

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

sus formalidades y requisitos ineludibles para que se reconozcan como legítimos; formalidades que se han ido modificando en armonía con las exigencias de las costumbres.

Con efecto, en esto se ocupan las leyes 1ª y 2ª, título 4º de la Partida 6ª, determinando que han de presenciar la entrega del testamento el Notario y siete testigos, los cuales serán llamados y rogados debiendo poner sus firmas en el sobre ó cubierta que encierre el documento; entrando despues en la determinacion de otros requisitos y prolijas minuciosidades de escaso interés y derogados con posterioridad.

Tambien encontramos que de esto se ocupa la Ley 3ª de Toro, la cual determina la necesidad de la presencia de siete testigos y de escribano, todos los cuales firmarán en la cubierta; sustituyéndose los unos á los otros de forma que siempre aparezcan ocho firmas más el signo del escribano; esta Ley suprimia la condicion de que los testigos habian de ser rogados.

Con tales requisitos han considerado nuestros legisladores habia los medios necesarios á fin de revestir el acto de otorgar los testamentos cerrados ó escritos de aquellos requisitos indispensables para que en su dia hubiera posibilidad de lograr la autenticidad indispensable de que no se convirtiera en una completa ilusion el derecho en las leyes reconocido de que la voluntad del testador fuera hasta despues de su muerte completamente desconocida, y al mismo tiempo que se cumpliera con absoluta fidelidad.

Esto establecido era de todo punto indispensable que igualmente se legislase con esmero y meditacion sobre la firma y requisitos que habian de concurrir en la apertura de estos testamentos, sin lo cual las anteriores precauciones venian á ser de todo punto inútiles; así encontramos que de esto tratan las leyes del tít. 1º de la Part. 6ª

Tambien es sumamente interesante y oportuna para el presente caso la Ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, en cuyo art. 34 se dispone que los Notarios llevarán un libro reservado, en el cual insertarán con la numeracion correspondiente, copia de la carpeta de los testamentos y codicilos cerrados, cuyo otorgamiento hubieren autorizado cuando los testigos lo consientan remitiéndola con indicacion tambien reservada al Registro de la Audiencia del Juez de primera instancia.

Estos antecedentes nos demuestran lo indispensable que ha sido en todo tiempo el procurar no falte ninguna precaucion que permita encontrar medios legales de que se pruebe cumplidamente cuál es el testamento legítimo, caso en que esto llegara á ser necesario.

Otra cuestion tambien interesante y sobre cuyas disposiciones es indispensable volver cuantas veces sobre esta materia se trata, es la referente á encontrarse en vigor en todo el Principado catalán, las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento sobre formalidades en la apertura de los testamentos cerrados.

Aunque esta historia es conocida y no nueva, creemos oportuno recordarla en este momento, á fin de reunir en estas páginas los datos más culminantes que han podido ser apreciados por el legislador al redactar la Ley que comentamos.

Disponian en la Ley 28, art. 3º, tít. 15, lib. 7º de la Nov. Recop., que los testamentos cerrados podian otorgarse en Cataluña sin otra solemnidad que dos testigos instrumentales, los cuales deberian firmar en union con el testador el acta de la entrega hecha por éste al Notario, la cual se extenderia sobre la misma carpeta en la que se encierra el documento.

En el año de 1856, á causa de una instancia presentada por los Notarios de la ciudad de Gerona, pidiendo que estos requisitos se conservaran en rigor, y que de ningun modo rigieren las disposiciones generales del derecho patrio, se publicó una Real orden en 17 de Diciembre del año referido, en la cual se mandaba (prévio dictámen de la Audiencia de Barcelona), que en la ya nombrada ciudad se considerase en vigor las disposiciones generales, sin que por ningun concepto fueran válidas ni legales excepciones ni privilegios de ninguna especie. Una vez realizada esta reforma en una de las provincias del Principado, las demas no habian de tardar mucho tiempo en encontrarse comprendida en igual criterio, y así, en efecto, aconteció; pues en 3 de Junio de 1859 y á causa de las reclamaciones hechas por los Notarios de Barcelona negadas por la Audiencia de esta capital se determinó que la Real orden anteriormente consignada de 17 de Diciembre de 1856 se hiciera extensiva á todo el Principado catalán.

Tales son las disposiciones más importantes que sobre esta materia se han dictado en la cual realmente no es preciso entremos en consideraciones generales sobre testamentos, materia delicada é interesante seguramente, pero de ninguna oportunidad en el presente caso.

Como se indica en el epígrafe de este título, en él no solo se contienen las disposiciones que hacen referencia á la apertura de testamentos, sino tambien á la protocolizacion de memorias, en cuanto á éstos son documentos que acompañan á aquellos, y que en realidad siguen su suerte, rometiéndose casi de un modo seguro á las disposiciones que rigen sobre materia de testamentos.

Con la brevedad que lo hemos hecho en las cuartillas anteriores, consignaremos tambien algunas palabras sobre estos documentos ántes de entrar en el estudio del texto legal.

La memoria testamentaria es sabido que por la gran importancia de su disposicion, es documento que debe ser tenido muy en cuenta cuando de cumplir la voluntad de un testador se trate, pues exceptuando el nombramiento de heredero, en ella se puede ordenar lo mismo, lo que se dispone en un testamento.

Por esta misma causa los legisladores se han fijado sobre los medios de que se pruebe de manera concluyente su autenticidad, ocupándose de ellos varias Leyes encaminadas todas á este objeto, siendo el requisito subsistente el que se marque por el mismo testador alguna señal contenida en el testamento á que corresponda, si bien tal requisito no es considerado de un modo restrictivo, pues se conceptuarán legítimas todas las memorias que aparezcan unidas al testamento, aunque el testador solo haga referencia de una sola segun consta declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de Enero de 1862.

En cuanto á la protocolizacion de las mismas, asunto en que de una manera directa se ocupa el Título que en este momento estudiamos, poco hemos de decir, pues su estudio lo reservamos para cuando nos ocupemos de los artículos que de tal materia tratan, limitándonos por ahora á consignar que esta protocolizacion es de todo punto indispensable toda vez que demostrado queda la parte importantísima que representan las memorias en el cumplimiento y generalmente rectificacion de lo que se considera la voluntad del difunto.

Con estas consideraciones generales mediante las cuales es posible formar idea de los principios cardinales que sobre tal materia se reconocen, ya en la ciencia jurídica, ya tambien por la jurisprudencia, entendemos consignado lo suficiente á fin de entrar con alguna luz y con criterio firme y seguro en el estudio del texto y en la mejor y más exacta apreciacion de las modificaciones introducidas con relacion á la

Ley anterior; mucho más si tenemos en cuenta que no era este Título lugar oportuno de desarrollar los interesantes problemas que se ofrecen en materia de testamentos pues en cierto modo las presentes disposiciones son solo consecuencia lógica y corolario indispensable de disposiciones y facultades anteriormente reconocidas y estudiadas.

Entremos, pues, á comentar el artículo del presente Título.

Art. 1956. El que tenga en su poder algun testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente, tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante.

En este artículo no nos parece ocioso recordar la doctrina sustentada por el Tribunal Supremo por virtud de la cual se declara y reconoce como Juez únicamente competente en estos asuntos el Juez de primera instancia ó la persona á quien éste delegue segun se halla consignado en las sentencias de 1.º de Agosto de 1859 y 23 de Mayo de 1860; tampoco puede olvidarse que la entrega de un testamento á un tercero hecha por el otorgante no le priva á éste nunca de la facultad de pedir la devolucion segun encontramos consignado por el Tribunal referido en sentencia de 1.º de Febrero de 1861: el alcance de las disposiciones en el presente artículo contenidas y que por cierto es nuevo en la presente Ley, se reduce únicamente á establecer la obligacion legal en que se encuentra toda persona que tenga en su poder un testamento cerrado de entregarlo en el momento mismo que sepa el fallecimiento del otorgante. Bien comprendemos que el cumplimiento de este deber puede en alguna ocasion ser motivo fundado de infracciones por suponerse que no ha llegado ó no ha podido llegar á conocimiento del depositario del testamento el hecho de la defuncion del otorgante: aunque en este punto la equidad puede servir de medio seguro y poderoso para suplir y aclarar la Ley, creemos que no hubiera estado seguramente de más el que se aplicaren á este artículo y al cumplimiento de esta obligacion las disposiciones contenidas en esos títulos que hacen referencia á tal punto toda vez que las precauciones en este sentido establecidas nunca perjudican al que proceda de buena fe y en cambio son medio seguro de evitar las fatales consecuencias de una voluntad mal intencionada. Seguramente que en este momento y hechas estas aclaraciones se ofrecería la duda de quiénes son los que pudieran exigir el cumplimiento de esta presentacion, pero el texto legal viene en nuestra ayuda toda vez que no habria más que aplicar á este caso las

disposiciones contenidas en el artículo siguiente. Consideramos, pues, que el silencio del legislador sobre los medios que se pudieran emplear por la persona que conocedora de la defunción del testador viere que su depositario no lo entregaba, pueden quedar satisfactoriamente vencidos aplicando al presente caso disposiciones en cierto modo análogas, cuales son las contenidas en el Título 12, pero muy especial en el caso 1º y 2º del art. 2032.

Art. 1957. Podrá también pedir su presentación el que tuviere conocimiento de haber sido otorgado el testamento y obrar en poder de tercero.

Siendo el reclamante persona extraña á la familia del finado, jurará que no procede de malicia, sino por creer que en él puede tener interés por cualquier concepto.

Este artículo también, como el anterior, nuevo en la presente Ley ha venido con su contenido genérico á dejar resuelta de modo claro y concluyente la duda, engendrada en la Ley anterior con la cual no se sabía á punto fijo quiénes eran las personas que podían pedir la presentación del testamento. Con la salvedad de un juramento que el legislador supone no ha de prestarse jamás en falso, queda todo satisfactoriamente vencido, y hoy los Tribunales saben que de esta facultad puede usar todo aquel que tuviere conocimiento de que el testamento se ha otorgado y obra en poder de tercero.

Art. 1958. El actuario examinará en el acto el pliego que contenga el testamento, y pondrá diligencia de su estado, describiendo minuciosamente los motivos, si existieren para poder sospechar que haya sido abierto ó sufrido alguna alteración, enmienda ó raspadura.

Esta diligencia la firmará también el presentante, y si no supiere, ó no quisiere, un testigo á su ruego en el primer caso, y dos testigos elegidos por el actuario en el segundo. [*Ley ant., art. 1390.*]

El presente artículo contiene en sus disposiciones lo que se hallaba ordenado en la antigua Ley en sus arts. 1390 y 91, notándose desde luego un evidente progreso en el que comentamos, toda vez que estudiando con mayores detalles la cuestión, determina con perfecta exactitud y minuciosidad lo que procede ejecutar en el momento mismo en que se presenta un testamento cerrado á la autoridad del orden judi-

cial que corresponda. Tal vez no sea acertada la palabra descripción que se emplea en el primer párrafo refiriéndose inmediatamente á los motivos que hacen suponer fundadamente que el documento ha sufrido alguna modificación; como quiera que el pensamiento del legislador es que debe justificarse la referida suposición por medio de una escrupulosa descripción, por esto creemos hubiera sido más claro decir que se justificará la suposición mediante una descripción minuciosa de las señales en que el Juez funde su criterio. Tal nos parece que es el propósito de la Ley que desde luego aplaudimos.

Es conveniente recordar en este momento que el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de Mayo de 1865 declara que son requisitos indispensables para la protocolización y reconocimiento de legitimidad en un testamento cerrado la existencia de los requisitos determinados en la introducción hasta el punto que si le faltara al sobre alguna de las firmas de los siete testigos ó el signo del Escribano, ó aquellos ó éste no las reconocieran respectivamente como suyas, el documento no podría considerarse verdaderamente auténtico si bien al que lo hubiera presentado le quedaria siempre la facultad de sustentar su pretensión en el juicio ordinario correspondiente.

Art. 1959. Acto continuo el actuario dará cuenta al Juez, el cual, acreditado el fallecimiento del otorgante, acordará que para el día siguiente, ó antes, si es posible, se cite al notario autorizante y á los testigos instrumentales.

Este artículo viene á suplir las disposiciones contenidas en la Ley anterior en el 1392 del que podemos considerarle como su equivalente, si bien notamos mayor sencillez en sus términos, lo cual facilita su comprensión exacta y fiel; en cuanto á las pruebas que acrediten el fallecimiento del otorgante nos remitimos en este momento á lo que ha expuesto en los comentarios del artículo primero de este título que puede tener oportunidad y aplicación en este caso.

Art. 1960. Comparecidos los testigos, se les pondrá de manifiesto el pliego cerrado para que lo examinen y declaren bajo juramento, si reconocen como legítima la firma y rúbrica, que con su nombre aparece en él, y si lo hallan en el mismo estado que tenía cuando pusieron su firma.

Si alguno de los testigos no supiere firmar y lo hubiere hecho otro por él, serán examinados los dos, reconociendo su firma el que la hubiere puesto, (*Ley ant., art. 1392.*)

Este artículo es equivalente al primer párrafo del 1395 de la Ley antigua; pero conviene tener muy presente en su aplicación que los requisitos exigidos para la validez y legalidad de los testamentos cerrados, de los cuales nos hemos ocupado en el art. 1958, no se debían nunca interpretar en un sentido estricto, toda vez que la Ley autoriza á que tanto el mismo testador como algunos de los testigos puedan ser suplidos en la firma por un tercero sin que esto perjudique en nada la legitimidad del documento, según se desprende del texto de la ley 1<sup>a</sup>, tít. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación que de esto trata, la cual ha sido interpretada con igual criterio por el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de Abril de 1877.

Art. 1961. Los testigos serán examinados por orden sucesivo, é interrogados sobre la edad que tenían el día del otorgamiento.

Este artículo es completamente nuevo y sus disposiciones son seguramente producidas por la experiencia y el deseo de mayores requisitos y precauciones; nada tenemos que oponer referente al orden de ser examinados, toda vez que esto no puede ofrecer dificultad alguna; pero la segunda parte de este artículo ya la consideramos algo más difícil, pues si la pregunta acerca de la edad que tenían en el momento de otorgar el testamento no ha de ser fielmente comprobada por el Juez, la conceptuamos de todo punto inútil, y si esta comprobación ha de hacerse, semejante requisito ha de dificultar el cumplimiento de la voluntad del testador, siendo para esto más sencillo el que se exigiera que los testigos llamados á esto exactamente tuvieran obligación de presentar en semejante acto la partida de bautismo con la cual se lograba con mayor brevedad el mismo objeto, toda vez que el testamento llevará la fecha del año en que fué otorgado.

Con semejante modificación hubiéramos conceptuado digna de todo aplauso la reforma en esta materia introducida por el legislador.

Art. 1962. Si alguno ó algunos de los testigos hubieren fallecido ó se hallaren ausentes, se preguntará á los demás si los vieron poner su firma y rúbrica, se examinará además á otras dos personas que conozcan la firma y rúbrica del fallecido ó ausente, acerca de su semejanza con las estampadas en el pliego.

Si este último no pudiere tener lugar, será abonado el testigo en la forma ordinaria. (*Ley ant., art. 1393.*)

El artículo de la Ley anterior con el que consideramos tiene analogía aunque no completa, el que en este momento comentamos es el 1393, si bien desde luego reconocemos perfección en el nuevo, pues acertadamente se acude ántes que al abono del testigo en la forma ordinaria á la declaración de los demás testigos y á lo declarado por otros acerca de la autenticidad de la firma y rúbrica del testador; creemos, sin embargo, que tal vez hubiera convenido aumentar estas mismas precauciones consignando que deberá presentarse en el caso del fallecimiento de uno ó más testigos la partida de defunción correspondiente, como comprobación segura de que no había muerto en el momento en que el testamento fué otorgado, si bien tal requisito podría hallarse establecido de un modo convencional y dejándolo siempre á elección del Juez.

Art. 1963. En el caso de haber fallecido el Notario que autorizó el otorgamiento, se cotejará por el Juez, asistido de peritos de su exclusivo nombramiento, el signo, firma y rúbrica del pliego ó carpeta, con las estampadas en la copia que debe existir en el registro especial de los testamentos cerrados, para lo cual se trasladará el Juez al sitio en que se halle, y no siendo posible, dará comisión á quien corresponda.

Si el otorgamiento hubiere sido anterior á la Ley del notariado, el cotejo se hará con otras firmas y signos indubitados del mismo notario. (*Ley ant., art. 1394.*)

No son verdaderamente notables por lo ménos en el fondo de sus disposiciones las que se contienen en el presente artículo, con las que se hallaban establecidas en la Ley anterior; sin embargo, se descubre mayor minuciosidad en los detalles de la operación de cotejo, lo cual seguramente ha de producir resultados favorables toda vez que el objeto principal á que estas disposiciones preliminares se dirigen, no es otro que el conseguir quede perfectamente demostrado que el contenido del pliego, cuyo sobre tiene los requisitos por la ley exigidos, es el mismo que redactó y depositó el testador, no faltando ningún detalle sino siendo además perfectamente legítimos y auténticos aquellos que existen.

Art. 1964. Cuando el notario y todos los testigos hubieren fallecido, se abrirá información acerca de esta circunstancia, de la época de la defunción, concepto público que merecieran, y de si se hallaban en el pueblo cuando se otorgó el testamento.