

TITULO XII.

De la apertura de testamentos cerrados.

249. Otorgándose los testamentos cerrados de un modo reservado, en escritura cerrada, signada en la cubierta por el escribano y firmada por este y por siete testigos presenciales, pero ignorando su contenido todos ellos, ó por lo menos los últimos, sería sumamente fácil su falsificación ó la sustitución de la verdadera voluntad del testador con un documento apócrifo, si las leyes no hubieran establecido prudentes y numerosos requisitos y formalidades sobre su apertura.

250. Puede pedir esta el que tiene motivo fundado de que se le deja en él alguna cosa, según la ley 1, tit. 2, Part. 6, disposición que estienden los intérpretes á todos aquellos á quienes interesa su apertura, aunque nada se les dejare en el testamento. Véase la glosa de Gregorio Lopez, que pone por ejemplo, el hijo preterido que trata de pedir la nulidad de la disposición testamentaria. Esta petición no podrá hacerse hasta que hubiere fallecido el testador, «seyendo muerto el que hizo el testamento» dice la ley 1 citada, lo cual se funda en que hasta entonces puede el testador variar su voluntad.

Deberá, pues, espresarse en la solicitud ó pedimento, que habiendo fallecido tal persona dejando un testamento cerrado que se halla en poder de tal sugeto y teniendo el solicitante interés en dicha disposición testamentaria, se decrete que el sugeto mencionado la presente y se proceda á la apertura y publicación de la misma, mandándose reducir á escritura pública y dándose á los interesados las copias y testimonios que necesiten, protestando el solicitante no proceder de malicia. A esta solicitud deberá acompañarse la partida de defunción ó justificación del fallecimiento del testador.

El juez, en vista de esta petición, puede mandar que se le presente el testamento, si el que lo tuviere se encontrase en el mismo lugar del juzgado, asignando el plazo que creyere bastante para su presentación, si aquel se hallare ausente: ley 2, tit. 2, Part. 6.

251. Pero no solo se halla obligada la persona que tuviere un testamento cerrado á presentarlo cuando se lo mandare el juez en vista de aquella petición, sino que, según la citada ley 2 de Partida, ratificada por la 5, tit. 18, lib. 10 de la Nov. Recop., tiene esta obligación de presentarlo, sin necesidad de mandamiento judicial, dentro de un mes siguiente al día de la muerte del testador, pues de lo contrario, pierde lo que se le dejare en él y se distribuye por el alma del testador; y no dejándosele nada, debe indemnizar al interesado en la apertura los perjuicios que le hubiere ocasionado. Estas disposiciones tienen por objeto que se presente el testamento sin dilación, para evitar el soborno y con citación de los interesados contra él. Mas si el que tiene el testamento lo sustrajera, ocultare ó inuti-

lizare en todo ó en parte, incurre las penas que señala el art. 455 del Código penal, con referencia al 449. Además, debe tenerse presente que, según la ley 1, tit. 2, Part. 6, es nulo todo pacto, transacción ó convenio que se hiciera antes de la apertura del testamento cerrado sobre la herencia de que en él se trata.

252. *Luego que se presentase 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 presentación*, porque puede recaer responsabilidad sobre ésta si no lo presentó íntegro: art. 1390. *En dicha diligencia se espresará cómo se han encontrado su cubierta y sus sellos y las demás circunstancias que se noten y puedan dar á conocer el estado del pliego que lo contenga*, y se haya presentado: art. 1391. El objeto de estas disposiciones, tomadas de la legislación y práctica anteriores, es que pueda compararse el estado y signos exteriores que tiene el testamento presentado con lo que declararen los testigos presenciales para ver si hay vestigios de falsificación, quebrantamiento ó suplantación del verdadero testamento. En ellas además, se resuelve la duda que existía con anterioridad sobre qué juez era el competente para la apertura del testamento, si el del lugar en que se otorgó, ó el del en que se halla, ó el del fallecimiento del testador ó el del en que se pedía la apertura, puesto que el art. 1390 declara, que lo es *cualquiera juez* de primera instancia. Sin embargo, convendrá que se pida la apertura ante el del lugar del otorgamiento, porque residendo allí por lo común los testigos instrumentales y el escribano que intervinieron en él, se practicarán con mas facilidad y menores dispendios las diligencias de apertura, y porque es el lugar más á propósito para descubrir las alteraciones ó falsificaciones que pudieran haberse hecho en el testamento.

253. *Hecho lo prevenido en el art. 1391, sobre la diligencia que deberá poner el escribano acerca del estado en que se hallare el testamento, dispondrá el juez, que se cite para el día siguiente ó antes si es posible*, por la urgencia con que conviene proceder en estos asuntos, para evitar la ausencia de los testigos presenciales, ó que desaparezcan con el tiempo alguna de las señales exteriores del testamento, etc., *al escribano y testigos que firmaron en su cubierta, á fin de hacer ante ellos la solemne apertura del pliego*, después de practicado por los mismos el reconocimiento de ser el propio que firmaron: art. 1392, pues reconocido así, debe abrirse ante ellos para que no quede duda de que lo en él dispuesto es la última voluntad del testador y no se ha sustituido por otra.

254. *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 que tienen ya indudablemente por legítimas*: art. 1393. Juzgamos esta disposición aplicable al caso en que los testigos presenciales se hallaren enfermos, de manera que no puedan reconocer el testamento, ó con algun otro impedimento semejante. Así se deduce por identidad de razón, y lo apoya la ley 3, título 2, Part. 6, que dice: que el juez debe enviar el testamento «á aquellos que

non fueren presentes, que conozcan sus sellos, si fuesen dolientes ó personas muy honradas, ó si fuesen en otra tierra que non pudiesen ser llamados sin venir sin gran trabajo.» En dicha ley se dispone tambien, que si no pudiesen ser habidos todos los testigos, basta la asistencia de la mayor parte de ellos, que aquí serán cuatro, para abrir á su presencia el testamento, y sacar el traslado, sin perjuicio de que hagan despues el reconocimiento los que se presentaren y de remitírselo á los ausentes en otro lugar para este efecto. Asimismo, que si todos ó la mayor parte de los testigos se hallaren ausentes y el juez creyere que habia perjuicio en dilatar su apertura, podrá verificar ésta y la publicacion y traslado del testamento ante hombres buenos; y volverá á cerrarlo firmando estos mismos, para que cuando vuelvan los testigos, se haga el reconocimiento, y constando la certeza de todo, se declare el testamento instrumento público.

255. En el caso de que hubieren fallecido todos ó la mayor parte de los testigos, ó se ignorase su paradero, era práctica hacer informacion de ello, de la legalidad del escribano ante quien se otorgó el testamento ó que firmó en la cubierta caso de haber muerto, de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban éste y los testigos en el lugar en que se hizo, y de que eran personas hábiles para testificar y dignas de fé en sus declaraciones; se comprobaban además sus firmas por quien las conociera ó con otras indubitadas, despues de lo cual lo mandaba abrir el juez. Véase el Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban, tit. 20, lib. 2. Y esta misma práctica deberá seguirse en el dia, aun en el caso de que no hubiere testigos de abono que conocieren las firmas de los testigos.

256. Si el escribano hubiere fallecido ó se hallare ausente, será tambien abonado de la manera prevenida en el artículo anterior, esto es, examinándose dos testigos que conozcan su firma y signo y aseguren la semejanza de las del pliego con las legítimas. Además, el juez y escribano ante quien se instruya el expediente, cotejarán su signo con otros del mismo que sean indubitados, cuando esto pueda verificarse: art. 1594. En el caso de que no pudiera verificarse, por no conocer el juez ni el escribano actuario ni ninguna otra persona al escribano que signó la cubierta del testamento, ni tuvieran signos con que hacer la comprobacion, como puede suceder, cuando se hubiere hecho el testamento en pueblo muy distante, ó hubiere habido invasiones de enemigos, incendios, etc., deberá procederse á practicar la informacion mencionada en el número anterior.

257. Tanto el escribano como los testigos, si están presentes, reconocerán sus firmas, espresando bajo juramento si son de su puño y letra, y si se hallan en el mismo estado que cuando las pusieron en la carpeta, ó si las encuentran con alguna variacion, lo cual se hará constar. No espresa aquí la ley que declaren los testigos su vecindad, como para la protocolizacion del testamento abierto, por no ser requisito indispensable en estos dicha cualidad, pero convendrá espresarse, asi como su edad, para la mejor identidad de sus personas.

Tambien espresarán con igual solemnidad, esto es, bajo juramento, si

vieron poner las firmas de los que hagan fallecido ó estén ausentes y si las tienen por legítimas, y por identidad de razon, la firma y signo del escribano que se hallan en igual caso.

Poniéndoseles el pliego de manifiesto y permitiéndose lo reconozcan previamente, espresarán igualmente si lo encuentran en el mismo estado en que se hallaba cuando firmaron su carpeta, ó si advierten indicios de haberse abierto ó cambiado algo que no estuviere al otorgarse; con el objeto de que sirva lo que dijeren de presuncion ó justificacion de que hubo ó no quebrantamiento: art. 1595.

258. Asimismo se les tomará declaracion, segun se hacia en la antigua práctica, si el solicitante no presentó la partida de defuncion del testador ú otro documento que la acredite, sobre el fallecimiento de éste, y aun podrá y deberá el juez hacer por sí las indagaciones que juzgare convenientes, con arreglo á derecho sobre este estremo.

Todas estas declaraciones deben tomarse por el juez, sin cometer la diligencia al escribano, segun está prevenido en general en el art. 33 de la ley y es aplicable mas especialmente á este acto por su grande importancia.

259. Hecho todo lo que queda prevenido en los artículos precedentes, se abrirá el pliego por el juez ante los escribanos, esto es, ante el que autorizó la carpeta y el actuario del expediente, y ante los testigos y la persona que lo hubiese presentado, leyéndose el testamento que contenga ante todos ellos art. 1596. No servirá de obstáculo para proceder á su apertura, que alguno de los testigos negase ser suya la firma, si es mayor el número de los que reconocen las suyas, segun espresamente previene la ley 3, tit. 2, Partida 6.

260. Cuando el testador, por motivos que le asistan y no necesita manifestar, prohíbe que se publique el todo ó parte de sus disposiciones hasta tiempo determinado, ha de observarlo asi el juez, y si entiende por sí, que ha de resultar perjuicio de hacerlo de alguna cláusula que contenga, no deberá publicarla aunque el testador no lo haya prohibido: leyes 5 y final, título 2, Part. 6. Por lo tanto, será buena precaucion por parte del juez, que sin separarse de la presencia de los testigos y escribano, lea el testamento para sí y tácitamente por si contiene algo que no deba publicarse. Véase el Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban, lib. 2, tit. 20, seccion 2, número 1591.

261. Verificada la lectura, se dicta providencia por el juez, mandando protocolizar el testamento con todas las diligencias originales de su apertura, dándose á la persona que lo hubiere presentado, testimonio de la espresada providencia para su resguardo: art. 1597; esto es, para que pueda acreditar que no lo tiene ya en su poder por haberse protocolizado, si alguno lo pidiere ó se le mandara presentar. El juez, en dicha providencia, declarará ó mandará tambien que se tenga aquella disposicion por testamento ó última voluntad del difunto, reduciéndose á escritura pública, (escepto de la parte ó disposicion que el testador dispuso quedase reservada, ó cuya publicacion estimare el juez que podria irrogar algun perjuicio) y que se

den á los interesados los traslados que pidieren, (escepto de la parte ó disposicion referida segun la ley 5, tit. 2, Part. 6.) Estos testimonios deben ser, cuando se dan á los herederos del testador, comprensivos de todo el testamento; mas respecto de los demás interesados en él, tan solo de lo que les pertenece, segun dispone la ley 5 citada, y la 105, tit. 18, Part. 5; siendo la práctica darse testimonio de la cabeza y pié del testamento, con la cláusula que les interesa nada mas; lo que tiene por objeto evitar todo perjuicio, falsedad ó fraude. Véase el Febrero, lugar citado, número 1599.

262. *La protocolizacion del testamento cerrado se hará precisamente en el registro del escribano que haya autorizado su otorgamiento, siempre que sea posible, § 1 del art. 1400.* Esta disposicion ratificada por decision del Tribunal Supremo de Justicia de 1.º de Agosto de 1859, ha corregido la práctica antigua de verificarse dicha protocolizacion en el registro de escribano ante quien se efectuaban las diligencias de apertura. *Caso de no ser posible por cualquiera causa* protocolizar el testamento en el registro del escribano que lo autorizó, se protocolizará en la *escribanía que designe el juez de las del lugar del domicilio del testador*: § 2 del art. 1400, disposicion que se funda, asi como la del párrafo anterior, en que puedan hallar fácilmente el testamento los interesados para consultarlo en las dudas que les ocurran, puesto que lo mas natural es que acudan con tal objeto á dichos lugares.

263. Todo lo espuesto sobre las diligencias para la apertura de los testamentos cerrados, es aplicable á los codicilos de la misma clase, por militar identidad de razon, y segun esponen todos los intérpretes y el señor Laserna, en los *Motivos de la ley de Enjuiciamiento*.

264. Inútil parece decir, que es juez competente para conocer del acto de la apertura de testamentos el de primera instancia ordinario, aun cuando se trate de testamentos de aforados de jurisdicciones especiales, segun se halla declarado espresamente por decision del Tribunal Supremo de Justicia de 25 de mayo de 1860, entre otras, pues, esta disposicion se halla consignada como regla general en la primera del art. 1208, espuesto en el número 9 de este libro 4.º

265. Finalmente, debemos advertir, que segun el art. 280 del Código penal reformado, el empleado público que abriese ó consintiese abrir sin autorizacion competente, papeles ó documentos cerrados, cuya custodia le estuviere confiada, incurrirá en las penas de arresto mayor, inhabilitacion especial y multa de 25 á 250 duros. Y entendiéndose por empleado público para los efectos de este artículo, todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado, es consiguiente, que incurrirá en dichas penas el escribano que abriere el testamento sin la autorizacion y presencia del juez. Estas penas son aplicables á los particulares encargados accidentalmente del despacho ó custodia de papeles ó documentos por comision del gobierno ó de los empleados á quienes hubiesen sido confiados aquellos por razon de su cargo, y asimismo las impuestas en los casos de los arts. 278 y 279: art. 281 del Código penal.

TITULO XIII.

De la protocolizacion de las memorias testamentarias.

266. Siendo las memorias testamentarias una cédula ó papel simple ó sellado en que el testador consigna varias de sus disposiciones ó á que se remite ó refiere en su testamento, (y aun espresa el nombre del heredero instituido en él) considerándola como parte de este, es consiguiente que se halle mucho mas espuesto que los testamentos cerrados á falsificaciones, suplantaciones, quebrantamientos y fraudes, atendiendo á que no se requiere para su otorgamiento ninguna formalidad pública ó derecho en su interior ni en su exterior, sino que se haga referencia de ellas en el testamento y contenga las señales y circunstancias que en él se mencionan. De aquí la importancia y necesidad de proceder á su protocolizacion para evitar, una vez elevada á escritura pública, aquellos abusos: sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de octubre de 1854 y 30 de enero de 1856 y artículos 1398 al 1400 de la ley de Enjuiciamiento civil.

267. Esta manera de espresar la última voluntad, si bien puede apoyarse en algunas leyes romanas, (Véase la 10, tit. 7, lib. 28 del Digesto) no se haya autorizada por nuestras leyes patrias, y autores de gran nota, entre ellos el *adicionador del Febrero*, no han vacilado en reprobarla: «Si la institucion de heredero, dice este autor, que es el acto esencial y constituido del testamento, no puede hacerse en una memoria, tampoco las demás disposiciones testamentarias. Si la intencion del testador es que ni el escribano ni los testigos sepan lo que dispone, la ley en este caso, le ha proporcionado un medio para que se mantenga oculta su voluntad hasta despues de su muerte, concediéndole facultad de hacer su testamento ó codicilo cerrado, una vez que observe en ellos las formalidades que ha prescrito con el fin de que nunca se dude de la identidad de estas escrituras; pero el testamento y codicilo que se remiten á memoria, ni son nuncupativos ó abiertos, ni escritos ó cerrados; únicos modos de testar autorizados y reconocidos. La ley 34, tit. 9, Part. 6, dice; en acabado testamento puede ser fecha toda manda, otrosi en otra manera de escrito, que se face ante cinco testigos á que llaman en latin *codicillum*, *é la manda que fuere fecha en otra manda cualquier, si non en alguna de estas dos sobredichas non valdria*. Antes que se introdujera la práctica de las memorias testamentarias, se hacian comunmente las mandas en los codicilos, que fueron unas escrituras inventadas para que los testadores supliesen lo que habian dejado de espresar en los testamentos, y para ellas la ley 5 de Toro pide las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, es decir, que nuestras leyes en la manifestacion de las últimas voluntades, exigen la misma solemnidad que para dejar mandas, legados y fideicomisos.» Han tratado tambien sobre las memorias testamentarias el cardenal de Luca, *Tract. de Testam. disc. 1 y 2*, números 2, 3 y 5; *disc. 6*; número 6; *dis. 14*, número 4 y *disc. 15*