

Conforme con el 1001 Frances, 1589 de la Luisiana y 1000 Holandes: el 802 Sardo enumera las disposiciones cuya inobservancia acarrea la nulidad del testamento; lo mismo hace el 657 de Vaud.

El 927 Napolitano pone dos casos de escepcion á la regla general de este artículo:

1.º Si se ha omitido hacer mencion expresa que el testamento ha sido escrito de la mano misma del notario á quien ha sido dictado; pero se ha de probar legalmente que realmente ha sido escrito por él.

2.º Si se han omitido algunas formalidades á cuya omision no se haya impuesto la pena de nulidad: esta escepcion, como se vé, es muy lata.

Concuerta tambien el artículo con las leyes 12 y 21, título 23, libro 6 del Código, y la 32, título 9, Partida 6.

Pero si á pesar de la omision y consiguiendo nulidad ha sido ejecutado voluntariamente el testamento nulo, no podrá despues decirse de nulidad: esto mismo se dispone para los contratos en el artículo 1187, y el error de derecho no excusa ni aprovecha segun el 989.

#### SECCION IV.

QUIENES PUEDEN SER TESTIGOS DE LOS TESTAMENTOS.

#### ARTICULO 589.

*En todos los testamentos, de cualquier clase que sean, los testigos deben ser mayores de catorce años, súbditos del rey, y que no hayan sido inhabilitados por sentencia ejecutoriada para serlo en juicio ó en instrumento público (1)*

El artículo 975 Frances prohíbe que sean testigos en el testamento abierto los legatarios, sus parientes ó afines dentro del cuarto grado, y los amanuenses del escribano que lo autoriza: el 980, relativo al testamento abierto y cerrado, dispone lo mismo que éste, salvo que exige que sean mayores de edad.

El Código Napolitano en sus artículos 901 al 906 ha adoptado los dos Franceses; lo

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

mismo el de Vaud en los 653 al 656, y el Holandés en el 991 el de la Luisiana 1585; el 133 Prusiano prohíbe tambien legar á los testigos y la ley 3, título 5, libro 3 del Fuero Real: el Sardo en el 754, ha adoptado el 980 Frances; en él excluye tambien á los practicantes ó amanuenses, pero no á los legatarios y sus parientes ó afines, contentándose con declarar en el artículo 800 la nulidad de la sustitucion y legados: los 591 y 592 Austriacos excluyen á los que han hecho votos, á los menores de 18 años en ambos sexos, á los imbeciles, ciegos, sordo-mudos, á los que no entienden la lengua del testador ú han sido condenados por falsarios.

“Varones.” Conservamos en esto la legislacion Romana y Patria, que es tambien la de todos los Códigos: “neque mulier, neque impuber,” párrafo 6, título 10, libro 2, Instituciones; ley 9, título 1, Partida 6. La prohibicion Romana vino sin duda del origen político de los testamentos que se hacian en los comicios calados; pero ha subsistido por temerse que la debilidad é inexperiencia del sexo favorecieran las maniobras de la codicia; hay quien dice que el testigo aquí ejerce “munus publicum,” y que las mujeres por decoro están alejadas de todo cargo público.

Yo creo que esta prohibicion deberia regir en todo instrumento público, y que podria disponerse así en la ley del Notariado; ni las leyes de Partidas, ni las Recopiladas lo han dispuesto especialmente, aunque la 53, título 18, Partida 3, hablando de los testigos en todo instrumento público, dice “omes buenos,” y sin embargo así se ha observado y observa, por manera que la opinion y el buen sentido tienen decidido este punto.

Por la novela 48 del emperador Leon se prohibió á las mujeres ser testigos en los contratos, porque esto “muliebris sexus submissos morem, pudoremque adimit, atque ipsas ad invericundiam et procacitatem exercet.”

“Catorce años.” Conforme al párrafo Romano y ley de Partida citados, contra los Códigos modernos que exigen la mayoría de

edad: ¿cómo no ha de poder ser testigo el que pueda testar?

“Que no hayan sido, etc.” Los Códigos modernos dicen “que no hayan incurrido en la pérdida de los derechos civiles;” pero nosotros no hemos formado un título especial del goce y privacion de los tales derechos como lo formaron aquellos: ha sido, pues, forzoso referirse generalmente á las disposiciones del Código penal.

#### ARTICULO 590.

*No pueden ser testigos del testamento.*

1.º *Los amanuenses del escribano que lo autorice.*

2.º *Los ciegos y los que no entiendan el idioma del testador.*

3.º *Los totalmente sordos ó mudos.*

4.º *Los que no estén en su sano juicio; pero los locos ó dementes podrán serlo en sus lúcidos intervalos.*

5.º *Los que no tengan la calidad de domiciliados, cuando la ley la requiere expresamente. (1)*

Número 1. En el artículo anterior he notado lo que sobre los amanuenses disponen los Códigos extranjeros.

Fúndase esta prohibicion en la influencia directa que el escribano ejerce sobre sus amanuenses y de la que se ha abusado en mas de una ocasion; por manera que convendria extender esta prohibicion á toda clase de instrumentos.

Número 2. En cuanto á los ciegos, concuerda con la ley 9, título 23, libro 6 del Código, “si testes non in conceptu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo jure testamentum valet;” lo que igualmente se expresa en el Código Bávaro, artículo 8, capítulo 5, libro 3, y en los artículos Austriacos citados.

1. No pueden ser testigos del testamento:—1.º Los amanuenses del notario que lo autorice.—2.º Los ciegos y los que no entienden el idioma del testador.—3.º Los totalmente sordos ó mudos.—4.º Los que no estén en su sano juicio.—5.º Los que no tengan la calidad de domiciliados, salvo en los casos exceptuados por la ley.—6.º Las mujeres.—7.º Los varones menores de edad.—8.º Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.—Art. 3758, cap. 1 tit. 3, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

Los otros Códigos y nuestra legislacion Patria callan sobre esta prohibicion ó impedimento. Tal vez en las repetidas leyes sobre el notariado se haya llenado este vacío; el impedimento es de una necesidad tan evidente, que, á pesar del silencio de los Códigos, los tribunales lo han admitido y sancionado en la práctica, así como el de los sordo-mudos y los que no entienden la lengua del testador: Rogron comentando el artículo 980 Frances cita un fallo del tribunal de Casacion en este sentido.

Y en efecto, ¿podrá un ciego firmar seguro de que el instrumento en que pone su firma, es el que realmente quiere firmar? ¿Podrá responder de la identidad del testador no pudiendo verle, ó de que no testa un vivo tomando el nombre y voz de un muerto? Por esto mismo se estiende aun á los testigos no ciegos la necesidad de ver al testador y entender lo que dispone; vé el artículo 565.

El testimonio del que no entiende la lengua del testador no puede conducir á nada; este caso es igual al de los totalmente sordos.

He citado el artículo Austriaco que así lo dispone expresamente y lo mismo se lee en el 991 Holandes: la práctica, fundada en la simple y sana razon, y en la absoluta necesidad ó imposibilidad ha suplido en todos los paises y en el nuestro la omision ó el silencio de las leyes; y yo no alcanzo, cómo pudiera observarse la ley 20, párrafo 8, título 1, libro 28 del Digesto, que dice categóricamente: “non tamen intelligentiam sermonis exigimus: sufficit enim, si vel sensu quis percipiat, cui rei testis adhibitus sit:” segun algunos, la ley Romana habla del testamento cerrado.

El artículo 746 Sardo dispone, que el escribano conozca la persona del testador ó se asegure de su identidad y que se haga mencion de esto.

No tenemos ley que tal ordene para los testamentos; pero la 2, título 23, libro 10 de la Novísima Recopilacion, dispone en general para todos los instrumentos, que, si el

escribano conoce á las partes, dé fé de ello; si no las conoce, no los autorice á ménos que aquellas presenten dos testigos que digan que las conocen, y que de esto se haga mencion al fin de la escritura. La 54, título 18, Partida 3, dice: "E deve ser muy acucioso el escribano de trabajarse de conocer los omes á quien faze las cartas, quien son, é de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho ningund engaño."

Este punto podrá ser una disposicion general de la ley del notariado, teniendo presente que, en algunos de los testamentos especiales, podrá ocurrir con frecuencia dificultad é imposibilidad de cumplirse.

Número 3. "Neque mutus, neque surdus, párrafo 6, título 10, libro 2, Instituciones: "ni en los mudos, ni en los sordos," ley 9, título 1, Partida 6: "el artículo Bávaro citado dice: "los sordos mudos."

Fácil es dar la razon, aun cuando estos dos defectos se hallen separados; el totalmente sordo no puede entender al testador, y el mudo no puede deponer.

Hay sin embargo de particular que estos dos defectos no son impedimentos para testar, ni cuando estén juntos en el caso del artículo 570: el silencio de todos los Códigos modernos, fuera del Bávaro, merece atencion; ó no lo creyeron necesario por ser tan óbvio el impedimento, ó callaron por haberlo previsto en la ley del notariado, ó en los Códigos de procedimientos; lo natural y lógico seria hablar aquí de los impedimentos especiales en materia de testamentos, no de los generales y absolutos: vé lo que con referencia á Rogron he dicho en el número 2.

Número 4. Concuera con la ley 20, párrafo 4, título 1, libro 28 del Digesto, y la 9, título 1, Partida 6.

El Código Bávaro dice: "los imbéciles, los borrachos;" nuestro artículo comprende á unos y á otros: los demás Códigos callan, sin duda por la notoriedad del impedimento, y repito sobre esto las observaciones del número anterior.

Exceptúanse de la prohibicion los lúcidos intervalos, porque en ellos se permite testar,

y habria inconsecuencia en negar lo ménos á quien se concede lo más.

Número 5. El testigo á quien falta alguna de las calidades legales no es testigo legal.

Con este motivo se ha suscitado la cuestion de si el horror comun ó la opinion pública sobre la calidad ó capacidad del testigo constituye derecho, de modo que no pueda anularse el testamento porque despues se descubra la falta de la tal calidad ó capacidad.

La cuestion se halla resuelta por la validez del testamento en el párrafo 7, título 10, libro 2, Instituciones, en la ley 1, título 23, libro 6 del Código, y en la ley 9, título 1, Partida 6, poniendo por ejemplo haber resultado ser esclavo uno de los testigos que al tiempo de hacerse el testamento era generalmente reputado por hombre libre. Rogron, comentando el artículo 980 Frances, copia un fallo del Tribunal de Casacion, en el mismo sentido; é igual es el espíritu de nuestro artículo, porque nada puede objetarse al testador que ignoró lo que todos ignoraron y creyó lo que todos creyeron: por otra parte, en caso de duda ha de estarse por la subsistencia de las últimas voluntades, cuya interpretacion debe ser lata, benigna y favorable.

De aquí han tomado ocasion los autores para disputar si lo actuado por un escribano, ó funcionario que en la opinion comun era tenido por tal, pero que tenia impedimento para serlo, será ó no válido; y fundándose en la ley 3, título 14, libro 1 del Digesto, deciden que, si él mismo por su autoridad privada se arrogó aquel concepto ó funciones, será nulo todo lo por él actuado, á pesar del error comun; pero que será válido cuando el Príncipe ú otra autoridad competente le haya revestido de tal carácter ó funciones por error, creyéndole, por ejemplo, hombre libre siendo realmente esclavo, que es el caso de la ley citada.

Tengo por discreta y razonable esta distincion, aunque no pretendo que esta opinion mia particular haya de servir de regla

en los casos que ocurran, y necesariamente han de ser raros: aquella ley es excepcional, y por lo mismo no admite interpretaciones extensivas: el caso de revestirse uno de carácter público por autoridad privada, es muy diferente y ménos favorable que el de haber errado el Príncipe en las calidades de la persona, cuando por otra parte podia él mismo, por punto general, haberlas dispensado.

No se inhabilita aquí á los pródigos para ser testigos, como no se les inhabilita en la seccion siguiente para testar, á pesar de hallarse ordenadas ambas cosas en la legislacion Romana y Patria: el Código Bávaro dispone lo mismo en sus artículos 1 y 7, capítulo 3, libro 3. Tengo por inexacta y falsa la comparacion de los pródigos con los furiosos, y por exageradas, cuando no absurdas, las consecuencias sacadas de ella. ¿Incorre el pródigo en la pérdida de los derechos civiles? ¿Tiene prohibicion absoluta para ser testigo? aun los furiosos pueden testar y ser testigos del testamento en sus lúcidos intervalos; ¿cómo negar esta lucidez habitual al pródigo en todo lo que no tiene roce ni analogía con la causa y objeto de la interdiccion? "Pródigus testari non potest quoniam commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest." Ulpiano, título 20, párrafo 13, con referencia al 1 del testamento "per aes et libram," ó venta imaginaria, "et hoc testamenti genus diutius permansit," párrafo 1, título 10, libro 2, Instituciones.

El pródigo no podia vender; no podia pues, otorgar un testamento que por sus solemnidades era venta, aunque imaginaria: tal es el origen y causa de la prohibicion de testar impuesta al pródigo, y la prohibicion continuó por rutina ó respeto supersticioso, aun despues de variada la forma de los testamentos, como continuaron otras varias cosas parecidas. Si pródigo es, *qui neque modum, neque finem impensarum habet, qui furiosum rerum usarum exitum facit*, y se le da curador *ne in egestatem perducatur* segun las leyes 1, título 10, libro 27 y 12, título 5, libro 26 del Digesto, ¿cuadra nin-

guna de estas razones al testamento? ¿Hay riesgo en que se empobrezca un muerto? Por esto el mismo Gómez, número 14, á las leyes 3 de Toro, dice: "valde dubito de ratione prohibitionis;" y dejo aparte, que el testamento es un acto muy sério, y más propio para hacer entrar en razon al pródigo, que para inspirarle estravíos.

Téngase tambien presente que la parte disponible, en caso de herederos forzosos, es muy corta para que puedan estos querellarse fundadamente de ofensa ó daño, ni podria conservarse la tal prohibicion, atendido, lo que respecto del pródigo, se dispone en los artículos 285 y 303.

El Código Frances y los que le han seguido en no admitir la interdiccion absoluta por causa de prodigalidad, y si solo un consultor judicial, son consiguientes en no prohibir al pródigo el testar ó ser testigo: el Código Sardo ha admitido uno y otro en sus artículos 369, 380 y 381; y sin embargo, en el 704 le permite testar con unas diferencias de casos y efectos, cuya justificacion ó motivos no alcanzó: lo mismo digo del artículo 568 Austriaco, y del 27 al 34, título 12, parte 1ª, del Rusiano, por los que solo se permite al pródigo testar de la mitad de sus bienes: como si en un mismo acto pudiera ser medio loco y medio cuerdo. Por la novela 39 del Emperador Leon, valia el testamento del pródigo, *si in eo prodigi mores non conspiciuntur*.

#### ARTICULO 591.

*Para calificar la edad de los testigos, se ha de atender al tiempo en que fué hecho el testamento (1).*

"Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore, si igitur (tunc) cum signarent, tales fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit," ley 22, párrafo 1, título 1, libro 28 del Digesto; é igual es el espíritu de las 2, 3 y 13, título 5, libro 22: por la

1. Para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de la inhabilidad haya existido al tiempo de otorgarse el testamento.— Art. 3759, cap. 1º, tít. 3º, lib. 4º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

misma razon es válido el instrumento hecho por funcionario hábil al tiempo de autorizarlo.

## CAPITULO III.

DE LA APERTURA, PUBLICACION Y PROTOCOLIZACION DE ALGUNOS TESTAMENTOS.

## SECCION I.

DE LOS TESTAMENTOS OLÓGRAFO Y CERRADO.

## ARTICULO 592.

*El testamento ológrafo y el cerrado, ántes de recibir ejecucion, deben ser presentados al juez del último domicilio del testador.*

*El juez, ántes de proceder á otro acto ulterior, se cerciorará por sí, siendo posible, y en otro caso por la prueba que deben dar los interesados, de la muerte del testador (1).*

En el título 32, libro 6 del Código, y 3, libro 29 del Digesto, se trata de la apertura de los testamentos cerrados, y sus disposiciones fueron adoptadas en el título 2, Partida 6; vienen á ser, con ligerísimas diferencias, las mismas de este capítulo. Las relativas á la apertura del testamento ológrafo, desconocido en aquellas legislaciones, son tan sencillas y naturales, que en su fondo se hallan adoptadas por todos los Códigos modernos.

El testamento ológrafo no pasa de ser un acto ó papel privado; y, aunque el místico ó cerrado se entrega á un escribano, es secreto en sus disposiciones. Así, ántes de ponerlos en ejecucion, conviene practicar ciertas solemnidades para reconocer su existencia y disposiciones, ó impedir que puedan ser alteradas por personas interesadas en hacerlo.

El artículo 1007 Frances dice: "al Presi-

1. Toda persona que tuviere en su poder un testamento cerrado y no lo presente, como está prevenido en los artículos 3765 y 3766 citados en la nota de fojas 27 ó lo sustraiga dolosamente de los bienes del finado, incurrirá en la pena, si fuere heredero por intestado, de pérdida del derecho que pudiera tener, sin perjuicio de la que le corresponda conforme al Código penal. —Luego que el juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al notario y á los testigos que concurrieron á su otorgamiento.—Arts. 3803 y 3796, cap. 3, tít. 3, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

dente del Tribunal de primera instancia del distrito en que se abre la sucesion." En los Códigos de la Luisiana, Sardo, Holandes, etc., se dice: "al juez del canton, de la parroquia, etc." la ley 2, título 2, Partida 6, dice simplemente: "al juez."

Aunque por la ley orgánica de tribunales lleguen á establecerse colectivos de primera instancia, no estaré por la disposicion del Código Frances, sino por los jueces de partido, caso que se conserven bajo cualquier concepto: así lo aconsejan la economía y brevedad.

En el artículo 787 se han confiado al alcalde del domicilio del difunto algunas diligencias en materia de herencia: pero las de este capítulo son muy delicadas é importantes, y sin duda por esto nunca se practica-ron ante los alcaldes ordinarios.

## ARTICULO 593.

*El testamento ológrafo será abierto por el juez si estuviere cerrado. En seguida lo leerá y procederá al exámen de testigos que reconozcan el testamento, declarando, si por el conocimiento que tenían de la letra del testador, lo tienen como escrito y firmado de mano propia del mismo*

*Resultando la identidad en concepto de los testigos, el juez rubricará al principio y fin de cada una de sus páginas, y lo mandará entregar con todas las diligencias al escribano actuario, para que obre en sus protocolos y se den copias á quien corresponda (1).*

Está tomado de los artículos 1648 y 1650 del Código de la Luisiana; el 1007 Frances, seguido por el 933 Napolitano, es más diminuto. En el 996 Frances de procedimientos civiles se habla de algo parecido á esto; y como quiera, este artículo habrá de ponerse en armonía con el futuro nuestro de procedimientos: el 1648 de la Luisiana no exige más que dos testigos dignos de fé.

Escusado es decir que lo primero que ha de probarse ha de ser la muerte del testa-

1. Hemos manifestado ya en la nota puesta á fojas 17 que el testamento ológrafo no está admitido por nuestro Código civil; por cuya razon el artículo que comentamos no está en práctica entre nosotros.—N. de los EE.

dor: "Seyendo muerto el que fizo el testamento," ley 1, título 2, Partida 6, y la 2, párrafo 4, título 3, libro 29 del Digesto hablando del testamento cerrado, que para este efecto viene á ser lo mismo.

## ARTICULO 594.

*El testamento cerrado no podrá ser abierto sino despues que el escribano y testigos instrumentales reconozcan ante el juez sus firmas y la del testador, cuando la haya; declarando al mismo tiempo si en su concepto está cerrado y sellado, como lo estaba en el acto de la entrega.*

*Si no pueden comparecer todos los testigos por muerte, enfermedad ó ausencia fuera de la provincia, bastará el reconocimiento de la mayor parte y del escribano (1).*

El artículo 1643 de la Luisiana requiere por lo ménos la presencia de cuatro de los testigos exigidos por aquel Código en el artículo 1577; 1007 Frances requiere para la apertura de este testamento la presencia de los notarios y testigos que firmaron el acto de la suscripcion ó entrega, si se encuentran sur les lieux ó llamándolos debidamente.

Concuera el artículo con las leyes 4, 5, 6 y 7, título 3, libro 29 del Digesto, y con las 1, 2 y 3, título 2 Partida 6 Las Romanas dicen: *cum ab initio aperienda sunt tabulae, praetoris id officium est: cogat signatores convenire et sigilla sua recognoscere: vel negare se signase. Publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere: Sed si major pars signatorum fuerit inventa, poterit ipsis intervenientibus resignari testamentum et recitari.*

## ARTICULO 595.

*Si por iguales causas no pudieren comparecer el escribano, la mayor parte de los testigos*

1. El testamento cerrado no podrá ser abierto sino despues que el notario y los testigos instrumentales hayan reconocido ante el juez sus firmas, y la del testador ó la de la persona que por éste hubiere firmado, y hayan declarado si en su concepto está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega.—Si no pudieren comparecer todos los testigos por muerte, enfermedad ó ausencia, bastará el reconocimiento de la mayor parte y el del notario.—Arts. 3797 y 3798, tít. 3º cap. 4º, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

*ó ninguno de ellos, el juez lo hará constar así por informacion como tambien la legitimidad de las firmas, y que al otorgarse el testamento se encontraban en el lugar en que se otorgó.*

*En todo caso, los que comparecieren reconocerán sus firmas (1).*

Las mismas leyes citadas en el anterior. El Jurisconsulto Paulo, *sententiarum receptarum*, número 1, libro 4, título 6, dice: *Deinde signo publico obsignatum in archium edigatur.*

Entre los Romanos estaba previsto y castigado el caso de abrir y divulgar un testamento secreto, ley 1, párrafo 38, título 3, libro 16 del Digesto; y con dificultad escaparia hoy este caso á las disposiciones del capítulo 4, título 8, y del 7, título 13, libro 2 del Código Penal.

## ARTICULO 596.

*Cumplido que sea lo prescrito en los dos artículos anteriores, el juez ordenará su publicacion, y practicará todo lo demás prescrito en el artículo 593 (2)*

Vé lo espuesto en los anteriores.

## SECCION II.

DEL TESTAMENTO NUNCUPATIVO SIN ESCRIBANO PÚBLICO.

## ARTICULO 597.

*Cuando el testamento fuere otorgado sin escribano en los casos del artículo 572, y el testador muriese dentro del tiempo prefijado en los mismos, el juez hará constar, ante todo, la*

1. Si por iguales causas no pudieren comparecer el notario, la mayor parte de los testigos ó ninguno de ellos, el juez lo hará constar así por informacion, como tambien la legitimidad de las firmas, y que en la fecha que lleva el testamento, se encontraban aquellos en el lugar en que éste se otorgó.—En todo caso los que comparecieren, reconocerán sus firmas.—Arts. 3799 y 3800, tít. 3, cap. 3, lib. 4; cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. Cumplido lo prescrito en los cinco artículos anteriores, el juez decretará la publicacion y protocolizacion del testamento.—El testamento cerrado quedará sin efectos siempre que se encuentre roto el pliego interior, ó abierto el que forma la cubierta; ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autorizan aunque el contenido no sea vicioso.—Arts. 3801 y 3802, tít. 3, cap. 3, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.