

LECCION SÉPTIMA.

DE LA FORMA DE LOS TESTAMENTOS.

I.

PRINCIPIOS GENERALES.

Todos los autores distinguen los testamentos en dos grandes divisiones, esto es, en comunes ó solemnes y en especiales y privilegiados, estableciendo así una división de ellos por razón de su forma.

Llaman solemnes ó comunes á aquellos en cuyo otorgamiento concurren todos los requisitos y solemnidades que establece la ley, sin cuya concurrencia son ineficaces.

Llaman especiales ó privilegiados á aquellos que, por las circunstancias excepcionales en que se encuentra el testador, se otorgan con menos solemnidades de las que comúnmente exige la ley.

El Código Civil ha sancionado también esta distinción, pues en el artículo 3,750 declara que el testamento, en cuanto á su forma, es público ó privado, y en los artículos siguientes da las definiciones de ellos en estos términos:¹

Testamento público es el que se otorga ante notario y tes-

1 Art. 3,481, Cód. Civ. de 1884.

tigos idóneos y se extiende en papel del sello correspondiente (art. 3,751, Cód. Civ.).¹

Testamento privado es el que se otorga ante testigos idóneos, sin intervención del notario, pudiendo extenderse ó no en papel sellado (art. 3,752, Cód. Civ.).²

De la comparación de estas dos definiciones resulta que la diferencia que existe entre el testamento público y el privado, consiste, según el sistema adoptado por el Código Civil, en que el primero se otorga ante notario y en papel con el timbre correspondiente, y el segundo sin la concurrencia de esos requisitos.

Desde luego se comprende que el otorgamiento de éstos se permite sólo por excepción, por las circunstancias especiales en que se encuentran los testadores, que no les permiten llenar tales requisitos. De donde se infiere esta consecuencia importante; luego no es lícito el otorgamiento del testamento privado cuando el testador no se encuentra en las circunstancias especiales previstas por la ley, y si se otorga fuera de ellas carece de toda eficacia.

El testamento público, dice el artículo 3,753 del Código Civil, puede ser abierto ó cerrado; pero el testamento privado sólo puede ser abierto, exceptuando el testamento militar, que también puede ser cerrado.³

Es abierto el testamento cuando el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, ó lo que es lo mismo, ante el notario y los testigos que señala la ley (art. 3,754, Cód. Civ.).⁴

Es cerrado el testamento cuando el testador, sin revelar

1 Art. 3,482, Cód. Civ. de 1884. Reformado solamente haciendo referencia al papel con las estampillas del timbre que señale la ley.

2 Art. 3,483, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los mismos términos que el anterior.

3 Art. 3,484, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,485, Cód. Civ. de 1884.

su última voluntad declara, que ésta se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que deben autorizar el acto (art. 3,755, Cód. Civ.).¹

Muchas de las legislaciones modernas admiten otra especie de testamento, que designan con el nombre de *ológrafo*, y que es aquel que está escrito enteramente de puño y letra del testador.

Nuestro Código ha proscrito el testamento ológrafo por ser muy peligroso y prestarse á la comisión de fraudes para suplantar la voluntad del testador, lo cual es muy fácil, ya mediante la falsificación de la letra y de la firma de éste, cuya autenticidad no puede constar, sino por el cotejo de ellas con otras que se suponen de él, prueba que siempre se ha estimado falible é ineficaz para producir una plena demostración.

La distinción que hace el Código Civil entre las diversas especies de los testamentos considerados por razón de su forma, y el hecho de consagrarle á cada uno de ellos preceptos especiales nos demuestran que hay ciertos requisitos esenciales que son peculiares de cada uno, y otros que son comunes á todos.

Son requisitos comunes á todos los testamentos los siguientes:

- I. Capacidad para testar:
- II. Unidad del acto, llamada también unidad de testamento:
- III. Presencia de los testigos y el notario:
- IV. Papel con estampilla ó sello correspondiente.

Habiendo hecho ya el estudio del primer requisito, nos ocuparemos solamente en el de los demás.

Por la unidad del acto, llamada también unidad de testamento, se entiende la continuidad del acto notariado; esto es,

¹ Art. 3,486, Cód. Civ. de 1884.

la práctica no interrumpida de las solemnidades que la ley señala para los testamentos públicos abiertos y las relativas á la presentación de los cerrados ante el notario, la fe del otorgamiento y la constancia que debe extenderse sobre la cubierta.

Como el otorgamiento de la última voluntad es un acto de trascendentales consecuencias, la ley ha querido rodearlo de tales solemnidades, que hagan difíciles, si no imposibles, los fraudes; y con tal objeto incluye entre los requisitos esenciales para la eficacia de todos los testamentos, exceptuando los privilegiados, la asistencia de un notario y de tres testigos que presencien la expresión de la voluntad del testador, en los testamentos públicos, y en los cerrados, la declaración que hace éste de contenerse esa voluntad en el pliego que presenta.

El artículo 3,758 del Código Civil determina qué personas no pueden ser testigos en el testamento; y las excepciones que este precepto señala indican claramente que pueden serlo todos los individuos, menos aquellos que, por adolecer de los vicios que indica, no pueden llenar el objeto que se propuso la ley al ordenar su presencia en unión del notario; esto es, la justificación mediante personas fidedignas del otorgamiento de la última voluntad del testador, en caso necesario.

No pueden ser testigos del testamento, según el artículo 3,758 del Código Civil:

- I. Los amanuences del notario que lo autorice:
- II. Los ciegos y los que no entienden el idioma del testador:
- III. Los totalmente sordos ó mudos:
- IV. Los que no estén en su sano juicio:
- V. Los que no tengan la calidad de domiciliados; salvo en los casos exceptuados por la ley:

VI. Las mujeres:

VII. Los varones menores de edad:

VIII. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.¹

Si se examinan una por una las excepciones establecidas por el mencionado precepto, se comprenderá que no se han introducido de una manera caprichosa, porque todas tienen por objeto eliminar á todas aquellas personas que por alguna circunstancia especial no se hallan en aptitud de saber si el notario asienta en el protocolo la expresión verdadera de la voluntad del testador; y á aquellas que por su estado de dependencia con aquél ó por su conducta delictuosa é inmoral son sospechosos de colusión con él para sustituir la voluntad del testador.

Los ciegos, los sordo-mudos, y los que no están en su sano juicio no pueden ser testigos en testamento, porque el objeto que se ha propuesto el legislador exigiendo su presencia en ese acto, es impedir que el testador sea víctima de sugestionos ó captación, y por tanto, garantizar el cumplimiento exacto de todas las formalidades establecidas para garantizar la libertad de aquél; y para conseguir tal fin es necesario que los testigos oigan dictar las últimas disposiciones del testador, que vean que el notario escribe lo que éste le dicta, que oigan la lectura de lo escrito por el notario, para que puedan certificar con su firma que el testamento contiene la verdad.²

Los que no entienden el idioma del testador no pueden ser testigos, porque no pueden comprender lo que el testador dicta y lo que el notario escribe, supuesto que no conocen el idioma en el cual está redactado, y por lo mismo, no pueden llenar el objeto de la ley, que es vigilar la conducta

¹ Art. 3,489, Cód. Civ. de 1884.

² Laurent, tomo XIII, núm. 263.

del notario para que no altere la voluntad del testador.¹

En cuanto á los no domiciliados, los rechaza la ley, porque, no siendo conocidos, se ignora la moralidad de su conducta, es posible una colusión entre ellos y el notario para suplantar la voluntad del testador, y porque no se les puede llamar en caso necesario ante la presencia judicial para que depongan acerca de la verdad y legalidad del acto.

Las mujeres son excluidas como testigos en los testamentos, porque aquéllos deben garantizar la libre expresión de la voluntad del testador, y son, por lo mismo, órganos de la sociedad en un acto de la más alta importancia, esto es, ejercen una especie de funciones públicas.

Los testigos deben ser mayores, por la misma razón y en virtud del principio general, según el que, sólo el mayor de edad es capaz de ejercer todos los actos de la vida civil, á cuya especie pertenece el de concurrir al otorgamiento de la última voluntad del testador.

En cuanto al cuarto y último requisito, declara al artículo 3,756 del Código Civil, que el papel sellado, ahora el timbrado, en que se otorguen los testamentos será el que determine la ley de la materia; pero según el artículo 3,757 los testamentos militares y los marítimos pueden extenderse en papel común, y la razón es, porque las circunstancias en que se otorgan comunmente esos testamentos hacen imposible llenar tal requisito.²

Según la fracción 88 de la tarifa de Ley General del Timbre, publicada en 25 de Abril de 1893, el testamento público abierto debe llevar una estampilla de á dos pesos en cada hoja, sea cual fuere la cantidad á que ascienda la he-

1 Toullier, tomo III, núm. 593; Merlin, Questions, de Droit. v. Testament, § XVII.

2 Art. 3,487, Cód. Civ. de 1884, Reformado solamente en cuanto se hace en él referencia al papel con el timbre que determine la ley.

rencia, siempre que exceda de quinientos pesos ó no se determine; y cuando es de esta cantidad ó menor, debe llevar una estampilla de á diez centavos cada hoja.

Según la fracción 89 de la misma tarifa, el testamento cerrado debe llevar en la cubierta que lo guarda una estampilla de á cinco pesos, y al abrirse y protocolizarse, se deben poner en el protocolo y en el testimonio las estampillas que corresponden al testamento, según el caso, esto es, con arreglo á lo que dispone la fracción anterior.

Finalmente, la fracción 90 de la tarifa declara que, al protocolizarse el testamento privado, debe pagarse la cuota señalada para el testamento público; pero según la circular de 9 de Mayo de 1894, expedida por el Ministerio de Hacienda, el testamento privado que conste por escrito, debe llevar en cada hoja una estampilla de dos pesos, y de cincuenta centavos en las hojas endonde consten las declaraciones de los testigos, pero que si el testamento no se redactó por escrito, como el dicho de los testigos es lo que constituye ese mismo testamento, cada una de las hojas en donde consten las declaraciones de aquéllos, deben llevar estampillas de á dos pesos, y de á cincuenta centavos las demás del expediente relativo.

Para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de la inhabilidad haya existido al tiempo de otorgarse el testamento, por la misma razón por la cual se atiende al estado en que se halla el testador al tiempo de otorgarse el testamento, porque entonces concurre al acto cuya eficacia garantizan y aseguran los testigos con su presencia (art. 3,759, Cód. Civ.).¹

Tanto el notario como los testigos que intervengan en cualquier testamento, deben conocer al testador ó cercio-

¹ Art. 3,490, Cód. Civ. de 1884.

rarse de algún modo de su identidad y de que se halla en su cabal juicio y libre de toda coacción; pues de otra manera se podrían cometer fraudes punibles autorizando como la última voluntad de un individuo la de otro, y como el efecto de un acto espontáneo cuando es resultado de la violencia ó producido por un cerebro enfermo é incapaz de expresar ningún acto, fruto de la libertad (art. 3,761, Cód. Civ.).¹

Este requisito es de tal manera necesario para la validez y eficacia del testamento, que la ley exige que, si no pudiese ser verificada la identidad del testador, se debe hacer constar esta circunstancia por el notario ó por los testigos en su caso, agregando todas las señales que caractericen la persona de aquél; y declara además, que no tiene validez el testamento mientras no se justifique la identidad del testador (arts. 3,762 y 3,763, Cód. Civ.).²

Cuando éste ignore el idioma español, deben concurrir al acto y firmar el testamento, además de los testigos y el notario, dos intérpretes nombrados por el mismo testador (art. 3,760 Cód. Civ.).³

Todas estas exigencias tienen por objeto garantizar la verdad de la última disposición del testador, y evitar que sea suplantada por manejos fraudulentos de personas interesadas en que la herencia se trasmita á ellas ó á personas á quienes por medio de esos manejos quieran beneficiar.

Con igual fin prohíbe el artículo 3,764 del Código Civil, á los notarios y á cualesquiera 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.⁴

1 Art. 3,492, Cód. Civ. de 1884.

2 Arts. 3,493 y 3,494, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,491, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,495, Cód. Civ. de 1884.



A efecto de evitar que quede frustrada la voluntad del testador, por ignorar sus herederos que hubiere otorgado su testamento, ordenan los artículos 3,765 y 3,766 del Código, que el notario que hubiere autorizado un testamento abierto ó la entrega de uno cerrado, instruya á los interesados con la brevedad posible, luego que sepa la muerte del testador, bajo la pena de pagar los daños y perjuicios que cause la dilación; y que lo mismo debe hacerse cuando alguno tenga en su poder un testamento cerrado.¹

Finalmente: previendo el caso en que los interesados estén ausentes ó sean desconocidos, ordena el artículo 3,767 del mismo Código, que la noticia antes referida se comunique al juez.²

1 Arts. 3,496 y 3,497, Cód. Civ. de 1884.

2 Art, 3,498, Cód. Civ. de 1884.

II.

DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

Después de establecer el Código Civil las reglas generales que rigen á todos los testamentos, fija las que corresponden á cada una de las especies que se conocen de éstos, comenzando por el testamento público ó abierto, que, antes de ahora, era también conocido con el nombre de *nuncupativo*.

El testamento abierto es, según el artículo 3,754 del Código Civil, aquel en el cual hace constar el testador su última voluntad, manifestándola en presencia de las personas que deben autorizar el acto.¹

Pues bien, las reglas que establece el Código respecto de esta especie de testamento, tienen por objeto determinar las solemnidades y requisitos que garanticen que contienen la expresión fiel y verdadera de la última voluntad del testador.

El artículo 3,768 del Código Civil, ordena que el testamento público abierto se dicte de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el notario; y que éste redacte las cláusulas y las lea en voz alta, para que el testador manifieste si está conforme; y que si lo estuviere firmen todos el instrumento, asentándose el lugar, la hora, el día y el año en que hubiere sido otorgado.²

Si el testador fuere enteramente sordo, pero supiere leer, debe dar lectura á su testamento para cerciorarse que contiene la expresión exacta de su voluntad; y si no supiere ó no

¹ Art. 3,485, Cód. Civ. de 1884.

² Art. 3,499, Cód. Civ. de 1884.

podiere hacerlo, debe designar una persona que lo lea en su nombre; pues como dice Díaz Ferreira, comentando el artículo 1,917 del Código Portugués, de donde está tomada la regla que antecede, sancionada por el artículo 3,772 de nuestro Código Civil, la lectura hecha por tercera persona da más garantía que la hecha por el notario, porque no es fácil que esté coludida con éste para que uno no escriba lo que se le dicte y el otro no lea lo que debiera estar escrito.¹

Aunque el artículo 3,772 del Código no lo dice, creemos que el testador sordo no puede encargar la lectura del testamento á alguno de los testigos, porque la función del lector que desempeña en lugar de aquél ó del notario es incompatible con el cargo de testigo, que tiene por la ley otra misión que ejercer.

En efecto: la misión de los testigos es, como hemos dicho antes, garantizar con su presencia el cumplimiento de todas las formalidades establecidas por la ley y la libre expresión de la voluntad del testador; y tal es el motivo por el cual no le es permitido firmar en lugar de éste, cuando no puede hacerlo ó no sabe escribir, sino que debe intervenir otro testigo más que ha de firmar á su ruego, según expresamente lo ordena el artículo 3,770 del Código Civil.²

En confirmación de lo expuesto viene también el artículo 3,771 del mismo Código que declara, que en caso de extrema urgencia, y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales; haciéndose constar esta circunstancia.³

Es decir, que la ley quiere que siempre y en todo caso desempeñen las funciones exclusivas que les ha confiado, y que no permite que ejerzan alguna otra distinta de ellas.

1 Art. 3,503, Cód. Civ. de 1884; Tomo I. pág. 339.

2 Art. 3,501, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,502, Cód. Civ. de 1884.

De los términos del artículo 3,771 del Código, se infiere que no basta para la validez del testamento que se otorgue ante el notario y los tres testigos mencionados, sino que es además necesaria la concurrencia de los testigos instrumentales, esto es, de las dos personas que, conforme á la ley orgánica del Notariado, deben concurrir con el notario al otorgamiento de todo instrumento público.

El Código prevé el caso en que no sea posible obtener testigos que reúnan todos los requisitos que ella exige, y por tal motivo establece en el artículo 3,769, que si alguno de los testigos no supiere escribir, debe firmar otro de ellos por él; pero cuando menos deberá constar la firma entera de dos testigos.¹

Esta es una excepción establecida por la ley en beneficio del testador y para aquellos casos urgentes en que la premura del tiempo no permite buscar otro testigo que sepa escribir; pues no sería justo que por tal motivo se anulara el testamento, quitando á la voluntad del testador, clara y libremente expresada, todo valor jurídico.

Pero tal excepción está permitida á condición de que uno de los otros testigos firme por el que no sabe escribir, y se haga constar esta circunstancia por el notario; pues la falta de la firma de uno de los testigos y de la constancia mencionada, produciría la nulidad del testamento.

Todas las formalidades que hemos enumerado se han de practicar acto continuo, y el notario debe dar fe de que se han llenado; pues si falta alguna de ellas, queda el testamento sin efecto, y aquel funcionario es responsable de los daños y perjuicios, é incurre además en la pena de pérdida de oficio (arts. 3,773 y 3,774, Cód. Civ.)²

La práctica acto continuo de las mencionadas formalida-

1 Art. 3,500, Cód. Civ. de 1884.

2 Arts. 3,504 y 3,505, Cód. Civ. de 1884.

des es lo que constituye la unidad llamada de *contesto*, ó unidad del acto, que, como hemos dicho, consiste en la práctica no interrumpida de aquéllas.

No debe entenderse esta justa exigencia de la ley en términos estrictos y rigurosos, pues lo que ésta quiere es que no se interrumpa la confección del testamento para otorgar otro ó una escritura de compra-venta, etc.; pero no impide que se suspenda aquélla algunos instantes para satisfacer una necesidad urgente, por ejemplo, ministrar una medicina al testador que se halla enfermo, ó para darle un poco de reposo.¹

Esta teoría está fundada no sólo en la opinión unánime de los autores, sino también en los preceptos del derecho Romano, como puede verse en la ley 28, lib. IV, tít. IV, del Código de Justiniano, y en los de nuestra antigua legislación, pues la ley 3^a, tít. 1^o, Partida VI dice, refiriéndose á la unidad del acto necesaria para la validez del testamento: «Fueras ende, si lo ouiesen (los testadores) a facer por cosa que non pudiessen excusar, asi como si el dolor de la enfermedad los cuytase en aquella sazón; si ouiessen entonce gran menester de comer, ó de beuer, o de venir a facer otra cosa, que naturalmente no pudiessen excusar. Ca por qualquier de estas razones, bien podria el facedor del testamento partir mano de lo que había comenzado, fasta que aquel embargo passasse, e de si tornarlo acabar.»

El notario debe dar fe, para dar un carácter de autenticidad completa al acto, que todas las formalidades prescritas por la ley fueron cumplidas; y por lo mismo, debe especificarlas, pues si se limitase á decir que tales formalidades se cumplieron, sin mencionarlas circunstanciadamente, no habría la seguridad de que se observaron una por una.

¹ Laurent, tomo XIII, núm. 416; Demolombe, tomo XXI, núm. 390; Aubry y Rau, tomo VII, § 671, pág. 138; y todos los autores.

Además, la falta de alguna de las referidas solemnidades produce la nulidad del testamento, como hemos visto, y no puede probarse que no faltó ninguna, si no es que el notario certifique, mencionándolas una por una, que todas fueron cumplidas.

Resumiendo lo expuesto, resulta que el testamento público abierto debe otorgarse con las siguientes solemnidades, bajo la pena de nulidad:

1º Dictado de su última voluntad por el testador al notario, en presencia de tres testigos:

2º Redacción por escrito del testamento por el notario:

3º Lectura del testamento en voz alta por el notario, para que el testador manifieste si está conforme con él:

4º Firma del testamento por el testador los testigos y el notario:

5º Expresión del lugar, del día, hora, mes y año en que se otorga el testamento:

6º Expresión de la circunstancia de haber firmado otra persona por el testador por imposibilidad ó por no saber escribir:

7º La misma expresión cuando alguno de los testigos no supiere escribir:

8º Certificación del notario de que el testamento se otorgó en un solo acto y de que se llenaron todas las formalidades exigidas por la ley, enumerándolas.

Todas estas exigencias, todas estas formalidades, no tienen otro objeto que garantizar la autenticidad de la voluntad del testador y evitar que sea suplantada fraudulentamente por el notario ó con otras personas coludidas con él.

III.

DEL TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.

El testamento cerrado es aquel, según se infiere de los términos del artículo 3,755 del Código Civil, que se otorga presentando el testador al notario, delante de los testigos que designa la ley, un pliego cerrado en el cual asegura se halla contenida su última voluntad.¹

La naturaleza peculiar de este testamento ha producido la necesidad de que la ley someta su validez á la concurrencia de los siguientes requisitos especiales:

1º Que se haga por escrito y que esté firmado por el testador si sabe y puede hacerlo:

2º Que, cerrado, y sin dar á conocer su contenido, se presente á un notario ante tres testigos:

3º Que sobre la cubierta del testamento consten la fe que el notario da de la presentación y las firmas de éste, del testador y de los testigos.

El primer requisito fué establecido por la legislación Romana y reproducido por la española, pues la ley 1ª, tít. 1º, Partida VI dice, refiriéndose al testamento cerrado, llamado *in scriptis*, y á la forma de su otorgamiento: «E sin non supiere (el testador) ó non pudiere escrebir, bien lo puede facer otro por mandado del;» y la ley 2ª repite, «que el testador debe escrebir el testamento, e si non llamar cualquier, en quien se fie e mandégelo escrebir.»

La facultad á que se refieren estos preceptos ha sido expresamente sancionada por el artículo 3,775 del Código Ci-

1 Art. 3,486, Cód. Civ. de 1884.

vil que declara, que el testamento cerrado puede ser escrito por el testador ó por otra persona á su ruego y en papel común.¹

Este precepto deja al testador la más amplia facultad para otorgar su testamento, y por tanto, puede escribirlo él mismo, hacerlo escribir por otro ó por otros, y firmarlo solamente; y ni aun sobre la elección de la persona que pueda escribir, señala restricción alguna; puede, en fin, valerse de un hombre, de una mujer ó de un niño.²

En consecuencia, podemos establecer que el testamento cerrado se puede escribir por dos personas distintas, y aun por el heredero ó legatario instituídos en él; pues siendo permitido al testador hacer escribir su testamento por la persona que juzgue á propósito, la ley no limita el número de personas ni establece nada acerca de la que haya de escribirlo; y es sabido que es lícito y permitido todo aquello que la ley no prohíbe expresamente.³

Además, debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si no supiere ó no pudiere, podrá rubricar y firmar otra persona á su ruego; pero en tal caso la persona que haya rubricado y firmado por el testador, debe concurrir con él á la presentación del pliego cerrado, y el testador debe declarar que aquella persona rubricó y firmó en su nombre (arts. 3,776 y 3,778, Cód. Civ.).⁴

De lo expuesto se infiere, que se pueden verificar tres hipótesis respecto de la escritura del testamento:

¹ Art. 3,706, Cód. Civ. de 1884.

² Dalloz, Repertoire, V. Dispositions testamentaires, núms. 3,249 y 3,240; Marcadé, tomo IV, núm. 42; Toullier, tomo V, núm. 466; Troplong, Des Donations, tomo III, núm. 1,620; Laurent, tomo XIII, núm. 291; Thiry, tomo II, núm. 408; Aubry y Rau, tomo VII, § 671; Demolombe, tomo XXI, núm. 333; Baudry Lacantinerie y Collin, tomo II, núm. 2,123.

³ Rolland de Villargues, Dictionaire, V. Testament, núm. 254; Gutiérrez Fernández, tomo III, pág. 149, y los autores citados.

⁴ Arts. 3,507 y 3,509, Cód. Civ. de 1884.

1^a Que el testador escriba, rubrique y firme las hojas y el pie del testamento:

2^a Que el testamento sea escrito por tercera persona y firmado y rubricado por él testador:

3^a Que el testamento sea escrito y firmado y rubricado por tercero á ruego y por encargo del testador, por no saber firmar ó por imposibilidad para hacerlo.

Pero hay que advertir que en la última hipótesis permite la ley que otra persona rubrique y firme el testamento en nombre del testador, sólo en el caso de que no pueda ó no sepa hacerlo éste: de donde se infiere que, si sabe y puede firmar, no tiene facultad para dejar de hacerlo y autorizar otra persona para que rubrique y firme en su nombre, y que si tal hiciere será nulo el testamento.

Es también condición indispensable en esta hipótesis, sin la cual sería nulo el testamento, que el testador presente éste al notario concurriendo con la persona que rubricó, y firmó en su nombre, y que declare que ésta ejecutó tales actos y que firme con ella, si ha cesado la imposibilidad que tenía, en la cubierta del testamento, ante dicho funcionario.

Fácilmente se comprende que la firma al calce del testamento y la rúbrica en cada una de sus hojas tienen por objeto darle autenticidad al documento y evitar que se suplante la voluntad del testador. Pero á nuestro juicio solamente la firma es esencial para la validez del testamento, y por tanto, la falta de la rúbrica en cada una de las hojas no produce su nulidad, como procuraremos demostrarlo después.

El segundo de los requisitos indicados es creación del derecho Romano, del cual pasó á nuestra legislación antigua y al Código Civil; y tiene por objeto darle autenticidad al testamento, mediante la fe del notario y la intervención de los testigos, para evitar los fraudes.

El acto de la presentación al notario en presencia de los

testigos, constituye la solemnidad del testamento cerrado, y le confiere el carácter de autenticidad que resulta necesariamente del reconocimiento positivo que en ese acto hace el testador del mismo testamento.

Antes de la presentación es un simple proyecto, pues ella es la que le imprime el carácter de un verdadero testamento; sin que por esto deba entenderse que esa misma solemnidad constituye por sí misma el otorgamiento de la última voluntad, porque es solamente la declaración solemne que hace el testador de que el pliego cerrado que presenta contiene su testamento.

De donde se infiere que la presentación del testamento al notario, en presencia de los testigos, es un acto absolutamente distinto del testamento.

En efecto: el testamento cerrado se compone de dos partes distintas; una que contiene la expresión de la última voluntad y que es obra del testador; y la otra que consiste en la acta que levanta el notario haciendo constar el hecho de la presentación del testamento ante él y los testigos con las formalidades requeridas por la ley para garantizar su identidad.

La presentación y el testamento son, pues, dos actos distintos que no deben confundirse, porque el primero es un acto público, recibido por el notario en presencia de los testigos; y el segundo un acto secreto, cuyas disposiciones son, por regla general, ignoradas del notario y los testigos. Estos y el notario no son testigos del testamento, sino de su presentación y de la declaración hecha por el testador, acerca de que el pliego que presenta contiene su última voluntad, pero que no contiene ninguna disposición.¹

¹ Dalloz, Repertoire, V. Dispositions Testamentaires, núm. 3,228; Toullier, tomo V, núm. 464; Thiry, tomo II, núm. 407; Baudry Lacantinerie y Collin, tomo II, núm. 2,128.

De esta distinción se infiere la consecuencia importante de que el testamento propiamente dicho no está sujeto á ninguna solemnidad que sea esencial, y cuyo defecto produzca su nulidad; sino que depende, de la manera más absoluta, de la voluntad del testador, darle la forma que mejor le parezca, escribirlo personalmente, valiéndose de otra persona, cualquiera que ella sea, para que lo escriba, en todo ó en parte, sin otra restricción que la de firmar al calce del testamento, y si no pudiere ó no supiere, que otra persona lo haga á su ruego, circunstancia que debe hacer constar con el firmante al presentar el pliego cerrado al notario.

Por el contrario, el acto de la presentación debe estar revestido de todas las solemnidades requeridas por la ley, y la ausencia de alguna de ellas invalida el testamento, según expresamente lo declara el artículo 3,788 del Código Civil; y el notario es responsable de los daños y perjuicios é incurre en la pérdida de oficio.¹

Las solemnidades á que se refiere el precepto citado son las siguientes:

1.^a El papel en que esté escrito el testamento, ó el que le sirva de cubierta, debe estar cerrado y sellado, ó lo debe hacer cerrar y sellar el testador en el acto de la presentación (art. 3,778, Cód. Civ.):²

2.^a El testador debe presentar el testamento al notario, en los términos indicados, en presencia de tres testigos (art. 3,779, Cód. Civ.):³

3.^a Al hacer la presentación debe declarar el testador, que en el pliego que exhibe está contenida su última voluntad (art. 3,779, Cód. Civ.):⁴

1 Art. 3,515, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,509, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,510, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,510, Cód. Civ. de 1884.

4.^a El notario debe dar fe del otorgamiento, expresando las formalidades enunciadas, y asentar esa constancia en la cubierta del testamento, que llevará la estampilla del timbre correspondiente; y debe ser firmada por el testador, si supiere ó pudiere, y en caso contrario, por otra persona en su nombre y en su presencia, los testigos y el notario, quien además debe poner su sello (arts. 3,780 y 3,782, Cód. Civ.).¹

Hay que advertir que ninguno de los testigos puede firmar en nombre del testador, y que si alguno de ellos no supiere firmar, se debe llamar otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia, de modo que siempre haya tres firmas (arts. 3,781 y 3,782, Cód. Civ.).²

Sin embargo, esta regla sufre excepción en caso de suma urgencia, pues entonces puede firmar uno de los testigos, ya sea por el que no puede hacerlo, ya por el testador; pero el notario tiene obligación de hacer constar expresamente esta circunstancia, bajo la pena de suspensión de oficio por tres años (art. 3,783, Cód. Civ.).³

Todos estos requisitos son de tal manera necesarios, que la falta de algunos de ellos produce un vicio capital en el testamento y lo invalida; pues en tanto se reputa el testamento cerrado como la voluntad del testador, en cuanto así lo declara solemnemente ante el notario y los testigos, y se evitan los medios de una suplantación dolosa, que no es la expresión de esa voluntad. Si no media la solemnidad requerida por la ley; si se dejan las puertas abiertas al fraude, omitiendo los medios de precaución que exige, falta absolutamente la seguridad de que el testamento contenga la

1 Arts. 3,511 y 3,513, Cód. Civ. de 1884. Reformado el primero de estos preceptos en lo que se refiere á la sustitución del papel sellado por las estampillas del timbre correspondiente.

2 Arts. 3,512 y 3,513, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,514, Cód. Civ. de 1884.

expresión de la deliberada voluntad del testador, y por lo mismo, no se le debe reputar como tal.

Además de los requisitos expresados es necesario que la presentación del pliego cerrado y sellado que contiene el testamento se haga, como hemos dicho, al notario ante tres testigos, y que ese funcionario levante el acta respectiva en un solo acto y sin interrupción alguna, esto es, debe practicar las diligencias que le encomienda la ley de continuo, que es lo que en el tecnicismo del derecho se designa con el nombre de unidad de contesto.

Este requisito es tanto más necesario en el testamento cerrado cuanto que en él es más fácil la suplantación de la voluntad del testador, sustituyendo el pliego que la contiene por otro; y tal peligro se hace más difícil cuando no se llenan todas las formalidades acto continuo y sin interrupción alguna.

Por regla general, son hábiles para otorgar testamento cerrado todos aquellos que lo sean para disponer de sus bienes por acto de última voluntad. Sin embargo, la ley ha establecido las siguientes excepciones, que se derivan de la naturaleza peculiar de esa especie de testamento:

1ª Los que no saben ó no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado (art. 3,784, Cód. Civ.):¹

2ª Los sordo-mudos que no saben leer y escribir.

La primera excepción se ha establecido para que si el testador no sabe ó no puede escribir y ocurre al servicio de otra persona para que le escriba el testamento, pueda asegurarse de que ha sido consignada con toda exactitud su última voluntad, y para que pueda presentar lo escrito al notario y los testigos, afirmando con toda conciencia que contiene sus últimas disposiciones.

1 Art. 3,515, Cód. Civ. de 1884.

De esta consideración infieren los autores que la ley entiende por saber leer, la facultad del testador de leer la letra manuscrita; y en consecuencia, que los individuos que no saben ó no pueden leer manuscritos no pueden hacer testamento cerrado.¹

En consecuencia, podemos establecer que no pueden otorgar testamento de esta especie las personas que no saben leer y aquellas que, habiendo aprendido, han perdido esa facultad á causa de una enfermedad, como los ciegos.

Pero el debilitamiento que en la vista produce la edad en los ancianos, no impide á éstos otorgar testamento cerrado; porque no basta que el testador tenga dificultad para leer para que sea incapaz de disponer de sus bienes en la forma indicada, sino que es necesario que esté afectado de una imposibilidad absoluta.²

En cuanto á la segunda excepción, la ley la limita por la misma causa que la primera, á los sordo-mudos que no saben leer y escribir, y por lo mismo, les permite otorgar testamento cerrado, llenando los requisitos siguientes:

1º Que el testamento esté todo 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 va escrita y firmada por él (art. 3,785, Cód. Civ.).³

2º Que el notario declare en el acta de la cubierta, que el testador lo escribió así, llenándose los demás requisitos que para el otorgamiento de los testamentos cerrados exige la ley (art. 3,785, Cód. Civ.).⁴

3º Que si el testador no puede firmar la cubierta lo haga

1 Laurent, tomo XIII, núm. 424; Demolombe, tomo XXI, núm. 393; Duranton, tomo IX, núm. 135, etc.

2 Laurent, loco citato.

3 Art. 3,516, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,516, Cód. Civ. de 1884.

otra persona en su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos, si no es en caso de suma urgencia, lo cual hará constar expresamente el notario, bajo la pena de suspensión de oficio por tres años (art. 3,786, Cód. Civ.).¹

Todos estos requisitos tienen por objeto acreditar la autenticidad del testamento y la capacidad legal del testador para disponer de sus bienes; pues siendo un requisito indispensable que aquél declare ante el notario y los testigos que el pliego que presenta contiene su última voluntad, y no pudiendo hacer esa declaración oral, ha sido preciso sustituirla por la escrita, que produce el mismo efecto que aquélla.

Además, no siendo posible saber si la inteligencia del testador se halla sana, y si tiene pleno conocimiento de lo que hace, la exigencia de la ley obligándole á escribir de su puño y letra todo el testamento, presta ocasión para descubrir si tiene capacidad para testar.

Todos los comentaristas del Código Francés, cuyo artículo 979 sanciona los mismos principios y exige los mismos requisitos para la validez de los testamentos cerrados otorgados por los sordo-mudos, sostienen que entre ellos se exige uno, cuya necesidad no está justificada ni puede justificarse de ninguna manera. Tal requisito, que consiste en la necesidad, ó más bien dicho, en la obligación que tiene el testador de fechar el testamento, es estimado por los autores innecesario, porque ninguna relación tiene con la enfermedad del testador, y porque si no es un requisito esencial para la validez del testamento cerrado que otorga cualquiera otra persona, supuesto que se hace constar la fecha en la acta de presentación al notario y los testigos, no hay

1 Art. 3,517, Cód. Civ. de 1884.

una causa suficiente que obligue á exigirlo cuando el otorgante es sordo-mudo.¹

El que sólo sea sordo ó sólo mudo, puede hacer testamento cerrado, según el artículo 3,787 del Código Civil, á condición de que esté escrito de su puño y letra; ó si ha sido escrito por otro, lo anote así el testador, y firme la nota de su puño y letra, sujetándose á las demás solemnidades precisadas para esta clase de testamentos.²

Creemos que el precepto indicado establece un principio notoriamente racional y justo, pero que no se halla en perfecta armonía con aquellos que se refieren al testamento cerrado del sordo-mudo, los cuales estimamos de severidad inusitada.

¿Qué razón existe para que el mudo que oye pueda otorgar su testamento cerrado haciendo que otra persona lo escriba, y para que el sordo-mudo no pueda usar de la misma facultad?

En vano se buscará la razón de la diferencia, pues el mismo motivo que existe para que se autorice al que sólo es mudo para que otorgue su testamento escrito por otra persona, haciéndolo constar así por medio de una nota firmada de su puño y letra, existe también para que el sordo-mudo gozara de igual facultad.

Podrá objetarse que este último carece del oído, y por lo mismo su inteligencia y sus ideas son más limitadas; pero la misma razón podría alegarse para prohibirle la facultad de otorgar testamento cerrado; pues el hecho de que lo escriba de su puño y letra no demuestra por sí sólo que sus conocimientos y sus ideas hayan tenido el desarrollo que en el común de los hombres.

¹ Laurent, tomo XIII, núm. 422; Demolombe, tomo XXI, núm. 403; Baudry Lacantinerie y Collin, tomo II, núm. 2,070, etc., etc.

² Art. 3,518, Cód. Civ. de 1881

La verdad es que no puede justificarse de ninguna manera la diferencia que el Código establece entre los sordomudos y los que sólo son mudos; y que si éstos tienen facultad de otorgar testamento cerrado escrito por otra persona, de la misma facultad deberían disfrutar aquéllos.

Hemos dicho antes que, á nuestro juicio, solamente es esencial, para la validez del testamento cerrado la firma del testador, y por tanto, que la falta de la rúbrica en la hoja de aquél no produce su nulidad. Pues bien, esta teoría es de muy fácil demostración, por más que parezca contraria al artículo 3,788 del Código, que declara, que el testamento cerrado que carece de alguna de las formalidades á que se refieren los preceptos anteriores, es nulo.²

En efecto: por formalidades, palabras que emplea el artículo 3,788 del Código Civil, se entienden las condiciones, términos y expresiones que se requieren para que un acto ó instrumento público sea válido ó perfecto; y como instrumento público es todo escrito autorizado por un funcionario público, en los negocios concernientes á su empleo, ó lo que es lo mismo, el documento otorgado con las solemnidades correspondientes, ante el escribano público, autorizado para dar fe del acto; se infiere que las formalidades á que se refiere el precepto mencionado son, jurídicamente hablando, las condiciones y solemnidades necesarias para que un instrumento sea válido y perfecto.²

Vienen en apoyo de esta tesis los siguientes conceptos de Manreza y Reus, quienes refiriéndose á los instrumentos públicos dicen: «Ya hemos indicado antes que escrituras públicas son todas las que se otorgan ante escribanos, legalmente autorizados para ello, *las que son fechas por mano de escribano público*; como dice la ley 1^a, tít. 18, Parti-

1 Art. 3,519, Cód. Civ. de 1884.

2 Escriche, Diccionario, V. Formalidades; Manreza y Reus, tomo II, pág. 252.

da III, y tienen por objeto consignar un contrato, un testamento, ó cualquiera otro de los actos que los hombres celebran en ejercicio de sus derechos civiles. Pero no basta que la escritura sea otorgada ante escribano público para que se tenga por pública, á fin de que produzca los efectos de tal; es absolutamente indispensable que haya sido otorgada, *con arreglo á derecho*, con las solemnidades y circunstancias que las leyes exigen para su validez.»¹

Si el testamento cerrado no es un instrumento público antes de su presentación al notario y los testigos; si adquiere esa calidad por la declaración que el testador hace de que el pliego que exhibe contiene su última voluntad y la fe que el notario debe dar del otorgamiento, asentando la respectiva constancia sobre la cubierta, con las formalidades legales; y si, por último, éstas se refieren á la declaración del testador, y al modo de cerrar y sellar el testamento; es claro que las formalidades á que se contrae el artículo 3,788 del Código Civil, cuya omisión castiga con la pena de nulidad, son las que se refieren á la solemnidad del acto notariado, del acto por el cual se convierte el proyecto de testamento, hecho por el testador, en un instrumento público.

Además, la letra de ese precepto, que por su extrema sencillez y claridad no necesita interpretación, demuestra con toda evidencia que la sanción penal que trae consigo no se refiere de ninguna manera á las omisiones del testador, sino á las del notario, á quien constituye responsable de los daños y perjuicios y le impone la pena de la pérdida de oficio.

Entender ese precepto de otra manera, es atribuirle un carácter absurdo y notoriamente injusto, porque es supo-

¹ Tomo II, pág. 254.

ner que castiga en la persona del notario la omisión del testador, la cual le es imposible evitar, supuesto que, siendo el testamento cerrado, ignora su contenido y las irregularidades con que haya sido expresada su última voluntad.

Se podrá objetar en contra, diciendo que el artículo 3,664 del Código Civil, dice que es nulo el testamento cuando se otorga en contravención á lo dispuesto en el título III, libro IV del mismo Código; y como el artículo 3,776, comprendido en el capítulo III del título y libro citados, previene que las hojas del testamento cerrado estén rubricadas por el testador, se infiere lógicamente que es nulo el testamento al cual le falte ese requisito.¹

Pero esta consecuencia es falsa, porque el artículo 3,664 contiene una regla general, aplicable á todos los testamentos, modificada por el artículo 3,788 que señala los límites, esto es, los únicos casos en que es aplicable á los testamentos cerrados. De donde se infiere que no se puede considerar, respecto de éstos aisladamente, la regla contenida en el primero de dichos preceptos, sino concordada con el segundo.

Que así debe ser, nos lo demuestra el hecho de que lo mismo acontece respecto del testamento público abierto, pues el artículo 3,774 señala los casos en que es nulo ese testamento, y la pena en que incurre el notario por la nulidad, sin que en los demás capítulos del Código, que se refieren á la forma de los demás testamentos, se encuentre un solo precepto que tenga igual sanción.²

Resumiendo lo expuesto, resulta que el artículo 3,664 contiene una regla general para todos los testamentos, y que los artículos 3,774 y 3,788 contienen las excepciones de esa regla, en los testamentos públicos abiertos el primero, y

1 Arts. 3,471 y 3,507, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,505, Cód. Civ. de 1884.

en los cerrados el segundo, limitándola á los actos notariales, á las formalidades y requisitos esenciales para la validez del testamento público, y por tanto, que [no es cierto que la falta de rúbrica del testador, en cada una de las hojas del testamento importe la nulidad de éste.

Esta consecuencia se hace más perceptible, si se considera que la rúbrica del testador no es de esencia del testamento cerrado, sino un requisito secundario que tiene por objeto proporcionar un medio más de seguridad contra las suplantaciones.

De otra manera resultaría que la circunstancia verdaderamente secundaria, que en nada afecta á la esencia del testamento, sería bastante para invalidar á éste, á pesar de que en él se hubieren observado todas, sin excepción alguna, las solemnidades legales, y que sería nulo y de ningún valor, aunque apareciera escrito de puño y letra del testador, firmado por él, en el pliego cerrado y sellado, y con la constancia de la fe del notario, sobre la cubierta, subscripta por él, los testigos y el testador, de la declaración hecha ante ellos, de contener su última voluntad el indicado pliego, si falta su rúbrica en todas ó en alguna de las hojas.

La ley no ha querido semejante consecuencia, y sólo ha señalado sanción penal para las solemnidades que son esenciales para la validez del acto notariado, que da al testamento cerrado el carácter de escritura pública.

Cerrado y autorizado el testamento, se debe entregar al testador, poniendo el notario razón en el protocolo del lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fué autorizado y entregado. La omisión del requisito enunciado, no anula el testamento; pero hace incurrir al notario en la pena de suspensión de oficio¹ por seis meses (arts. 3,789 y 3,790, Cód. Civ.).¹

¹ Arts. 3,520 y 3,521, Cód. Civ. de 1884.

Esta excepción á la regla general, comprendida en el artículo 3,664, se explica fácilmente, si se tiene en cuenta que la razón en el protocolo no es de esencia del testamento, que éste está contenido en la cubierta que lleva el acto notariado, subscripto por el testador, el notario y los testigos, y que la anotación del protocolo ni le quita ni le da eficacia alguna á ese acto, y sólo sirve para investigar, en caso necesario, el paradero del testamento.

El testador puede conservar el testamento en su poder, ó darlo en guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en el archivo judicial; y en este último caso, debe presentarlo al encargado de esa oficina, quien debe hacer asentar en el libro que con ese objeto ha de llevar, una razón del depósito y entrega, que firmará con el testador, á quien dará copia autorizada de ella (arts. 3,791 y 3,792, Cód. Civ.).¹

La presentación y el depósito se pueden hacer también por procurador, con poder en forma, que debe hacerse constar en escritura pública, circunstancia que debe constar en la nota respectiva; y el poder debe quedar unido al testamento (arts. 3,793 y 3,795, Cód. Civ.).²

El testador puede, personalmente ó por medio de procurador, retirar cuando le parezca su testamento; pero la devolución debe hacerse con las mismas solemnidades que la entrega, asentándose en el libro respectivo razón de la devolución, que debe ser firmada por el encargado del archivo y el testador ó su apoderado, con la debida expresión de que éste tiene poder otorgado por escritura pública (arts. 3,794 y 3,795, Cód. Civ.).³

La Exposición de motivos justifica los preceptos relativos al depósito del testamento cerrado en los términos si-

1 Arts. 3,522 y 3,523, Cód. Civ. de 1884.

2 Arts. 3,524 y 3,526, Cód. Civ. de 1884.

3 Arts. 3,525 y 3,526, Cód. Civ. de 1884.

guientes: "Como en algunos casos podrá ser útil al testador, para mejor asegurar el secreto de sus disposiciones y evitar las asechanzas de los que intenten sustraerla ó descubrirla, tener el testamento depositado en lugar público, se dan reglas pormenorizadas, se determinan por quién y con qué carácter se puede hacer el depósito; el lugar donde éste se ha de hacer, el modo de retirarlo cuando así convenga al testador, y por último, los requisitos del poder, así para la entrega como para la extracción del testamento."

Creemos que además de la razón de conveniencia, por el secreto del testamento, hay otra no menos poderosa que justifica los principios que establece el Código respecto del depósito en el archivo judicial, que se funda en la seguridad que por este medio obtiene el testador, evitando que se pierda el testamento, accidente tanto más lamentable y de más graves consecuencias, cuanto que, á diferencia del testamento abierto, cuyo original queda en el protocolo del notario ante quien se otorga, del cual se pueden tomar cuantas copias fueren necesarias, del cerrado sólo queda una simple acta de presentación, se ignora su contenido, y es imposible reponerlo en caso de extravío.

Invadiendo el Código Civil el terreno que es propio del Código de Procedimientos, establece las reglas y solemnidades que se deben observar en la apertura del testamento cerrado, necesarias para su protocolización y para que alcance la categoría de un documento público, las cuales vamos á exponer brevemente.

El testamento cerrado debe ser presentado al juez de primera instancia, quien desde luego debe llamar á su presencia al notario y á los testigos que concurrieron á su otorgamiento, á fin de que reconozcan sus firmas y la del testador ó la de la persona que por éste hubiere firmado, y

declaren si en su concepto está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega. Sin llenar este requisito no puede ser abierto el testamento (arts. 3,796 y 3,797, Cód. Civ.).¹

Si no pudieren comparecer todos los testigos por muerte, enfermedad ó ausencia, basta el reconocimiento de la mayor parte y del notario; y si por iguales causas no pueden comparecer el notario, la mayor parte de los testigos ó ninguno de ellos, el juez lo debe hacer constar así por información testimonial, como también la legitimidad de las firmas, y que en la fecha que lleva el testamento, se encontraban aquéllos en el lugar en que éste se otorgó. Pero en todo caso, los que comparezcan deben reconocer sus firmas (arts. 3,798 á 3,800, Cód. Civ.).²

Complementando el Código de Procedimientos las reglas anteriores ordena, que reconozcan separadamente sus firmas y el pliego que contenga el testamento, estando presente el Ministerio público, y que practicadas las diligencias enunciadas, el juez, en presencia del notario, de los testigos, del Ministerio público y del secretario, abra el testamento, lo lea para sí, le dé después lectura en voz alta, omitiendo lo que deba permanecer secreto; y que se firme en seguida el acta respectiva por los que hayan intervenido en la diligencia, y que se selle el testamento con el sello del juzgado, y se rubrique por el juez y secretario, designando aquel funcionario el registro en el cual deba hacerse la protocolización. (arts. 2,161 y 2,162).³

Para la práctica de todas las diligencias que acabamos de exponer, es preciso que se demuestre el fallecimiento del testador, mediante la presentación con el testamento

1 Arts. 3,527 y 3,528, Cód. Civ. de 1884.

2 Arts. 3,529 á 3,531, Cód. Civ. de 1884.

3 Arts. 1,949 y 1,951, Cód. Proced. de 1884.

del acta de defunción, pues si la ley permite que los individuos otorguen sus últimas disposiciones en testamento cerrado, es tan sólo para concederles la garantía de que aquéllas permanezcan secretas hasta el momento de la muerte; y no se obtendría tal resultado si se permitiera la apertura antes de ese acontecimiento.

El testamento cerrado queda sin efecto, ó lo que es lo mismo, es nulo y de ningún valor, 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; porque la ruptura del pliego demuestra que el testador cambió de voluntad y por tal motivo lo destruyó, y porque la apertura de la cubierta y la alteración de las firmas hacen presumir una suplantación de la voluntad de aquél, que no debe merecer el apoyo de las autoridades ni la sanción de la ley.

El que otorga un testamento cerrado lo conserva en su poder, ó bien lo deposita en poder del notario que lo autoriza ó de persona de su confianza. Pues bien, ya hemos dicho que el notario ó esa persona, tienen, según el artículo 3,766 del Código Civil, la indeclinable obligación de dar aviso á los interesados, haciéndoles saber que tienen en guarda ese documento luego que tengan noticia del fallecimiento del testador.¹

Pero el artículo 3,803 es aún más explícito sobre el particular, pues ordena que toda persona que tuviere en su poder un testamento cerrado y no lo presente, como está prevenido en el precepto antes citado, ó lo sustraiga dolosamente de los bienes del finado, incurrirá en la pena, si fuere heredero por intestado, de pérdida del derecho que

1 Art. 3,504, Cód. Civ. de 1884.

pudiera tener, sin perjuicio de la que corresponda conforme al Código Penal.¹

De la combinación de los preceptos citados resulta, que son dos los hechos previstos y castigados por ellos: primero, la simple morosidad del depositario del testamento, que no lo entrega ó no da aviso oportuno á los interesados tan luego como tiene noticia del fallecimiento del testador, hecho que se castiga con la pena de pagar el importe de los daños y perjuicios que cause por la dilación; y segundo, la sustracción dolosa de dicho documento de los bienes del testador, que castiga el segundo de dichos preceptos con la pérdida del derecho de heredar al testador, si fuere el depositario heredero legítimo, más con la pena que establece el Código Penal.

Como la sustracción fraudulenta de un testamento de entre los bienes del testador no es más que un robo, el autor de ese atentado incurre en la pena de dos años de prisión con que el artículo 383 del Código Penal castiga el robo de unos autos civiles, ó de algún otro documento ó protocolo, ó que contenga obligación, liberación ó trasmisión de derechos.

Ese precepto del Código Penal es exactamente aplicable al caso á que nos referimos, supuesto que se trata de un robo, que el testamento es, jurídicamente hablando, un documento, y contiene trasmisión de derechos, los que tiene el testador al tiempo de su muerte.

¹ Art. 3,534, Cód. Civ. de 1884.