

ahberse de pedir cuentas, ó mezclarse judicial ó extrajudicialmente en la inversion.

ARTICULO 560.

Toda disposicion que sobre institucion de heredero ó mandas haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que despues de su muerte aparezcan entre los suyos ó en poder de otro, será nula, si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.

La disposicion de este artículo se halla tácitamente comprendida en todos los extranjeros que no admiten otra forma de disponer por acto de última voluntad sino el testamento, ni que éste pueda ser revocado en todo ó en parte sino en los términos de nuestro artículo 718.

Sin embargo, la práctica estaba en contrario; véase á Febrero, números 39 y 236, tomo 1º, capítulo 5º, donde hace una distincion insostenible.

Voet, número 29, título 1, libro 28 de su Pandectas, trata de esto con el nombre de "cláusula reservatoria," y opina contra las cédulas; pero al fin quiere darles algun efecto en ciertos casos, arguyendo por las leyes Romanas sobre codicilos, como si hubiera algo de comun entre estos y las cédulas privadas.

El artículo 775 Sardo permite al testador que pueda reservarse expresamente en un testamento público la facultad de añadir á las disposiciones contenidas en él algunos legados particulares por notas ó cédulas separadas, que han de estar por lo ménos fechadas y firmadas de su mano, sin poder revocar por ellas ninguna de las disposiciones del testamento, y si solo hacer mandas hasta la vigésima parte de los bienes disponibles.

Este temperamento del artículo Sardo parece á primera vista razonable; pero nosotros admitimos el testamento ológrafo que no admite el Código Sardo; de consiguiente, si las notas reúnen todos los requisitos de este valdrán como testamento; y culpa será del que no apeló á este medio legal que hasta

ahora tampoco estaba admitido entre nosotros.

ARTICULO 561.

Toda disposicion á favor de persona incierta es nula, á menos que por algun evento pueda resultar cierta. (1)

Es la primera parte del 807 Sardo, y párrafo 27, título 20, libro 2, Instituciones, sobre el que puede verse á Vinio. En realidad, siendo absolutamente necesario para la validez de la institucion ó de legado, que aparezca la persona en cuyo favor se hace, parecia inútil el expresarlo; pero el objeto y espíritu del artículo son que las tales disposiciones valgan cuando por cualquier evento pueda resultar cierta la persona, por ejemplo, lego tal heredad ó tanta cantidad al que casare su hija con mi hijo.

ARTICULO 562.

La disposicion hecha simple y generalmente á favor de los parientes del testador, se entiende hecha en favor de los más próximos en grado; pero habrá lugar al derecho de representacion con todos sus efectos, con arreglo al título siguiente. (1)

Sobre la disposicion del primer párrafo de este artículo he visto en la Audiencia de Pamplona pleitos muy reñidos y transacciones encontradas.

Los autores tratan latamente esta materia proponiendo una grande variedad de casos: convenia fijar el del artículo por ser de mayor uso é interés, (Voet, número 20 y anteriores, título 5, libro 28). "Si quis heredes instituat totam cognationem suam, non omnes simul promiscue, qui sunt de

1. Véase la nota siguiente.—N. de los EE.

1. La disposicion vaga en favor de parientes del testador, se entenderá hecha en favor de los más próximos, segun el orden de la sucesion legítima.—La expresion de una falsa causa será considerada como no escrita: á no ser que del mismo testamento resulte que el testador no habria hecho aquella disposicion, conociendo la falsedad de la causa.—La expresion de una causa contraria á derecho, aunque ésta sea verdadera, se tendrá por no escrita.—La designacion de día ó de tiempo en que deba comenzar ó cesar la institucion de heredero, se tendrá por no escrita.—Arts. 3379 á 3382, tit. 2, cap. 1, libro 4, Cód. civ. vigente.—N. de los EE.

"cognitione, sine ulla distinctione graduum aut proximitatis; sed potius successive, secundum ordinem dilectionis et successio- nis ab intestato."

En los artículos 522 al 526 Prusianos se lee: "Por parientes se entienden los más próximos segun el orden de sucesion." el 924 Holandes dice: "la disposicion testamentaria á favor de los más próximos parientes del testador sin otra designacion se entenderá hecha en provecho de sus herederos llamados por la ley."

En el artículo 559 Austriaco: "Si entre los herederos instituidos se encuentran dos ó más que, segun los principios de la sucesion legítima, no deben ser considerados sino como una sola persona, por ejemplo, sobrinos en concurso de hermanos del difunto, no tendrán derecho á la participacion sino en esta calidad;" y está conforme con la ley 13 al principio, título 5, libro 28 del Digesto. "Interdum hæc adjectio, heredes sunt, testatoris voluntatem exprimit: ut puta, Primus et fratris filii aequè heredes sunt, nam hæc adjectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos, ut et La- beo scripsit qua detracta semissem fratris filii, semissem Primus haberet."

"El derecho de representacion."—Yo creo que debe tener lugar aun cuando el testador llame á los parientes más cercanos, y que sus sobrinos no serán excluidos por los tios, hermanos del difunto: aquel derecho debe regir en lo favorable como en lo adverso; y en lo que no se contrarie abiertamente la voluntad del testador, debe observarse el orden de la sucesion legítima al que se presume que en todo lo demas quiso atemperarse.

ARTICULO 563.

El testamento es comun ó especial.

El comun puede ser ológrafo, abierto ó cerrado. (1)

1. El testamento, en cuanto á su forma, es público ó privado. El testamento público puede ser abierto ó cerrado: el testamento privado solo puede ser abierto salvo lo dispuesto en los artículos 3818, 3819 y 3820, que previenen que si el militar ó empleado civil hace su disposicion en el momento de entrar en accion de guerra, ó

Los tratadistas suelen distinguirlo en solemne y ménos solemne, ó privilegiado, que viene á ser la misma distincion de nuestro artículo, y da una idea de unos y otros testamentos.

Los testamentos "comunes" se pueden hacer en todas circunstancias, por toda clase de personas, observándose todas las solemnidades ordinarias de la ley: los "especiales," en consideracion á ciertas circunstancias, están dispensados de algunas de las solemnidades ordinarias: de los "comunes" se trata en la seccion segunda siguiente; de los "especiales" en la tercera.

SECCION II.

DE LAS SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO COMUN.

ARTICULO 564.

El testamento ológrafo, para ser válido deberá hacerse en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, con expresion del lugar, año, mes y día en que se otorgue. (1)

estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos idóneos, ó que ante los mismos presente el pliego cerrado que contenga su disposicion, escrita y firmada, ó por lo ménos firmada de su puño y letra. Si el testamento es cerrado, los testigos firmarán en la cubierta, haciéndolo el testador, si pudiere; y finalmente, que lo dispuesto en estas disposiciones se observará en su caso respecto de las prisiones.—Arts. 3750 y 3753, cap. 1, tit. 3, lib. 4, Cód. civ. vigente.

La comision dice, que dividió los testamentos en públicos y privados y los primeros en abiertos y cerrados; sin extender la division á los segundos; porque no siendo necesaria la intervencion de notario en su otorgamiento, se temió que se abriera la puerta á la falsificacion, si la voluntad del testador no era conocida de los testigos, y por eso en términos expresos se previene que el testamento privado solo puede ser abierto.—N. de los EE.

1. El testamento ológrafo no está en uso en nuestro Código, y las razones que la comision da para no haberlo admitido son: que aunque no puede negarse que esta forma de otorgamiento tiene las grandes ventajas de conservar el secreto de la institucion y de facilitar nuevas disposiciones testamentarias, segun que varíe la voluntad del testador; sin embargo esas ventajas, si no desaparecen completamente, sí se debilitan de un modo extraordinario cuando se considera el terrible peligro de la falsificacion, que como

Es el 970 Frances, cuya palabra *daté* (fechado) envuelve todo el final de nuestro artículo; 895 Napolitano; 1579 de la Luisiana, 648 de Vaud, y 979 Holandés; que exige además que el testamento sea presentado y depositado en poder de un escribano con asistencia de dos testigos.

La ley 15, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo, exige también que el testador lo escriba todo "manu propria: et rursus ipse subscribat: dies quoque et annus habeantur in eis evidenter expresus."

La ley recopilada 1, título 23, libro 10, ordena asimismo la expresión del día, mes y año, y la 54, título 18, Partida 3, añade la del lugar; pero ambas hablan en general de todo instrumento público.

"Del sello correspondiente."—Es una nueva precaución para asegurar por lo menos la certeza en la fecha del año, y en vano se omitiría aquí este requisito si la ley ó leyes sobre el uso del papel sellado lo exigen.

Pero de todos modos, exigiéndose aquí, la falta del papel sellado hará nulo el testamento por lo dispuesto en el artículo 588, salva la excepción del artículo 585.

"Escrito todo y firmado." En el testamento cerrado se exige únicamente la firma, porque las solemnidades del acto de la entrega hacen imposible toda falsedad, y la falta de esta garantía en el ológrafo se suple en lo posible con la necesidad de haber de estar enteramente escrito por el testador.

La firma es el alma de todo instrumento; por desgracia está hoy tan adelantado el pernicioso arte de imitar no solo la firma, sino todos los caracteres con que una persona acostumbra escribir, no puede decirse que hay la misma seguridad, sean cuales fueren los medios que se adopten para evitar el mal.

Dice también: que verdad es que el abuso nunca podría llegar al extremo de atacar las legítimas de los herederos forzosos, pero sí puede menoscabarlas con la institución del cónyuge, y desnivelarlas con la mejora de la parte libre, y que en la herencia voluntaria sería completo el perjuicio, puesto que no habiendo herederos forzosos, la institución quedaría bajo el constante amago de un crimen tan fácil de ejecutarse; que por estas razones, y sin embargo de estar recibido este testamento por muchos códigos modernos ella no quiso adoptarlo.—N. de los EE.

sin ella el testamento ológrafo no pasaría de ser un proyecto de testamento.

Si el testamento ha de estar escrito todo por el testador, es consiguiente que una sola palabra escrita de mano extraña lo anule según el citado artículo 588; pero si la palabra se encuentra interlineada, se tendrá por no escrita y subsistirá el testamento, pues de otro modo nada sería más fácil que anularlo. Lo mismo debe decirse de lo testado ó rayado (no siendo en parte sustancial como la fecha ó firma), que no valdrá, sin perjudicar en lo demás á la validez del testamento.

El artículo no dice que el año y día hayan de espresarse en letras; de consiguiente podrá hacerse en números. Tampoco espresa que la fecha haya de estar necesariamente antes de la firma: lo regular es que lo esté; pero lo contrario no sería por sí solo causa de nulidad.

ARTICULO 565.

El testamento abierto debe ser otorgado ante escribano público y tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento, y de los cuales uno, á lo ménos, sepa escribir.

El testamento ha de ser dictado por el testador á presencia de los testigos, y escrito por el escribano, quien lo leerá despues al testador en presencia de los mismos testigos, y hará mención expresa de todo esto.

Los testigos deben ver al testador y entender lo que dispone (1)

1. Testamento público es el que se otorga ante el notario y testigos idóneos, y se extiende en papel del sello correspondiente.—El testamento es abierto cuando el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto.—El papel sellado en que se otorguen los testamentos será el que determine la ley de la materia.—El testamento público abierto se dictará de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el notario: éste redactará por escrito las cláusulas y las leerá en voz alta, para que el testador manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán todos el instrumento; asentándose el lugar, la hora, el día, el mes y el año en que hubiere sido otorgado.—Si alguno de los testigos no supiere escribir firmará otro de ellos por él; pero cuando ménos deberá constar la firma entera de dos testigos.—Arts. 3751, 3754, 3756, 3768 y 3769, tit. 3, cap. 1, lib. 4, Cód. civ. vigente.—N. de los EE.

El 971 Frances exige solamente la presencia de dos testigos si el testamento es recibido por dos notarios, y la de cuatro cuando es recibido por un solo notario, el 898 Napolitano exige además las otras formalidades comunes á todos los instrumentos públicos según las leyes reglamentadas del notariado: el 1571 de la Luisiana exige con el notario ó escribano tres testigos residentes en el lugar del otorgamiento, ó cinco no residentes; el 985 Holandés, un notario y dos testigos; lo mismo el 649 de Vaud: el 745 Sardo, un notario y cuatro testigos.

En todo el resto de nuestro artículo, salvo el párrafo final, vienen á estar conformes todos los Códigos.

Los autores llaman á este testamento "mixti generis," porque participa del rigurosamente nuncupativo, y requiere además, para su validez, que se haga por instrumento público.

El artículo 974 Frances exige las firmas de todos los testigos: en las aldeas (Campagne), hasta la mitad: el 749 Sardo exige que por lo ménos firme la mitad, y que los que no saben hagan su "señal": igual variedad se halla en los otros Códigos.

Las leyes recopiladas 1 y 2, título 18, libro 10, callan sobre las firmas de los testigos; y lo que es más extraño, la 1, tit. 23, al ordenar la forma de los instrumentos públicos, no exige que los testigos firmen ni sepan firmar: "cualquiera de los testigos, ú otro que sepa escribir;" pero en los tres siglos y cerca de medio transcurridos desde la publicación de aquella ley, se ha generalizado la escritura, y si no se exige la firma de alguno de los testigos, puede muchas veces resultar ilusorio el objeto de su presentación, y quedar todo á la buena ó mala fé del escribano: sin embargo, esto habrá de guardar consonancia con la ley de notariado, que deberá de regularizar toda la materia de instrumentos públicos.

El primer párrafo del artículo es literal de la citada ley 1 recopilada, omitiendo las palabras: "al ménos relativas al número de

testigos, puesto que en ningún caso exige el artículo más de tres con escribano.

Por Derecho Romano no intervenía escribano, ni en el testamento nuncupativo, ni en el escrito; lo mismo por la ley 1, título 1, Partida 6, que por cierto se aviene mal con la 103, título 18, Partida 3, según la que, la carta del testamento debe hacerse ante escribano; tampoco se hace mención de este en ninguna de las cuatro formas de testamentos que enumera la ley 11, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo: vé lo que sobre una y otra legislación espongo en el artículo 567.

El testamento, aun en su último estado entre los Romanos, se resintió de su origen político en los comicios calados y de las vicisitudes porque había pasado: el número de siete testigos venía del testamento pretorio "per æs et libram," ó de venta imaginaria, y la citada ley de Partida lo copió, aunque el Fuero Juzgo calló sobre esto: la rogación de los testigos, la continuidad ó no interrupción del acto de testar por otro extraño á él, "nullo actu extraneo interveniente," ley 21, título 23, libro 6 del Código y algunas otras solemnidades, omitidas aquí, traían su origen de los comicios calados, en que se hacían los testamentos á manera de leyes.

En nuestras provincias de Fueros bastaban dos testigos con escribano, siguiendo en esto al Derecho Canónico; como bastan para todos los demás instrumentos públicos, según la ley recopilada 1, título 23, libro 10.

El citado artículo 971 Frances tomó, en cuanto al número de testigos, un término medio entre las provincias de costumbres (Fueros), donde bastaban dos, y "las de Derecho escrito," ó Romano en las que eran necesarios siete.

Nosotros no tenemos necesidad ni posibilidad de recurrir á un término medio: la ley recopilada 1, título 19 del Ordenamiento de Alcalá, cuenta cinco siglos de observancia sin haber producido abusos ni sufrido impugnaciones, por más que se realcen ó exageren las asechanzas y la codicia en materia de últimas voluntades.

El segundo párrafo del artículo está conforme con la mencionada ley 103 de la Partida 3, salvo en el número de testigos, "é de si deve escribir el escribano todas las cosas que el testador ficiere (digere); é del testamento deve ser leído é fecho ante siete testigos:" concuerda también con lo que para toda clase de instrumentos públicos se ordena en la ley 1, título 23, libro 10, Novísima Recopilación.

El tercer párrafo corta la cuestión sobre si era válido el testamento otorgado por un simple *si* ó gesto afirmativo del testador á la pregunta de otro. Gómez, número 109 de la ley 3 de Toro, sostiene que es válida la institución de heredero por un simple *si* á la pregunta de otro, y en el 110 rechaza la hecha por gestos.

"Domiciliados:" la ley recopilada 1, título 18, libro 10, exigía la calidad de vecinos; pero como en muchos casos podía ser dudosa y dar ocasión de pleitos, se ha sustituido, como en el número 2 del artículo 569, la vecindad por el domicilio, que en casi todos los casos bastará para que los testigos conozcan al testador, y ellos mismos sean conocidos: adviértase también que la 1, título 23, no exigió la calidad de vecinos en los testigos de los demás instrumentos.

"Los testigos deben ser," etc.: acerca de esto véase lo espuesto en el número 2 del artículo 590: el que no ve al testador en el acto del otorgamiento y para los fines de la ley, es enteramente igual al ciego.

Pero no se olvide la indicación hecha arriba. Aquí no se exige que los testigos sean rogados, ni que el acto de testar no pueda ser interrumpido por otro acto extraño, á pesar de hallarse así dispuesto en el Derecho Romano, Fuero Juzgo y en las Partidas. Aquellos requisitos continuaron entre los Romanos por un respeto supersticioso al origen político de los testamentos, é igual respeto al Derecho Romano los hizo pasar á nuestros Códigos: pero las leyes recopiladas no les dieron entrada, ni la tienen en la generalidad de los Códigos modernos.

Siendo el testamento un instrumento pú-

blico, claro es que en todo lo que no espresa este artículo, habrá de arreglarse á lo dispuesto por las leyes para aquella clase de instrumentos: vé los artículos 1999 y 1200: así es que á cada paso se toca la necesidad de una ley orgánica y general del notariado.

Entretanto no ha sido el ánimo de la Comisión comprender los testamentos en la disposición de la ley recopilada 2, título 23, libro 10, sobre el conocimiento de las partes por el escribano: la ley habla de partes que han de otorgar el contrato ó escritura y nunca se aplicó á los testamentos.

El artículo 746 Sardo dispone, que "el escribano debe conocer la persona del testador, ó asegurarse de la identidad de la misma, y hacer de esto mención expresa; el todo bajo las penas señaladas en la ley sobre el notariado."

ARTICULO 566.

Para testar en lengua extranjera se requiere la presencia de dos intérpretes juramentados, que harán la traducción en castellano: en este caso debe escribirse el testamento en las dos lenguas. (1)

Es el 126 Prusiano, título 12, parte 1. "Si se quiere testar en una lengua extranjera se requiere la presencia de dos intérpretes juramentados para traducir en la lengua conocida; en este caso, el testamento debe estar escrito en las dos lenguas."

1. Cuando el testador ignore el idioma del país, concurrirán al acto y firmarán el testamento, además de los testigos y el notario, dos intérpretes nombrados por el mismo testador.—Tanto el notario como los testigos que intervengan en cualquier testamento, deberán conocer al testador ó certificarse de algún modo de su identidad y de que se hallaba en su cabal juicio y libre de cualquiera coacción.—Si la identidad del testador no pudiere ser verificada, se declarará esta circunstancia por el notario ó por los testigos en su caso, agregando uno ú otro todas las señales que caractericen la persona de aquel.—En el caso del artículo que precede, no tendrá validez el testamento mientras no se justifique la identidad del testador.—Se prohíbe á los notarios y á cualesquier otras personas que hayan de redactar disposiciones de última voluntad, dejar hojas en blanco y servirse de abreviaturas ó cifras, bajo la pena de quinientos pesos de multa á los notarios, y de la mitad á los que no lo fueren.—Arts. 3760 á 3764, tit. 3, cap. 1, libro 4, Cód. Civ. vigente.—N. de los EE.

Siendo preciso entender lo que dispone el testador, no hay otro medio prudente y posible para conseguirlo, y debe facilitarse en cuanto sea dado el medio de testar al extranjero que no conozca la lengua del país.

ARTICULO 567.

Et testador deberá firmar el testamento; y si declara que no sabe ó no puede firmar, lo hará por él uno de los testigos, y el escribano dará fé de todo esto en el mismo instrumento. (1)

Es el 973 Frances, 899 Napolitano, 986 Holandés: el 748 Sardo añade, que no sabiendo ó no pudiendo firmar el testador, se haga mención de la causa y que haga una señal ó marca, precaución pueril é ineficaz.

El testamento nuncupativo podía también hacerse por instrumento público ante escribano, según la ley 4, título 1, Partida 6, y la 105, título 18, Partida 3.

La ley recopilada 1, título 18, libro 10, lo autorizó con mayor expresión, y la siguiente 2 la exigió tan solo en el testamento cerrado.

Dudóse, pues, de la necesidad de la firma en el nuncupativo pero escrito ante escribano.

Gregorio López, en la glosa 2 á la ley 2, título 1, Partida 6, sostiene la afirmativa, fundándose en la pragmática de Alcalá, ley recopilada 1, título 23, libro 10, que la exi-

1. Este artículo concuerda con el 3768 de nuestro Código civil citado en la nota de fojas 18 y además por los arts. 3770 á 3774 del capítulo 2º, título 3º, libro 4º del citado Código civil, se previene lo siguiente:—Si el testador no pudiere ó no supiere escribir, intervendrá otro testigo más que firme á su ruego.—En caso de extrema urgencia, y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales; haciéndose constar esta circunstancia.—El que fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, deberá dar lectura á su testamento: si no supiere ó no pudiere hacerlo, designará una persona que lo lea en su nombre.—Todas las formalidades se practicarán acto continuo, y el notario dará fé de haberse llenado todas.—Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el notario será responsable de los daños y perjuicios é incurrirá además en la pena de pérdida de oficio.—Arts. 3770 á 3774, tit. 3, cap. 2, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

ge en todos los instrumentos públicos, y en que el motivo y objeto de la ley son más poderosos en los testamentos: lo mismo sostienen Covarrubias, Matienzo y otros.

El artículo, pues, no innova en esto; y es probable que su disposición, así como la del siguiente, será común á todos los instrumentos públicos en la ley nueva del notariado.

"Lo hará por él uno de los testigos." Ni el Código Frances, ni el Sardo, ni otro extranjero ordenan esto, pero la ley recopilada 1, título 23, libro 10, lo dispuso para toda clase de instrumentos públicos; y el testamento lo es, y debe haber uniformidad en todos; pero repito que la ley del notariado lo ha de decidir.

ARTICULO 586.

Los testigos firmarán también el testamento; si no saben ó no pueden, dará fé el escribano, pero en todo caso ha de firmar, al menos uno de ellos. (1)

Vé lo expuesto en el 565 desde donde dice "el artículo 974 Frances" hasta el "primer párrafo del artículo."

ARTICULO 569.

En el testamento cerrado deberán observarse las solemnidades siguientes:

1º *Que esté firmado por el testador, bien lo haya escrito él mismo ú otro de su orden; si no lo firmó por no saber ó no poder, lo declarará en el acto de la entrega, dando fé de ello el escribano, con expresión de la causa.*

2º *El papel en que esté escrito el testamento ó el que le sirva de cubierta, estará cerrado y sellado, ó lo hará cerrar y sellar el testador en el acto de presentarlo, y lo entregará al escribano en presencia de cinco testigos, domiciliados en el lugar del otorgamiento, de los que tres al menos puedan firmar.*

3º *El testador, al hacer la entrega, declarará en presencia de los mismos, que el contenido de aquel papel es su testamento.*

4º *El escribano dará fé de la presentación y entrega, con expresión de las formalidades requeridas en los números 2º y 3º, extendiéndola encima del testamento ó de su cubierta, y la*

1. Véase la nota de fojas 18 en que están consignados los artículos 3768 y 3769 que concuerda con este.—N. de los EE.