En el testamento cerrado puede ser testigo el pariente en 2º grado de afinidad del testador sin que se invalide el instrumento otorgado por este.

RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR DON IGNACIO DE OSMA EN LA CAUSA QUE SIGUE CON DON MARIANO DE OSMA SOBRE NULIDAD Y FALSEDAD DE UN TESTAMENTO.

Dictamen fiscal.

Excmo. señor:

En la resolución de V.E. de 17 de diciembre de 1867 se declaró, que la acción que debía ventilarse y esclarecerse en juicio quedaba reducida á saber cual de los testamentos que aparecen otorgados por la señora Ramírez sea el que deba prevalecer. Según esto la cuestión queda circunscrita á una alternativa de preferencia entre ambos documentos. Doña Margarita La Torre desistió de su pretensión, reconociendo la validez del testamento otorgado por la señora doña Ignacia Ramírez en 14 de julio de 1867 por escritura pública que aparece presentada en testimonio, a fojas 42 del cuaderno marcado con la letra A.

Con fecha 24 de abril de 1868 interpuso don Mariano de Osma la demanda de fojas 1 de dicho cuaderno, pidiendo que se declarase la nulidad y falsedad del citado testamento de su tía la señora Ramírez. Seguido el juicio se pronunció por el juez de primera instancia con fecha 27 de agosto de 1872 la sentencia que corre á fojas 215 declarando sin lugar la demanda de nulidad y falsedad del testamento otorgado por la señora doña Ignacia Ramírez de Arellano en 14 de julio de 1867 y que está protocolizado en el registro del escribano público don José de Selaya.

El fiscal encuentra apoyada en ley esta sentencia, ya porque no se han producido las pruebas especiales designadas y requeridas por los artículos 797 y 798 del C. de E. para que un documento sea declarado falso, ya porque tampoco se ha demostrado de una manera satisfactoria y convincente que en el testamento de la señora Ramírez se haya incurrido en los vicios de esencia y de forma que produzcan nulidad y que rigurosamente examinados no existen como lo ha pretendido el juez inferior en el análisis minucioso y jurídico que contienen los fundamentos de su sentencia y que no es necesario repetir.

Habiendo apelado don Mariano de Osma, la Ilustrísima Corte Superior en segunda discordia de votos confirmó la sentencia apelada en la parte que declara sin lugar la demanda de falsedad del testamento y la revocó en cuanto declara también sin lugar su nulidad y concluye declarando nulo y sin ningún valor el referido testamento. Ambos colitigantes han interpuesto recurso de nulidad en la parte que les es desfavorable y sobre cuyos puntos tiene que resolver V.E.

La razón cardinal en que funda su sentencia revocatoria la Ilustrísima Corte Superior y de la que se hace emanar otras consideraciones forzadas hasta concluir haciendo una declaratoria ciega, fatal y absoluta de nulidad del testamento de la señora Ramírez, esa razón se reduce á que prohibiendo el artículo 683 del C. C., que sean testigos testamentarios los herederos y sus parientes dentro del cuarto ó quinto grado de consanguinidad ó afinidad y habiendo sido testigo don José María Sancho Dávila del testamento de aquella señora este era nulo y sin ningún valor.

Las solemnidades que deben obsearse en el testamento escrito, en el del ciego, en el que se haga por escritura privada, en el nuncupativo, en el cerrado se designan de una manera distinta, peculiar y minuciosa en los artículos 658 hasta 667 del C. C., haciendo comprender claramente por su contesto, que cada uno de ellos tiene su solemnidad peculiar sin exigir en todos y para todos una misma ó todas las demás á la vez. Anular por esta causa un testamento otorgado con sujeción á su solemnidad, porque no concurrieron las de los otros sería una severidad, un rigor que conduciría al exceso del *sumnum jus* que es según regla de derecho suma injusticia.

Las formalidades intrínsecas que dan la existencia al acto mismo y sin las que no puede subsistir son las que no puede omitirse sin incurrir en nulidad. No así cualquiera falta ó defecto que se advierta en las que son simplemente externas ó probantes cuando resulta clara y comprobada la existencia y verdad de un hecho ó de un acto.

En varios artículos de nuestros códigos y de otras leyes se declaran nulos los documentos,

actos ó contratos celebrados con violación de su esencia, de las leyes ó de las formas. Pero una tacha ó defecto objetado en parte no esencial ó de simple solemnidad cuando esta misma aparece guardada y observada no es ni puede ser motivo bastante para la anulación de un testamento como se demostrará en seguida.

El espíritu y objeto del artículo 667 del código civil al designar las solemnidades del testamento cerrado no son otros que garantizar la libertad del testador, para que pueda decir ostensiblemente que su última voluntad sobre el destino y aplicación que da á sus bienes queda encerrada temporalmente en el pliego sellado que pone á su inspección, que lo que en el dispone será cumplido sin que su intención sea burlada, porque todo queda desde ese momento bajo la salvaguardia y protección de las leyes y la justicia.

En el testamento cerrado, los testigos son llamados únicamente para comprobar la existencia de un acto material y externo. Pero ignoran del todo su contenido; á quienes nombra el testador por sus herederos, legatarios y albaceas que quizá pudieran serlo alguno ó algunos de los testigos, caso que aunque probable, ha dejado la ley sin decidir; nadie puede interpretarla, ni hacerlo por conjeturas; á quien la ley les faculta para guardar secreto lo autoriza para sus consecuencias y resultados. Por estos motivos los jurisconsultos llaman místico al testamento cerrado.

Todo es, pues, un secreto, un misterio para los testigos; solamente conocen la parte externa y material de un acto jurídicamente sacramental sobre el que deben recaer, cuando llegue el ca-

so, sus declaraciones, reconocer la identidad y autenticidad de la caja, cartera ó pliego que se les presentó por el testador, cuando aseveraba que ese pliego cerrado contenía su última voluntad, espresada con las solemnidades que prescribe el código.

Por la comprobación de este acto intrínseco, ninguno de los testigos adquiere derecho para sí ni tampoco puede privar del que corresponda á terceras personas ignoradas, desconocidas ó no, á quienes pudiese recordar ó favorecer el testador en la escritura interior del pliego cerrado, que contiene su testamento. Los dos actos mencionados son distintos y diversos, no tienen correlación jurídica entre sí, ni el uno arrastra al otro, ni pudiera citarse ley expresa que establezca la influencia correlativa y forzosa entre ambos, para resolver por el mérito de la carátula ó enbierta derechos de que en ella no se trataba, ni eran su materia.

Un testamento cerrado ha podido reunir en su parte externa todas las solemnidades que la ley requiere, sin omisión de la más pequeña, y aunque no haya sido impugnado en esta parte; pero después de abierto puede no obstante declararse nulo porque el testador hubiere nombrado herederos incapaces ó inhábiles, fundado vínculos, instituido por sus herederos á manos muertas y otras personas que tienen incapacidad de heredar ó por otros vicios esenciales.

Lo mismo puede suceder en caso contrario, siendo indudable y decidido por la ley, que la nulidad insanable solamente resulta de la infracción de las formas esenciales, no de las extrínsecas ó probantes y menos cuando queda vigente prueba completa y legal para descubrir la verdad.

Las solemnidades no tienen la misma importancia que las formas y lo comprueba el tenor de los artículos 1233 del código civil y 789 del de enjuiciamientos.

Tampoco son palabras sinónimas prohibición de ley y contrariedad de ley de que se hace un uso frecuente.

Concretándose la discusión al pleito que se ventila sobre el testamento de la señora Ramírez, son concluyentes en apoyo de lo expuesto estos dos artículos del código civil:

“Artículo 667.—Se reputará testamento verbal y se sujetará á las reglas de éste, el que se hiciese por escritura pública ó privada, si no tiene el número de firmas que este código exige”.

“Artículo 668.—No hay testamento cerrado cuando hay menos de cinco firmas de personas distintas sin contar la del escribano que autoriza”.—En el testamento disputado no solamente hay más de seis sino las siete firmas de los testigos, la de la señora testadora y la del escribano. No existe pues razón legal que pueda justificar el fallo anulatorio de la Ilustrísima Corte Superior.

Pero se alega la incapacidad legal del testigo don José María Sancho Dávila.

La prohibición que tienen los parientes consanguíneos ó afines dentro del cuarto ó segundo grado para ser testigos testamentarios es únicamente para el caso en que aquellos sean instituidos herederos.

Aunque quisiera aplicarse esta prohibición respecto de don José María Sancho Dávila cuñado de don Ignacio de Osma, nunca podría extenderse á los demás hermanos coherederos ó legatarios que no son parientes de don José María

Sancho Dávila porque sería no sólo un injusticia evidente y notoria sino también una temeridad. La tacha no es verdadera y aún suponiéndola admisible siempre sería cuestionable y dudosa, y siempre injusta como razón para hacer pesar sobre una familia entera la pérdida de una herencia que se les ha transmitido con justo título; que tiene derecho de gozar y poseer en virtud de los dos artículos anteriormente citados; pero que no han sido tomados en consideración por la Ilustrísima Corte Superior en la parte revocatoria de su sentencia.

Por la muerte de uno de los conyuges, queda el otro desatado de los vínculos que le unían y de las relaciones de parentesco de afinidad que por ficción de la ley se supone existir entre un conyuge y los parientes del otro: la sociedad conyugal cesa y fenece y por consecuencia legítima, cesan también y desaparecen los efectos de la ficción legal que no se fundaban en las relaciones naturales de sangre y origen.

¶lamente entre los parientes que proceden de un tronco comun y que se transmiten la sangre de generación en generación, se transmiten tambien el parentezco de consaguinidad contándose por grados la proximidad ó distancia de unos con otros. Sin embargo las leyes le fijan un término de cesación para los efectos civiles y canónicos apesar de la trasmisión de la sangre que continúa dividiéndose y subdividiéndose hasta lo infinito.

Pero ¿hasta donde y hasta cuando continuan subsistiendo las relaciones de afinidad, que son ficciones de la ley? Claro es que termina desde que desaparece la causa ó pretexto que sirvió para la ficción, es decir, que terminó por la

muerte de un consorte la sociedad conyugal y la comunión de intereses. Por esta razón se titulan hermanos ó parientes políticos, denominación bien expresiva.

La señora doña Carmen Sancho Dávila de Osma falleció en marzo de 1854, el testamento de la señora Ramírez fué otorgado en julio de 1867; siendo uno de los testigos don José María Sancho Dávila hermano de aquella.

No ha habido una razón jurídica ni fundada para anular un testamento cerrado porque solo concurrió como testigo un afin en segundo grado que ignoraba lo que disponía el testador.

El Fiscal cree haber demostrado, y que V.E. podrá también declararlo así, que siendo arreglada á justicia la sentencia de la Ilustrísima Corte Superior, en la parte que confirma la apelada, no hay nulidad; pero que se han infringido las leyes citadas en este dictamen en cuanto revoca dicha sentencia, declara nulo y sin efecto el testamento de la señora doña Ignacia Ramírez de Arellano y que en su consecuencia, reformándola V.E. confirme la del juez de primera Instancia.

Lima, 7 de enero de 1874.

Paz-SOLDÁN.

FALLO

Lima, agosto 26 de 1874. — Vistos: de conformidad con lo expuesto por el señor Fiscal; y— *Teniendo en consideración*:—1^o que el testamento es la expresión de la voluntad de la persona que por causa de muerte dispone de sus bienes á favor de individuos determinados y con los requisitos designados por la ley; 2^o que la testamentifacción como consecuencia del derecho de propiedad, necesita para su validez que el acto se halle revestido de ciertas solemnidades, que en ningún momento haga dudosa su legitimidad; 3^o que es un principio reconocido en derecho que en los instrumentos públicos debe considerarse dos solemnidades, una interna y otra externa; la primera constituye la esencia del instrumento y la otra que respecta á las formalidades con que debe otorgarse; 4^o que esta distinción se establece por la ley en los testamentos cerrados más claramente que en ningún otro instrumento; 5^o que el testamento cerrado ó místico por lo mismo que está contenido en un pliego cerrado y sellado por el testador, es inviolable y secreto hasta después de su muerte; y sólo desde su apertura adquiere el carácter de público; 6^o que en los testamentos cerrados la formalidad externa que consiste en que el testador entregue su testamento al escribano, delante de siete testigos, es independiente del testamento mismo, cuyo contenido deben ignorar ó se presume que ignoran los testigos; 7^o que por esta razón los testigos no pueden certificar sino la entrega del pliego al escribano, pero no sobre el testamento mismo que no conocen; y sobre cuyo contenido nada han oído ni podido oír al testador; 8^o que por estas

razones en el artículo 1249 del Código Civil de Enjuiciamiento se dispone que á los testigos de los testamentos cerrados sólo se les examine sobre la integridad del pliego, sobre sus firmas, sobre la asistencia de los siete testigos con el escribano en el momento de la entrega del pliego por el testador, y sobre si éste se hallaba en su entero juicio; 6º que es muy distinta la condición de los testigos en los testamentos abiertos, porque no sólo presencian el acto del otorgamiento, sino que también conocen las disposiciones que hace el testador á presencia de ellos; por lo cual su testimonio dá derecho á los herederos y legatarios; 10º que por estos motivos el artículo 683 párrafo 3º del Código Civil que prohíbe que sean testigos testamentarios los herederos y sus parientes consanguíneos dentro del cuarto grado ó afines dentro del segundo, sólo debe aplicarse á los testamentos abiertos en que los testigos pueden favorecer con su testimonio al heredero; pero no á los testamentos nústicos en que los testigos ignoran la voluntad del testador y sólo testifican sobre los actos externos que dan fuerza legal á esa voluntad; 11º que en el testamento de la señora doña Ignacia Ramírez de Arellano, se han llenado todas las formalidades de la ley; 12º que por las razones expuestas anteriormente don José María Sancho Dávila, no ha tenido impedimento para ser testigo en dicho testamento apesar de su parentesco de afinidad con el heredero instituído don Ignacio de Osma; 13º que por consecuencia de todo esto la sentencia de vista es infractoria de las leyes relativas á las solémnidades de los testamentos cerrados con arreglo á las que se otorgó el de la citada señora Ramírez y ha sido pronunciada

contra el derecho probado de las partes, en cuanto declara nulo dicho testamento; 14º que al falsedad de que se ha tachado al mismo testamento por don Mariano de Osma, no ha sido probada en el juicio con las pruebas plenas que exigen las leyes según se ha demostrado en los considerandos de la sentencia de primera y segunda instancia, que se reproducen: por tales fundamentos declararon haber nulidad en la sentencia de vista de la Ilma. Corte Superior de este distrito, corriente á fojas 294 cuaderno corriente, en cuanto declara nulo el testamento de doña Ignacia Ramírez de Arellano, y reformándola en esta parte confirmaron la otra parte de la misma resolución y la sentencia de primera instancia que declara no ser nulo ni falso dicho testamento; y los devolvieron. Muñóz, Gómez-Sánchez, Ribeyro, Cossío, Oviedo, Lama, García Calderón.—Se publicó conforme á la ley. Habiendo sido el voto del señor Oviedo por la nulidad de que certifico.—*Manuel L. Castellanos.*

Insubsistencia por resolverse

un punto no apelado

Excmo. señor:

El Fiscal dice: que no encuentra arreglado á las leyes el auto de la I. C. S. de la Libertad corriente á fojas 63 vuelta, por el que declara nulo el apelado y todo lo actuado en el juicio, reponiéndolo al estado de solicitarse de nuevo la entrega de la casa.