

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 mas 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 concuerdan con este.—N. de los EE.

firmarán el testador y todos los testigos que puedan hacerlo; pero nunca serán menos de tres los testigos que firmarán por sí.

5.ª Por el testigo ó testigos que no sepan ó que no puedan firmar lo hará uno de los tres, cuyas firmas son necesarias.

Lo mismo se practicará cuando el testador que firmó el testamento no pueda hacerlo en el acto de su entrega por algun impedimento que haya sobrevenido. (1)

976 y 977 Franceses, 987 Holandés, 902 y 903 Napolitanos, 750 y 751 Sardos, 1577 y 1578 de la Luisiana: el 647 de Vaud no admite testamento cerrado ó místico, sino el ológrafo y el abierto, notará las diferencias

1. El testamento cerrado puede ser escrito por el testador ó por otra persona, á su ruego y en papel comun.—El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si no pudiere hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona á su ruego.—En el caso del artículo que precede, la persona que haya rubricado y firmado por el testador, concurrirá con él á la presentacion del pliego cerrado: en este acto el testador declarará que aquella persona rubricó y firmó en su nombre: y ambos firmarán en la cubierta con los testigos y el notario.—El papel en que esté escrito el testamento ó el que le sirva de cubierta, deberá estar cerrado y sellado. ó lo hará cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento: y lo exhibirá al notario en presencia de tres testigos.—El testador al hacer la presentacion, declarará: que en aquel pliego está contenida su última voluntad.—El notario dará fé del otorgamiento, con expresion de las formalidades requeridas en los artículos anteriores: esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento, que será del papel sellado correspondiente, y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además pondrán su sello.—Si alguno de los testigos no supiere firmar, se llamará otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia; de modo que siempre haya tres firmas.—Si al hacer la presentacion del testamento, no pudiere firmar el testador, lo hará otra persona en su nombre y en su presencia; no debiendo hacerlo ninguno de los testigos.—Solo en caso de suma urgencia podrá firmar uno de los testigos, ya sea por el que no sepa hacerlo, ya por el testador. El notario hará constar expresamente esta circunstancia, bajo la pena de suspension de oficio por tres años.—Los que no saben ó no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado.—Arts. 3775 á 3784, tit. 3 cap. 3, lib. 4, Cód. civ. vigente.

La comision dice: que ha reducido á tres el número de siete testigos, porque ni se necesita éste, ni es fácil que se encuentren en momentos de conflicto.—N. de los EE.

de ellos con nuestro artículo en los números siguientes:

Por Derecho Romano en el testamento escrito, ora se hiciese paladinamente, ora en secreto, debian concurrir siete testigos que firmaban con el testador: si éste no sabia ó no podia firmar era necesario un testigo más; y todos habian de sellar el testamento con anillos propios ó ajenos, párrafos 3, 4 y 5, título 10, libro 2, Instituciones; leyes 21 y 28, párrafo 1, título 23, libro 6 del Código; en el nuncupativo ó de viva voz era necesario el mismo número de testigos que viesan al testador y entendiesen lo que decia: las otras solemnidades no podian tener lugar en él, párrafo 14, título 10, libro 2, Instituciones, leyes 21 al principio, título 1, libro 28 del Digesto, 21, párrafo 2 y 26, título 23, libro 6 del Código.

La ley 1, título 1, Partida 6, viene á disponer lo mismo, solo que llama testamento nuncupativo (abierto) "al que se faze paladinamente ante siete testigos por palabra ó por escrito, y testamento in scriptis al que se faze por escrito, é non de otra guisa."

Pero la ley 2, tomada de la 21, título 23, libro 6 del Código, da ya una idea clara del testamento cerrado (fecho en escrito y en poridad). Debe escribirlo el testador si supiere, y si no, hacerlo escribir "en poridad" por personas de su confianza: ha de doblarlo, poniendo en él siete cuerdas que lo cierran, de manera que queden colgadas para poner siete sellos: lo ha de presentar á siete testigos, diciéndoles que aquel es su testamento, y pidiéndoles que pongan sus firmas y sellos: los testigos han de firmar en la cubierta ó doblez del testamento y poner sus sellos en las cuerdas: despues de ellos debe firmar el testador diciendo: "Yo otorgo que este es el testamento que yo fulano fize é mandé escribir." La ley recopilado 2, (3 de Toro) título 18, libro 10, dice que "han de intervenir á lo menos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar; y si

no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y más el signo del escribano."

Esta ley no habla, como la de Partida, de la rogacion de los testigos, ni de sus sellos, que sin duda no estaban en uso: pero yo no encuentro exactitud, ni con referencia á las leyes Romanas ni á las dos citadas de Partida, en lo que dice: "Testamento cerrado que en latin se dice "in scriptis:" en una y otra legislacion podia testarse "por escrito," ó paladinamente ó en poridad, y podia el testamento hacerse "in scriptis" sin ser cerrado.

Número 1. El art. 977 Frances exige un testigo más cuando el testador no sabe firmar, ó no ha podido hacerlo al mandar escribir su testamento: tambien lo exigian la ley 21, título 23, libro 6 del Código, la 11, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo, y la recopilada (3 de Toro) que acabo de citar. Esta precaucion ha parecido inútil por la presencia y firmas de los otros testigos: así es que únicamente la ha copiado el artículo 903 Napolitano.

El artículo 750 Sardo exige, que, si el testamento fué escrito por un tercero, firme el testador todos las fojas.

Número 2. El artículo 976 Frances exige seis testigos, y que todos firmen: le siguen el 902 Napolitano, y el 1577 de la Luisiana; pero en el 1580 se añade, que, si alguno de los testigos no sabe firmar, se haga de esto mencion expresa, y que en todo caso hayan de firmar por lo menos dos testigos; el 987 Holandés se contenta con cuatro testigos, pero deben firmar todos: el 751 Sardo exige cinco, de los que al ménos tres se hallen en el caso de firmar: ya queda expuesta la legislacion Romana y Patria.

Téngase presente que casi todos los Códigos citados exigen para el testamento abierto mas testigos que nuestra ley recopilada; ¿cómo pues exigiremos nosotros para el cerrado mayor número que el exigido por aquellos Códigos?

Además, el número setenario de testigos

TOM. II.

es de origen Romano y por una causa imaginaria, á saber, el testamento pretorio "per aes et libram," que se hacia por una venta imaginaria de la herencia en presencia de cinco testigos, el pesador (libripens) y el comprador ó heredero, y sin embargo aquel Derecho y las Partidas guardaban consecuencia exigiendo el mismo número en todo testamento; pero no lo habria en exigir tres para el abierto y siete para el cerrado, mayormente cuando por los Derechos mencionados no era necesaria la asistencia de escribano, y por la ley recopilada, sí.

Agréguése que en algunas provincias de Fueros, como en Cataluña, para el acto de la entrega, que del testamento cerrado hace el testador al escribano, bastan dos testigos que han de firmar sobre la cubierta del testamento, ley recopilada 28, título 15, libro 7.

Por estas consideraciones se ha bajado á cinco el número de testigos, como lo hace el Código Sardo: en los discursos 55 y 56 franceses sobre el artículo 976 pueden verse los motivos de adoptarse mayores precauciones en el testamento cerrado, pero hay algo de exageracion en ellos.

Los artículos 976 Frances, 902 Napolitano, 751 Sardo, 1578 de la Luisiana y el 987 Holandés: exigen en la presentacion ó entrega y suscripcion del testamento cerrado su continuidad ó no interrupcion por otro acto extraño: yo no encuentro motivada en los discursos franceses esta particularidad que no se prescribe para el testamento abierto; ni me satisface lo que dice Rogron en sus comentarios al dicho artículo 796, aunque tan meticulosamente que añade en seguida: "Tampoco parece que esta disposicion deba aplicarse con un rigor excesivo y minucioso:" el artículo citado es una copia casi literal del 9 de la célebre ordenanza de 1735.

Sellado etc. En la primitiva redaccion del artículo (por mí) faltaba esta circunstancia á pesar de exigirse en los Códigos extranjeros: la ley recopilada no hizo mencion de ella, y los sellos son poco usados entre nosotros, sobre todo fuera de las grandes poblaciones; además, para un falsario diestro tan

ligero es el obstáculo de un sello como el de una oblea.

Número 3. Los artículos extranjeros exigen que el testador declare que "el testamento está escrito y firmado por él, ó escrito por otro y firmado por él." el final de la ley 2, título 1 Partida 6, parece coincidir con ellos: "este es el testamento que yo fize, é mandé escrevir."

Pero, sin necesidad de que el testador lo declare, ¿no resultará esta circunstancia del mismo testamento? ¿Y la equivocacion, ambigüedad ó silencio del testador sobre ella, ha de anular enteramente el testamento?

Números 4 y 5. Dejo expuesto al principio de este artículo que en el testamento escrito eran necesarios por Derecho Romano siete testigos que lo firmasen todos y pusiesen sus sellos, y que tambien lo habia de firmar el testador: ménos en el caso de haber escrito por su propia mano el testamento; "si litteras testator ignoret, vel suscribere nequeat," era necesario un octavo testigo que firmase por él, leyes 21 y 28, título 23, libro 6 del Código.

Las leyes 1 y 2, título 1, Partida 6, hablando del testamento escrito y del cerrado, ó "hecho en poridad," copiaron las Romanas, añadiendo: "si alguno de los testigos non sopiere escrevir, cualquiera de los otros lo puede fazer por mando del:" y lo mismo "si el testador non supiese é non pudiese escrevir."

La recopilada 2, (3 de Toro) título 18, libro 10 dice: "si los testigos no "supieren," y el testador no "pudiere" firmar, que los unos firmen por los otros; de manera que sean ocho firmas, y más el signo del escribano."

Así aparecen la conformidad y diferencias de nuestra legislacion con la Romana: esta era tal vez demasiado severa exigiendo las firmas de los testigos, y el Código Frances la ha seguido en esto y en la necesidad de otro testigo más en el caso expuesto: la nuestra es demasiado laxa disponiendo que un solo testigo sepa escribir para que pueda firmar por los otros seis y por el testador, se-

gun Gomez, número 31 á la dicha ley de Toro.

En el artículo se ha adoptado un término medio que concilia la mayor facilidad de disponer con las debidas precauciones de seguridad.

La ley Romana decia "si litteras testator ignoret;" y los glosadores la han interpretado "si no supiese escribir ó firmar," negando la facultad de otorgar testamento escrito ó cerrado al que no sabe leer por la facilidad de que se le engañe.

Las dos leyes citadas de Partida son susceptibles de la misma duda, aunque usan de las palabras "si non sopiere escrevir," pues guardan silencio sobre si ha de saber, ó no, leer.

La recopilada dice "si los testigos non supieren, y el testador non pudiere firmar," de lo que parece inferirse que el testador ha de saber firmar, pero que no puede hacerlo por algun impedimento. Corrobórase esta conjetura al ver que, tratándose de los otros instrumentos, la recopilada 1, título 23, libro 10, dice, "si las partes non supieren firmar."

Finalmente, la duda era igual ó mayor en las provincias de Fueros, donde, segun la letra de la ley recopilada 28, título 15, libro 7, se dispone que los dos testigos instrumentales hayan de firmar el acto de la entrega ó presentacion del testamento, y se calla sobre el testador.

El artículo corta esta duda: bastará, pues, que el testador sepa leer, aunque no escribir; si ignora uno y otro, se halla realmente en el caso de ciego, al que todas las legislaciones negaron la facultad de otorgar testamento "in scriptis" y cerrados.

Córtase tambien otra duda ó cuestion, que me atrevo á calificar de impertinente con la vénia de Gregorio Lopez en su glosa 9 á la ley 1, título 1, Partida 6: el testamento cerrado no valdrá sin la asistencia y autorizacion del escribano, y á pesar de esto será necesaria su solemne apertura y publicacion al tenor del artículo 594 y siguien-

tes, contra lo que opina Gomez, número 37 á la ley 3 de Toro.

Admitido el testamento ológrafo, será mucho ménos frecuente el cerrado; pero conviene conservarlo para los que, sabiendo únicamente leer, busquen el secreto de sus disposiciones, ó la seguridad de que despues de su muerte no sea sustraído, cosa que puede acontecer fácilmente con el ológrafo.

Rogron al artículo 576 Frances pone y resuelve afirmativamente con la autoridad de un fallo del tribunal de Casacion la cuestion siguiente; "un testamento nulo como místico (cerrado) ¿puede ser válido como ológrafo?"

Supónese que concurren en él todos los requisitos necesarios para la validez del testamento ológrafo, y se dice que el acto de la suscripcion ó entrega y el testamento son dos cosas distintas, y las formalidades que abundan, no vician un acto válido por otra parte en su propia forma.

Esta cuestion habia sido ya ventilada y decidida en el mismo sentido por los intérpretes del Derecho Romano, concretándola al testamento nuncupativo y al escrito: ¿valdrá como nuncupativo el escrito que es nulo por faltarle algunos de los requisitos de tal, pero que reúne todos los de nuncupativo?

Fundábanse los intérpretes en la ley 3, título 1, libro 29 del Digesto, segun la cual, no debe presumirse que el testador ha querido elegir precisamente aquel género de testamento por el que no puede tener efecto su voluntad, "nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia:" la ley habla del que, pudiendo testar "jure militari, destinavit jure comuni testari," y murió antes de concluir el testamento: no pudiendo valer este como testamento común, valdrá como militar.

Pero añaden que, si el testador manifestó espresamente su voluntad de testar "in scriptis," y lo profesó así ante los testigos, no valdrá el testamento ni como escrito, porque bajo este concepto es nulo, ni como nuncupativo, porque no cabe presuncion contra la voluntad manifiesta del testador.

Arguyen para esto con la ley 1, título 7, libro 29 del Digesto, "eum qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videre nec codicillos fecisse. Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur:" de aquí vino la cláusula "codicilar," tan frecuente en los testamentos segun la cita 'a ley 1, "velle hoc (testamentum) etiam vice codicillorum valere."

Desterrados de este Código los codicilos, no podrán ya ocurrir tales dudas; pero siempre he tenido por excesivo y poco razonable este rigor Romano: lo que el testador quiere ante todo y sobre todo es testar, y que su voluntad sea cumplida, mientras haya términos hábiles y legales para ello: importará por lo tanto muy poco para resolver la cuestion propuesta que el testador haya dicho que otorga testamento místico ó cerrado: la equidad y el simple buen sentido rechazan la presuncion de que el testador no haya querido la subsistencia de su última voluntad, habiendo un medio legal para que subsista: lo mismo deberá decirse en otros casos parecidos.

#### ARTICULO 570.

*El que no pueda hablar, pero sí escribir, podrá otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:*

1º *El testamento ha de estar enteramente escrito y firmado de su mano, con la fecha del lugar, año, mes y día.*

2º *Al hacerse su presentacion y entrega, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, presentes el escribano y testigos, que aquel papel es su testamento*

3º *A continuacion de lo escrito por el testador dará el escribano fe, haciendo mencion especial de que se ha cumplido lo dispuesto en el número anterior.*

*En lo demas se observará lo dispuesto en el artículo precedente. (1)*

1. El sordo-mudo podrá hacer testamento cerrado con tal que esté todo el escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario ante cinco testigos escriba á presencia de todos sobre la cubierta: que en aquel pliego se contiene su última voluntad, y vá escrita y fir-