y hora en que haya de tener lugar; mandará hacer efectiva la multa, y con-

minará al desobediente con mayor correccion en el caso de reincidencia.

Art. 1948. Cuando un testigo no compareciere por hallarse enfermo ó impedido, podrá pedir el interesado que se traslade el Juzgado á la casa del enfermo para recibirle declaración acto continuo de haber sido examinados los demas testigos.

Quando un testigo estuviere ausente del partido judicial, podrá solicitar que se le examine por medio de exhorto dirigido al Juez del pueblo de su residencia actual.

A lo que dispone el primero de estos artículos, debe ajustarse el escrito que presente quien sea parte legítima, para que se eleve á escritura pública un testamento ó codicilio hecho de palabra. Suministrará allí todos los datos necesarios para llevar á cabo este acto de jurisdicción voluntaria, y acreditará su derecho á pretenderlo. Inmediatamente que el Juez reciba este escrito, si con efecto resultase de él que hay motivo para tener por parte legítima al que lo produce para el acto de que se trata, lo admitirá dictando una providencia en que mandará comparecer á los testigos y al Notario. Este mandato se hará con apercibimiento, porque es indispensable que concurren todos, y si alguno no lo hiciere de grado se le obligará á obedecer. Dado lo árduo y trascendental del caso, están justificados tanto celo y tanta severidad por parte de la Ley. De ahí que esos apercibimientos deban hacerse efectivos en los términos que señala el art. 1947 y que, cuando la ausencia del Notario ó de un testigo obedezca á imposibilidad material de concurrir por enfermedad ó impedimento físico se proceda conforme á lo que ordena el art. 1948.

Art. 1949. Los testigos, y el notario en su caso, serán examinados separadamente, y de modo que no tenga conocimiento de lo declarado por los que les hayan precedido.

El actuario dará fe de conocer á los testigos.

Si no los conociere, exigirá la presentación de dos testigos de conocimiento. [*Ley ant., arts. 1383 y 1384.*]

Art. 1950. También deberá acreditarse, si no constare por notoriedad, la calidad del notario del otorgamiento en los casos en que hubiere concurrido. (*Ley anterior, artículo 1385.*)

Art. 1951. Cuidará el Juez bajo su responsabilidad, de

que se exprese en las declaraciones la edad de los testigos y el lugar en que tuvieren su vecindad al otorgarse el testamento. (*Ley anterior artículo 1386.*)

En la introduccion de este título hemos hecho diferentes prevenciones sobre lo que hay que tener en cuenta al interrogar á los testigos de un testamento hecho de palabra. Damos aquí por reproducidas aquellas advertencias además de las que consigna la Ley en estos artículos, más completas y minuciosas que las del Código procesal anterior y mejor encaminadas á procurar que no se burle el propósito del legislador ni puedan cometerse fraudes de ninguna especie.

Art. 1952. Cuando la voluntad del testador se hubiese consignado en alguna cédula ó papel privado, se pondrá de manifiesto á los testigos para que digan si es la misma que se les leyó, y si reconocen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas en el caso de haberlas puesto.

La Ley anterior en punto á testamentos ó codicillos hechos de palabra, no tenia en cuenta que muy bien pudiera el testador en vez de hablar al otorgado, hacer un apunte de lo que deseaba. También es frecuente que uno ó más testigos ó el Notario, hagan el apunte para facilitar el recuerdo de lo que han oido. Por último, en muchos casos hay que elevar el testamento á escritura pública despues de fallecido el testador, porque éste no tuvo tiempo para otra cosa que para dar sus instrucciones al Notario. Pues bien, en todos esos casos habrá algun papel privado, memoria, cédula, nota ó apunte del cual no decia nada la Ley anterior. Esta le ha consagrado varios preceptos en sus arts. 1945 y 1952.

Allí ordena que dicha memoria se presente con la solicitud donde se pide la elevacion á escritura pública del testamento hecho de palabra y aquí que si existe; se les ponga de manifiesto á los testigos para que la reconozcan, depongan sobre sus disposiciones lo que tuviesen por conveniente ó supieren decir á lo que se les preguntase y reconozcan por legítimas sus firmas y rúbricas en el caso de que hayan autorizado con ellas el sobredicho papel, la oportunidad de presentarlo á cada testigo, la escogerá el Juez dado el rumbo y la direccion que imprima á los interrogatorios. En este punto no es posible dar reglas ni ajustar todos los casos á un cánón general. Hay que fiar lo que

haya de hacerse á la pericia, á la habilidad y á la discrecion del Juez.

Art. 1953. Resultando clara y terminantemente de las declaraciones de los testigos:

1.º Que el testador tuvo el propósito sério y deliberado de otorgar su última disposicion;

2.º Que los testigos y el notario en su caso, han oido simultáneamente de boca del testador todas las disposiciones que querian se tuviesen como su última voluntad, bien lo manifestase de palabra, bien leyendo, ó dando á leer alguna nota ó memoria en que se contuviese;

3.º Que los testigos fueron en el número que exige la ley, segun las circunstancias del lugar y tiempo en que se otorgó, y que reúnen las cualidades que se requiere para ser testigo en los testamentos;

El Juez declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulte, con la calidad de sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente. (*Ley ant., art. 1387.*)

El art. 1387 de la Ley anterior con que éste concuerda, decia lo siguiente:

"Art. 1387. Resultando de las declaraciones clara y terminantemente:

"1.º El propósito deliberado que tuviere el testador de hacer su última disposicion.

"2.º La institucion de heredero ó el destino que él 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 disposicion.

"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 dichas declaraciones resulte con la calidad de sin perjuicio de tercero y mandará protocolizar el expediente en el registro de una escribanía pública, que designará al efecto."

Entre ambos preceptos hay muy ligeras diferencias y las que existen más bien son de forma que de fondo. Hemos creído por esto, que no era preciso llamar la atencion acerca de ellas. Bastaba con copiar ese artículo 1387, para que el lector examine los dos y compare, deducien-

do de su lectura comparada qué reformas han introducido en el texto antiguo los legisladores de 1881.

En el fondo hecos dicho que ordenan lo mismo, y lo que ordenan es que en cuanto hayan sido oidos los testigos y el notario autorizante, y practicadas todas las formalidades que preceptúan los artículos anteriores ó subsanándose la falta de alguna, caso de haberse cometido, mande el Juez traer los autos á la mesa del Juzgado para estudiarlos y resolver lo que estime oportuno. Es ocioso recomendar que ese estudio ha de hacerlo el Juez por sí mismo, que debe ser detenido, que es preciso hacer objeto de él, así el fondo como la forma del expediente. *Cela va sans dire*. Los jueces conocen bien, por lo que á este punto toca los delicados y estrechísimos deberes que les impone la ley, y la sagacidad y diligencia con que han de cumplirlos. Practicada la informacion, el Juez estudiará los autos á ver si resultan clara y terminantemente probadas con las declaraciones de los testigos, las tres circunstancias que enumera el artículo que estamos comentando.

Para que resulte evidenciada la primera, es indispensable que el Notario y los testigos hayan manifestado de modo claro y paladino, cómo el testador declaró á su vez al otorgar el testamento que tenia voluntad resuelta y propósito sério y deliberado de otorgarlo. Si el Notario ó los testigos no expresaren esto, el Juez deberá interrogarlos acerca de ello, porque es preciso que esa circunstancia conste.—Sobre la segunda de las circunstancias cuya prueba exige el artículo que estamos comentando nada hay que advertir. El Juez procurará asimismo formular las preguntas que le inspire su buen criterio, encaminadas á averiguar si con efecto los testigos y el notario, cuando le hubiese, han oido simultáneamente de boca del testador su última voluntad y cuál sea ésta.

En cuanto á la tercera circunstancia, ya es distinto. Nosotros creemos que la Ley ha debido establecer el número de testigos indispensables en cada caso, y no habria sido excesivo tampoco que enumerase as condiciones de esos testigos. En cuanto al número de los mismos, ya hemos dicho qué ordena la Novísima Recopilacion. De acuerdo con lo que ella dispone y con lo que la Jurisprudencia ha sancionado, son necesarios, cuando al acto concurre Notario, tres testigos vecinos del lugar en que se otorga el testamento; si no concurre Notario, aunque le haya, cinco testigos vecinos ó siete que no sean vecinos. Exceptúanse

el testamento del ciego, en que deben intervenir cinco testigos, por lo ménos; el de los militares, en que basta que de algun modo conste su voluntad y los otorgados conforme al derecho foral en los territorios donde éste rige, en los que habrá de estarse á su legislacion especial en cuanto al número y calidad de los testigos.

La Ley á nuestro juicio deberia haber introducido en este punto una reforma estableciendo que solo se podrá prescindir de Notario cuando no lo haya en el lugar del suceso ó cuando se demuestre la imposibilidad manifiesta de haberlo citado ó de que concurriese. Tambien era oportuno reformar algo de lo que se refiere á las condiciones de los testigos determinadas por las leyes de Partida.

Los testigos, segun las mismas ordenan, no pueden ser menores de 14 años, mujeres, personas condenadas por libelos infamatorios, hurto, homicidio ú otro delito semejante, mudos, sordos, locos, pródigos, ciegos, extranjeros que no entiendan el idioma del testador, descendientes ó ascendientes de éste, heredero del mismo y parientes del heredero que se hallen dentro del cuarto grado civil. Nosotros excluiriamos á los que no acrediten haber vivido durante cierto número de años del fruto de bienes propios ó del ejercicio de una profesion ú oficio cualquiera; á los que hayan sido condenados por cualquier delito ó falta, á los que no acrediten tener una conducta irreprochable y á los parientes del heredero de cualquier clase y grado que sean. Acerca de todas y cada una de estas condiciones los Jueces indagarán y harán constar en los autos lo que hubiese y resultase de sus investigaciones.

Si resultan evidenciadas las tres circunstancias que este artículo exige, entendiendo que la última es que haya número suficiente de testigos y que sean capaces para testificar, el Juez podrá declarar testamento lo que de sus manifestaciones y declaraciones resulte. Si no resultan evidenciadas podrá declarar lo contrario, entendiendo siempre que una y otra declaracion han de hacerse sin perjuicio.

Art. 1954. Cuando resultare alguna divergencia en las declaraciones de los testigos, el Juez aprobará como testamento aquello en que todos estuviesen conformes.

Si la última voluntad se hubiere consignado en cédula presentada ó escrita en el acto del otorgamiento, se tendrá como testamento lo que de ella resulte; siempre que todos los

testigos estén conformes en que es el mismo papel que se escribió ó presentó en aquel acto, aun cuando alguno de ellos no recuerde cualquiera de sus disposiciones.

Téngase en cuenta al aplicar este artículo el alcance y valor de las divergencias entre los testigos, para apreciar si han de estimarse como él ordena ó como indicios de falsedad de las declaraciones.

Art. 1955. La protocolizacion se hará en los registros del notario de la cabeza del partido; y si hubiere más de uno, en el que designe el Juez. (*Ley ant., artículo 1388.*)

## TITULO VII.

### De la apertura de testamentos cerrados y protocolizacion de memorias testamentarias.

En las diferentes disposiciones legislativas que encontramos en la historia de nuestro derecho, referentes á esta materia, siempre se ha procurado consignar todo aquello que se ha conceptuado más necesario á fin de revestir el acto de la apertura de un testamento de cuantos requisitos sean indispensables para evitar una falsificacion; cosa muy posible si se tiene en cuenta la completa ignorancia en que se encuentran los testigos de las disposiciones y voluntad del testador.

A este fin encaminadas se hallan algunas leyes que examinaremos, y que pueden servirnos como antecedente de este título para apreciar con entera exactitud é imparcialidad el mayor ó menor acierto con que esta materia se encuentra desenvuelta en la presente ley.

A fin de no extendernos más de lo justo no dejaremos de ocuparnos con la detencion que tal vez mereciera en la importante materia de los testamentos cerrados de los que el presente título es una consecuencia tan lógica como indispensable.

Preciso nos ha de ser sin embargo, recordar que aceptadas en nuestro derecho dos formas distintas de otorgar testamento, una pública y otra escrita se determinarán los requisitos que en este segundo caso habrán de concurrir á fin de dar completa autenticidad al acto revistiéndole al propio tiempo de las mayores formalidades posibles.

Por esto vemos disposiciones á este fin encaminadas en la antigua Ley de Partida, definiendo esta clase de testamentos y determinando