
EL TESTAMENTO CON INTERPRETES

En el número II de esta *Revista* (*) se publicó hace algún tiempo un artículo intitulado *De los intérpretes*, en el cual manifestamos que el testamento hecho con intérpretes y escrito en idioma que no dicta el testador, es nulo, y expresamos las razones en que apoyábamos nuestro parecer. Procuraremos explanar y confirmar esta doctrina en la presente disertación, fundados en el texto de la ley, en la razón y en la jurisprudencia de los más eminentes glosadores del derecho antiguo y moderno; derechos que sirvieron de base para formar la legislación positiva ecuatoriana.

Para mayor claridad, trataremos de indagar, a la luz de la historia y de la filosofía del derecho: 1º que el testamento es diverso de la escritura pública; 2º que el testamento hecho con intérpretes es nulo; y 3º que el testamento no escrito y no leído en el idioma del testador es también nulo. En el desarrollo de esta tesis no pretendemos que nuestro jui-

[*] Revista Literaria y científica de la Universidad del Azuay Número II serie segunda correspondiente al mes de Febrero de 1910.

cio sea el más acertado sobre este punto, en que están divididas las opiniones de notables jurisconsultos y de miembros de nuestra magistratura: expon-dremos tan sólo las explicaciones que hemos dado a nuestros alumnos en la clase de Derecho civil, rela-tivas a esta materia tan importante en la práctica.

I

No obstante que los Códigos sustantivo y ad-jetivo, en múltiples preceptos, enseñan con marca-da distinción la gran diferencia que existe entre el testamento y la escritura pública, se sostiene por algunos que un testamento otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo, es escritura pública, por haberse comprendido en la definición que de ésta dan los artículos 147 del Código de Enjuiciamien-tos civiles y 1689 del Código civil. Falso prin-cipio que origina la errónea consecuencia de que el testamento debe ser siempre escrito en castellano, y con intérprete, si el testador no sabe este idioma.

Las solemnidades internas y externas de los testamentos difieren en todo de los requisitos lega-les necesarios para las escrituras y demás instrumen-tos públicos; y basta comparar las leyes consignadas en el párrafo I de la sección VII del Título I del Libro II del Código de Enjuiciamientos en materia civil, que tratan, entre los instrumentos públicos, de las escrituras, con las especialísimas del Título III del Libro III del Código civil, que determinan la ordenación del testamento, para convencerse de ello. Hagamos un paralelo entre unas leyes y otras, y veremos que el testamento, jurídicamente hablando, no es escritura pública, en el sentido tecnico que le da la ley, sino instrumento público o auténtico, cuan-do se llenan ciertas formalidades prescritas por el de-recho.

No hay duda alguna de que los testamentos ce-rrados, los otorgados en Nación extranjera, los ce-lebrados ante juez parroquial o cantonal, o ante cin-co testigos, y menos los privilegiados, verbal, mili-tar y marítimo, sean bajo ningún concepto escrituras

públicas, porque no están incorporados a un protocolo, ni interviene escribano, a no ser en el cerrado; y pueden estos testamentos otorgarse en el idioma que quiera el testador, sin que valga el argumento de que deberán redactarse en castellano, porque no son escrituras públicas, desde que no interviene escribano. Este empleado autoriza el cerrado; pero la ley misma faculta para testar *en el idioma que se quiera*, como se desprende del número 10 del artículo 1002 del Código civil, según el que no pueden ser testigos las personas que no entienden el idioma del testador, *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1014*; y este artículo manda que el testador escriba sobre la cubierta la palabra *testamento* o *la equivalente en el idioma que prefiera*. La propia ley dispone que si el testador no pudiere ser entendido de viva voz, sólo podrá otorgar testamento cerrado. Lo que indica que en los testamentos cerrados no hay obligación de testar en castellano. Con mayor razón el otorgado en Nación extranjera, porque se escribirá en el idioma del lugar en que se teste; y mucho menos los otorgados ante juez o ante cinco testigos, porque la dificultad es sólo respecto de los celebrados ante escribano, en el supuesto de que éste debe sujetarse a las reglas de la escritura pública. En los privilegiados, tampoco cabe duda, porque no interviene escribano en ninguno de ellos. En el verbal, se ha de testar de *viva voz*, de modo que todos vean, oigan y entiendan al testador (artículo 1024 id.); debiendo testarse en castellano, ¿cómo se le entiende a un inglés, por ejemplo, si los testigos ignoran este idioma? Luego el que ofrece duda es el testamento público otorgado ante escribano; y nos concretaremos sólo a esta clase de testamentos.

Dos son los requisitos para que un instrumento público se llame *escritura pública*: que sea otorgado ante escribano, y que se le incorpore en un protocolo o Registro público. Al testamento le falta la segunda condición, porque no se incorpora en el Registro público desde que se otorga, como acontece con los actos entre vivos, sino cuando, cerciorado el juez de la muerte del testador, ordena la apertura y

publicación del testamento. Esta regla es general, generalísima para toda clase de testamentos solemnes y privilegiados, sin excepción ninguna, porque los artículos 999 y 1000 del Código civil, que disponen que el juez del último domicilio del testador, que haya de proceder a la apertura y publicación de un testamento se cerciore previamente de la muerte del testador, no distinguen en qué clase de testamento se observará aquello, y están colocados en el párrafo I del Título III, cuyo contexto es *Del testamento en general*. Corrobora lo mismo el Código adjetivo, en la sección VII del Título II, Libro II, que tiene por epígrafe *Del juicio sobre apertura y publicación del testamento cerrado, y sobre la protocolización de los demás testamentos*. Estas últimas palabras hablan de un modo general de todo testamento, sin distinción alguna. En realidad, desde el artículo 674 se reglamenta el modo de protocolizar el testamento cerrado, hasta el 680, que trata de la protocolización del testamento verbal; el 682 indica la manera como se incorpora al registro de un escribano el testamento otorgado ante un juez. El Código civil, en el artículo 1010, prescribe los requisitos para la protocolización de un testamento otorgado ante cinco testigos; y en el párrafo respectivo determina lo que se ha de observar para que se protocolicen los testamentos privilegiados. Sólo queda el testamento solemne otorgado ante escribano; y el artículo 681 del Código adjetivo, colocado en la sección antedicha, dice: “Basta la inscripción de la copia para que los testamentos solemnes abiertos tengan fuerza de instrumento público.”

Luego, el testamento otorgado ante escribano no es ni siquiera instrumento público mientras no esté inscrita la copia; menos será escritura pública, porque la incorporación a un protocolo debe hacerse por orden del juez que mande abrir y publicar el testamento. Cierto que la práctica es contraria a esto; pero ella no deroga la ley escrita, y más bien expone al peligro de que se dé copia de un testamento en vida del testador; pues el escribano no sólo da copia sino que publica un testamento otorgado

ante él, a solicitud del interesado, sin previa orden judicial y sin haberse cerciorado de la muerte del testador, en virtud de que aplica las leyes de una escritura pública, porque incorpora el testamento al registro desde su otorgamiento como si fuese una escritura, lo que es contrario a la ley. Esta tesis se opone a la inveterada rutina, que se alarmará sin duda de esta interpretación (y no innovación, porque sólo el legislador innova) apoyada en el artículo 1007 del Código civil, que dice: "El testamento abierto podrá haberse escrito anticipadamente. Pero, sea que el testador lo tenga escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en alta voz por el escribano."—Ley tan clara como la luz meridiana manifiesta que el testamento ante escribano puede haberlo tenido escrito el testador o escribirlo en uno o más actos, lo que no podía hacer al incorporarlo en un protocolo, como se acostumbra. Al ser escritura pública, tiene que estar escrita en seguida de otra; y en este caso, el testador nada puede tener escrito previamente, ni podría hacerlo en uno o más actos sino en uno solo, porque así lo exige la ley sobre escrituras públicas. El testador principia hoy su testamento, lo continúa dentro de un mes, y meditándolo con detención, lo concluye en el siguiente y llama a un escribano para que lo autorice. Esto, que está permitido por la ley, no puede hacerse en un protocolo, porque todo acto principiado tiene que ser concluido. Además, el testador no puede escribir su testamento en un protocolo, porque tendría que principiarlo donde se concluya la escritura anterior; y de esto resultaría el inconveniente de que el testamento otorgado como escritura pública no puede quedar en poder del testador. La ley orgánica del Poder Judicial prohíbe al escribano que nadie se informe, mientras viva el testador, de sus disposiciones testamentarias. El escribano no podría obedecer este precepto en los testamentos protocolizados en vida del testador, porque quien desea ver una escritura cualquiera, ocurrirá al registro en que se halle el testamento, y so pretexto de leer aquella, se cerciorará de éste con la mayor facilidad.

Para confirmar la doctrina de que el testamento otorgado ante escribano puede quedar en poder del testador, oigamos lo que dice el más connotado juriconsulto ecuatoriano, Sr. Dr. D. Luis Felipe Borja, cuya reciente muerte deplora con justicia la ciencia del Derecho, en el alegato en que sostuvo ante la Corte Suprema la nulidad del testamento del Sr. Apolinario Gálvez: "El escribano Bolaños, que, según lo manifiestan todos sus actos, procedía con la mayor negligencia, había incurrido en la *inexplicable irregularidad* de agregar el testamento al registro antes de que el testador falleciese. Nadie ignora, Excelentísimo Señor, que si bien la esencia del testamento abierto consiste en que el testador haga sabedores de sus disposiciones a los testigos, el *testamento no es un instrumento público* (no escritura) *que pertenece al archivo del escribano*, porque el testador es libre para conservarlo en su poder o nombrar una persona en quien lo deposite. Si los escribanos se apresuran a incorporar los testamentos en el protocolo, cometen un abuso atentando contra la voluntad del testador y proceden en pugna con las disposiciones legales que determinan los efectos que el testamento surte. Y ese abuso del escribano Bolaños no podía impedir que el Sr. Gálvez revocase el testamento con sólo manifestar que su voluntad no subsistía. Es evidente que si el testamento hubiese estado en poder del Sr. Gálvez, éste lo hubiera roto ó cancelado, expresando que lo hacía para que no surtiera ningún efecto. No pudo apelar a ninguno de estos medios, porque indebidamente el testamento formaba ya parte de un archivo público" (1).

El art. 662 del Código de Enjuiciamientos civiles, manifiesta también que el testamento puede quedar en poder del testador, como se lee en las siguientes palabras: "Si al fijar los sellos se encontrare un testamento ú otros papeles.... Si lo cerrado fuere un testamento".... Precepto que corrobora la opinión que sostenemos.

[1] *Revista de la Sociedad Jurídico-Literaria de Quito*, Números 49 y 50.

Muchísimos son los pasajes en que la ley enseña, aun con redundancia, que el testamento no es escritura pública. De aceptar que aquellos actos son iguales, viene hasta la contradicción en las palabras, porque si el testamento tiene que estar oculto y no publicarse sino después de la muerte del testador, no puede llamarse escritura *pública* a la que debe estar oculta. No es público aquello que no se puede ver y conocer por todos.

El testamento se halla definido por el legislador, así como la escritura pública; y hay que darles el significado legal. Aquél es un acto más o menos solemne, esencialmente revocable y que surte efectos después de la muerte del testador (989 del Código civil); ésta es siempre solemne, irrevocable por naturaleza, a no ser por mutuo convenio, y que produce efectos jurídicos desde su otorgamiento. Por el primero se adquiere la propiedad de los bienes dejados por el difunto, por el modo de adquirir llamado sucesión por causa de muerte; y por la segunda se adquiere por tradición. No se puede transferir por escritura sino de modo irrevocable; cuando es revocable y se consolida por la muerte, el acto necesita que se llenen las solemnidades del testamento y no las de la escritura (990 y 1127 id.) Por testamento no se puede contratar, lo que se podría si fuera escritura pública, porque los contratos solemnes, por ejemplo, que requieran escritura pública, pudieran hacerse por testamento si estos actos fueran iguales. El uno es acto de una sola persona, e indelegable; en el otro pueden intervenir muchos por sí o por procuradores. El púber menor de veintiún años, la casada y el pródigo pueden testar sin intervención de sus representantes; y ninguno de ellos puede comparecer en la celebración de una escritura pública sino con sus representantes legales (95, 133 y 255 id.). El que muere civilmente no puede testar; pero sí puede otorgar escritura pública, reconocer un hijo natural o cualquiera otro acto no relativo a la propiedad, como el de alimentos.

En cuanto a las solemnidades externas, la escritura y el testamento tienen también notables di-

ferencias. Al fijarse en las disposiciones de los artículos 153 al 162 del Código de proceder en lo civil, que prescriben las formalidades de una escritura, se notará que son muy diversas de las externas de un testamento. El Código adjetivo reglamenta la escritura pública, y el sustantivo el testamento. La escritura pública deberá ser redactada en idioma castellano (157 Enjuiciamientos civiles). El testamento solemne será siempre escrito, dice el artículo 1001, sin expresar en qué idioma, dejando así libertad para hacerlo en cualquier otro. En una escritura no pueden ser testigos los menores, los que no saben firmar, los fallidos, las mujeres, los religiosos y los parientes de los otorgantes (159 Enj. civ.). En un testamento pueden ser testigos los mayores de diez y ocho años y menores de veintiuno, los fallidos, los religiosos, las mujeres, los parientes y aun los que no saben firmar. El testamento puede conservarlo el testador; y el original de una escritura queda protocolizado; de ésta se da copia después de firmada, y de aquél cuando, muerto el testador, se publica su testamento.

Las nulidades de una escritura, comprendidas en los artículos 161 y 162 del Código de Enjuiciamientos civiles, son distintas de las de los testamentos, puntualizadas en el artículo 1016 del Código civil. Advertiremos que en estas leyes no se encuentra la sanción de la nulidad por no haberse escrito en castellano una escritura o un testamento.

En ninguna de sus disposiciones trata el Código civil del testamento como si fuera escritura pública; por el contrario, los considera como actos enteramente diversos. Así, hablando de los hijos naturales, dice que, el reconocimiento puede hacerse por instrumento público o por acto testamentario. El usufructo, uso y habitación pueden constituirse por testamento, donación, venta u otro acto entre vivos. Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario. La partición hecha por el difunto y el nombramiento de partidor verificado por acto entre vivos o por testamento, valen (artículos 269, 723,

753, 1308 y 1314 del Código civil). Estas leyes manifiestan que Don Andrés Bello, al formar el Código civil chileno, que es igual al nuestro, y que definió lo que es testamento y escritura en los artículos 989 y 1689, respectivamente, nunca los usó como sinónimos, sino que los consideró actos en todo distintos. Si testamento fuera lo mismo que escritura, un jurisconsulto tan diestro y un hablista tan atildado no hubiera dicho que esos actos pueden hacerse por testamento o por instrumento público entre vivos. Si el testamento es escritura pública, ¿para qué esas distinciones en la ley?—La legitimación de los nacidos antes de matrimonio, dice el artículo 201 del Código civil, debe hacerse por instrumento público: no dice, como en otros pasajes, o *por acto testamentario*, porque siendo el testamento acto de una sola persona, y la legitimación de los dos que contraen matrimonio, no puede legitimarse por testamento. “Ese instrumento público, dice el citado Sr. Dr. Borja, hablando de esto, no puede ser, conforme a las leyes chilenas y ecuatorianas, sino escritura pública, esto es, instrumento otorgado ante escribano e incorporado a un registro o protocolo público” (1). El mismo autor, al tratar del reconocimiento de un hijo natural, que puede hacerse por instrumento público o por acto testamentario, expresa: “Ese instrumento público no puede ser sino una escritura, porque, salvo los casos expresamente exceptuados, sólo los escribanos están llamados a autorizar los instrumentos públicos concernientes a los actos que se refieren a la persona o los bienes. Acto testamentario es sinónimo de testamento, definido en el artículo 999” (2). Este eminente jurisconsulto no hiciera tan marcada distinción si el testamento fuera escritura pública.

El Código adjetivo enseña también la diferencia entre estos dos actos, aun para sus efectos jurídicos. El artículo 499 cuenta entre los títulos ejecutivos a los testamentos y a la primera copia de las escritu-

[1] *Estudio sobre el Código civil chileno.* T. IV, N^o 99, pág. 163.

[2] *Estudio sobre el Código civil chileno.* T. V, N^o 12, pág. 33.

ras públicas, o las demás conferidas con citación contraria. Si el testamento es escritura pública, ¿para qué esta repetición? La ley los considera distintos, tanto que las copias de los testamentos no requieren citación para ser títulos ejecutivos, y las de las escrituras sí la necesitan, a excepción de la primera. La Corte Suprema resolvió en este sentido en el juicio de la familia Carrión, en un fallo publicado en la "Gaceta Judicial," N^o 55, de la II serie. Si el testamento es escritura pública, para qué esta distinción en las copias? El artículo 190 del propio Código expresa: "Siempre que por defecto en la forma se declaren nulos un *testamento*, una *escritura pública* o cualquier otro instrumento que fueren otorgados por escribano, pagará éste una multa hasta de doscientos sucres."... Si el testamento fuera una escritura pública, la ley no cometería pleonasmos a palabra seguida; pero como son diferentes, los designa de modo diverso, como sucede en el artículo copiado.

Si el testamento fuera escritura pública, pudiera un testador hacer promesa de vender o hipotecar sus bienes raíces, lo que no es procedente, porque la ley exige para estos actos escritura pública, según los artículos 1544 y 2391 del Código civil y 149 del de Enjuiciamientos civiles. En la escritura da fe el escribano de conocer a los otorgantes; en el testamento esas designaciones se ajustan a lo que, respectivamente, declaran el testador y los testigos (artículos 1006 Cód. civil y 157, N^o 5^o, Enj. civiles). Si la escritura debe ser hecha en castellano y puede serlo también con intérprete, el testigo no tiene necesidad de saber el idioma del otorgante; y en el testamento, como no interviene intérprete, el testigo debe saber el idioma del testador (artículos 1002, N^o 10, Cód. civil y 157 Enj. civiles). En la escritura pueden ser testigos el sordo y el mudo, y no en el testamento; en éste la habilidad putativa no sirve sino para un solo testigo, y en aquella no produce nulidad el error sobre la capacidad de todos los testigos (1003 Cód. civil y 159 Enj. civiles). La escritura puede ser otorgada por el sordomudo

mediante minuta; y el testamento, en este caso, sólo puede hacerse cerrado. La escritura que no está en la página cronológica respectiva, es nula; y no lo es el testamento, porque puede ser protocolizado en cualquier tiempo; éste, declarada su nulidad, no sirve como instrumento privado, y aquélla sí, al estar firmada por las partes (1691 Cód. civil y 164 Enj. civiles).

Instrumento público, como fácilmente se nota, es término genérico; y escritura pública es especie que pertenece al instrumento público, lo mismo que el testamento. Hay contratos como la compra y venta, la donación de bienes raíces, la hipoteca, la renta vitalicia, que se otorgan por escritura pública; y otros por instrumento público, como el reconocimiento de un hijo natural ante juez civil, la consignación (269 y 1592 Cód. civil). Los instrumentos públicos están sujetos al precepto del artículo 148, y la escritura al de los contenidos en el 153 y siguientes. La escritura se anula cuando falta lo dispuesto en el 161, y el instrumento público al omitirse lo prescrito en el 163, arts. todos del Código de Enjuiciamientos civiles.

Además de las diferencias indicadas, hay otras muchas que se notan a primera vista al comparar las leyes que rigen los sendos actos en que nos ocupamos; y por lo expuesto, podemos asegurar que no siendo el testamento escritura pública, no es aplicable a él la ley que prescribe que la escritura debe ser redactada en castellano, sino el artículo 1001 del Código civil, que dispone que el testamento solemne debe ser escrito, sin determinar en qué idioma.

II

Si el testamento se rige por leyes especialísimas y no por las de una escritura pública, son ellas las que deben observarse en su otorgamiento. El Código adjetivo no tiene ningún precepto aplicable a las solemnidades internas o externas de los testamentos; el sustantivo es el que ha dictado leyes muy estrictas para su formación, imitando a las legislaciones antigua y moderna de todos los países civilizados.

La propiedad es el medio de subsistencia con que cuenta la sociedad doméstica nacida del derecho natural. Los miembros de familia, como socios, son los dueños de los bienes sociales; a la muerte de cualquiera de los asociados, sus bienes pasan a los que sobreviven. Si el hijo es la continuación de la vida del padre; si éste le trasmite el nombre, los honores, la fisonomía, y muchas veces las enfermedades físicas y morales, siendo el atavismo una ley natural, también es ley de naturaleza que el hijo herede los bienes del padre. De aquí que todas las legislaciones, fundadas en este principio, han creado la sucesión legítima, que es la *abintestato*. La ley es el testamento del que no ha hecho testamento. Ella entrega los bienes del difunto a la familia sobreviviente, porque el orden natural y la razón lo dictan así. El individuo, al morir, pone en posesión de los bienes a sus herederos, los entrega a ellos, según la expresión francesa: *La mort saisit le vif*. Los antiguos fueros de Francia (*coutumes*) sostuvieron que la ley que establece el orden de las sucesiones, es la expresión de la naturaleza, la manifestación de la voluntad de Dios, porque es Dios quien instituye los herederos, puesto que El les hace nacer en el seno de la familia de la que reciben los bienes, según la expresión de Domat.

El Derecho romano estableció las sucesiones legítimas, repartiendo los bienes entre la familia del difunto; y la sucesión testamentaria fué considerada como una derogación de esta ley. En Roma la ley se formaba por la voluntad del pueblo reunido en comicios, y se derogaba de la misma manera. Por este motivo el testamento se dictaba en los *comicios calados* con las formalidades de ley, porque derogaba a la ley que llama al heredero legítimo. De aquí se origina que el testamento sea un acto solemne; las formas son prescritas para asegurar la libre expresión de la voluntad del testador; ellas tienden a la sustancia del acto y se requieren no para su validez sino para su existencia misma. Un testamento viciado es más que nulo, no existe. La ley es en extremo rigurosa a este respecto, porque el testamen-

to deroga la ley de que el heredero indicado por Dios y la naturaleza, sea el dueño de los bienes; y es por esto que el derecho rodea al acto de todas las solemnidades posibles, para que el testador dicte sus disposiciones con entero conocimiento de causa, en la plenitud de su libertad, por cuanto los hombres desean la herencia y ponen en juego toda clase de fraudes y maldades para conseguirla.

La facultad de testar es de derecho público; y el único medio de hacer constar la voluntad del testador es la observancia de las solemnidades establecidas por el derecho; solemnidades que deben constar del mismo acto, en el mismo testamento, sin que fuera de él se pueda buscar pruebas en otra parte, ni haya pacto sobre su omisión, porque el derecho público no puede ser derogado por un contrato particular. La ley I del Título I de la sexta Partida, explicando las causas por las que el testamento debe rodearse de las solemnidades más rigurosas de estricta observancia, para garantizar que él contiene la última voluntad del testador, razona: "Testamento es una de las cosas del mundo en que más deuen los omes auer cordura quando lo fazen, e esto es por dos razones: la una porque en ellos muestran cuál es su postrimera voluntad, e la otra porque después que los han fecho, si se murieren, non pueden tornar otra vez a enderezarlos nin a facerlos de cabo."

Si el testamento era una ley especial que derogaba la general de las sucesiones, el que testa era un verdadero legislador; y la ley dictada por el pueblo romano en los comicios calados era derogada con igual solemnidad. Es por esto que los primeros testamentos llamados *calatis comisiis*, se dictaban públicamente en presencia de los *Quirites*; y el magistrado preguntaba al pueblo reunido si quería o no que sea heredero el designado por el testador. Si la mayor parte de la *centuriata comisia* consentía en esta ley, aquél era el legítimo heredero. La forma primitiva y solemne de tal testamento acredita el carácter legislativo; la potestad de ley que el derecho originario había exigido para sancionar la voluntad del ciudadano sobre su herencia. Este acto solemne no

podía hacerse por medio de intérprete, sino directamente por el testador que legislaba y ante el pueblo que le oía.

La dificultad de reunir al pueblo hizo que estos testamentos sean sustituidos por los llamados *per aes et libram*, que fingían la compra y venta de la herencia con asistencia de cinco testigos. El testador cedía el derecho de herencia al comprador representante del heredero, que echaba una moneda en la balanza y exclamaba que la herencia era suya. En seguida el testador, levantando en alto las tablas selladas del testamento, decía en voz clara: "doy, lego, testo como en estas tablas de cera está escrito, lo que en ellas se expresa; y vosotros, caballeros romanos, dad testimonio de ello." Terminaba el acto con el encargo que el *antestado* hacía al oído de los testigos para que se acordasen de estos hechos.

Posteriormente se derogó este modo de testar, sustituyéndolo el *pretoriano*, que no exigía sino la unidad de acto, la presencia de siete testigos que *vean, oigan y entiendan* al testador y que pongan sus sellos (*signatulum annulum*). Este testamento ha pasado al través de los siglos y se halla aún vigente en nuestras leyes.

Hemos recordado los datos históricos de la antigua legislación romana, origen de la nuestra, para demostrar que la testamentifacción por medio de intérpretes se ha rechazado desde el origen de las leyes positivas. El Sr. D. Andrés Bello, autor del Código civil chileno, que es el mismo del Ecuador, imitó el sistema romano con las innovaciones del Código de Napoleón, en materia de testamentos; y estableció, sin lugar a duda, que no se puede testar por medio de intérpretes.

En efecto, no cabe suponer que el legislador dicte sus disposiciones por medio de otro y ante un pueblo que no le entiende, cuando lo esencial consistía en que el pueblo oyente aceptase por ley lo que el testador dictara en público y de viva voz (*ex ore suo*), como lo verificaba en los comicios calados. En el llamado *per aes et libram*, también lo esencial estaba en que el testador, tomando por sí mismo las

tablas del testamento y presentándolas en alto, decía: *Hæc uti in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor; itaque vos, Quirits, testimonium mihi perhibetote*. Palabras que las expresaba en alta voz, de manera que los testigos le vean, oigan y entiendan, por lo que se llamaba *nuncupatio et testatio*. En realidad, dice Gayo, *nuncupare est palam nominare*, nombrar y confirmar en alta voz cada cosa de las que se hallan escritas en sus tabletas (1).

El testamento pretoriano requería asimismo que los siete testigos ante quienes se otorgaba, vean, oigan y entiendan al testador, siendo inhábiles para testigos el ciego, el sordo, el mudo y el que ignore el idioma del que testa. La razón consiste en que la voluntad del testador no consta de la escritura sino del testimonio de los testigos, los que no intervienen como medio de prueba, sino como existencia del mismo acto. ¿Y cómo afirmaría el testigo cuál era la voluntad del testador, si no la entendió? “A presencia de los testigos, dice Heineccio (2) con voz clara e inteligible debe manifestar el testador su voluntad, en un solo acto.” Los notables jurisconsultos romanos Ulpiano y Paulo, en sus comentarios a la ley XXII del Digesto *Qui testamenta facere possint*, sostienen que en el testamento *in scriptis* (hoy es el cerrado) no había necesidad de que el testigo entienda la lengua del testador; pero que esta condición era esencial en el testamento nuncupativo, porque aquél existía por sí mismo en el escrito cerrado y sellado, y éste se hallaba en la memoria de los testigos, quienes no podían dar razón de aquello que no entendían. *Eadem ratio quæ surdos et mutos repellit videbatur obstare omnibus sermonie defuncti ob linguæ imperitiã non intelligentibus*. Merlin, que cita este comentario, refiriéndose á Furgole, enseña que Huberus aceptaba la idea de que se podía testar por intérpretes, haciendo saber a los testigos lo que el testador dictaba;

[1] Ortolan.—*Instituciones de Justiniano*.—T. I, pág. 510.

[2] *Re. utaciones del Derecho civil romano*.—T. I, N.º 499.

pero que esta idea fué rechazada por todos los autores que han tratado de la materia, porque la ley concerniente al testamento nuncupativo exige que los testigos deben necesariamente entender las disposiciones del testador *por sus propios oídos* y no por los de otro... *Les témoins devaient nécessairement entendre les dispositions du testateur par leur propres oreilles et non par celles d'un autre* (1). Heineccio sostiene igual doctrina al comentar la citada ley del Digesto: *Septem testes non solum testatorem videre debent, verum etiam eadem, audire et intelligere. Huic non potest, hic adhibere testis surdus, nec peregrinus lingue testatoris ignarus. Ratio est quomodo verborum iurabit peregrinus hanc fuisse voluntatem testatoris quem non intellixit.*

Los principios romanos fueron aceptados en esta parte por el Código español del rey Alfonso el Sabio, en las leyes 1.^a del Título 1.^o de la Partida VI, y en la 103 del Título 18, Partida III, que enseñan la manera de testar: "*Testamentum nuncupatum*, que quier tanto decir como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que lo faze por palabra o por escrito a cuáles establece por sus herederos o cómo ordena e departe las otras sus cosas." Febrero, uno de los autores que mejor trató de los testamentos, comentando esta ley, expresa: "Tres circunstancias deben concurrir precisa y simultáneamente en el otorgamiento ante escribano de un testamento, para que no se invalide: que todos los testigos vean y oigan hablar al testador, por lo cual el ciego y el sordo no pueden serlo; que *entiendan* perfectamente todo el contenido de su disposición, si el testamento es abierto, y que mientras se lee, otorga y publica, estén todos presentes sin faltar uno, y sin que el testador manifieste a cada uno de ellos con separación su voluntad, porque todos juntos le han de oír íntegramente de su boca y entenderle." (2).

[1] Merlin.—*Questions de Droit*.—T. VIII, mot *Testament*, 17.

[2] Febrero. T. I, pág. 373.

Las leyes de Roma y España suministraron abundante material para la formación de nuestro Código civil, y en las legislaciones de ambos países se encuentra la prohibición de testar por intérprete, hallándose de acuerdo en ello sus más sabios glosadores.

En el siglo pasado, el Código francés, llamado Código de Napoleón, fué el modelo de los Códigos modernos en casi todas las naciones civilizadas, habiendo exclamado el mismo Napoleón: "Mi verdadera gloria no consiste en haber ganado cuarenta batallas. Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. . . . Pero lo que nada podrá borrar, lo que vivirá eternamente, es mi Código civil." A fe que el grande hombre tenía razón, porque la más pura de sus glorias es, sin duda, esa obra magistral, en la que, al decir de Locré, "por todas partes el fraude es encadenado, la propiedad asegurada, el imperio de la justicia establecido, la fe de los contratos guardada y consagrada la igualdad de los derechos." El Código francés, repetimos, imitando a las leyes romanas y españolas, consagró severos preceptos en materia tan ardua; y para evitar fraudes rechazó la testamentifacción activa por medio de intérpretes. "Si el testamento se otorga ante dos notarios, dice el artículo 973, será dictado por el testador y escrito por uno de ellos tal como se dicte. Si no asistiere al acto sino un notario, deberá también escribir éste lo que el testador dicte." Precepto que indica que el testador mismo, sin intermediario, sin intérprete, ha de dictar su voluntad, palabra por palabra, de un modo inteligible, y el notario ha de escribir a medida que el testador las pronuncie y en el idioma en que dicte, porque este es el sentido del verbo dictar; y es tan riguroso el precepto, que no se confía a un amanuense que escriba, sino al notario, el mismo que da fe pública. "Vanamente se dice, afirma Laurent, que sería hacer degenerar la misión del notario en un servicio pueril de amanuense; es precisamente este servicio el que garantiza que el testamento es la libre expresión de la voluntad del testador. Este principio es-

tá aceptado por la Corte de Casación.” (1)

Si el testador ha de dictar sus disposiciones, es claro que los mudos y sordomudos no pueden testar. El notario y los testigos han de ver al testador y entender su idioma; y si no entienden, no pueden autorizar el testamento, resultando que aquel que no puede ser entendido de viva voz y no sabe escribir, es incapaz de testar. “Nuestro derecho antiguo había exigido ya que el testador dictara su testamento al notario, se lee en Demolombe, porque es el mejor modo de evitar fraudes, errores, sugerencias y sorpresas, y ninguna formalidad puede ser más propia para hacer constar las disposiciones del testador, las que serán bien comprendidas por él conforme a su voluntad personal, libre y espontánea; y lo serán también por el notario y testigos que después de haber entendido las palabras del testador, pueden apreciar si la redacción está conforme. La acción de dictar es la formalidad fundamental en el testamento público y garantiza el sincero cumplimiento. Por esto, ni el mudo ni el sordomudo pueden testar públicamente. ¿El que no puede hablar, podrá llenar la condición de dictar por sí mismo al notario?” (2).

Escribano y testigos han de entender el idioma del testador y se ha de leer el testamento, para que se cercioren de que está conforme con lo que se ha dictado. Es cierto que el artículo 980 del Código francés no exige este requisito en los testigos instrumentales; pero es verdad que los mejores comentaristas de aquel Código están acordes en que los testigos y el notario deben entender al testador, El no entenderle es una incapacidad natural, que si bien no está expresa en la ley, no debe dejar de ser aplicada por el juez, porque el legislador requiere en el testigo ciertas calidades físicas y morales, necesarias para llenar sus deberes y para satisfacer la garantía que ha querido encontrar en su asistencia. ¿Para qué sirven testigos que ven al tes-

[1] Laurent. *Principes de Droit civil français*. T. XIII, N° 306.

[2] Demolombe. *Cours de Code Napoléon*. T. XXI, Ns 242, 168.

tador hablar y al notario escribir, pero que no comprenden lo que el uno dicta y el otro escribe? Es evidente que ellos no llenan el objeto de la ley, porque esos testigos harán de estatuas; son como los sordos, dice Toullier; son sordos de espíritu y no están llamados a ver, abrir y cerrar la boca al testador, sino a entender lo que él dicta y lo que se escribe. La ley quiere que se dé lectura del testamento en presencia de los testigos. ¿Se llenará esta solemnidad con la lectura en una lengua que los testigos no comprenden? Aceptar esto sería reducir las solemnidades del testamento, como opina Laurent, a una burla, a una comedia. Los mejores expositores franceses están conformes con esta opinión, como puede verse en Laurent (1), Demolombe (2), Merlin (3), Rogron (4), Dalloz (5), cuyas opiniones no transcribimos por ser de índole lacónica la presente disertación.

El Código chileno imitó al francés en sus disposiciones, y aun le aventajó, porque en el artículo 1012, aparte 11, prohíbe ser testigos a las personas que no entienden el idioma del testador, evitando así las disputas suscitadas entre los franceses por falta de ley expresa. Si bien es verdad que ese inciso no se encuentra en el proyecto del Sr. Bello, quien lo puso en artículo separado, en estos términos: "No puede ser testigo ni escribano en un testamento la persona que no entienda el idioma del testador"; la Comisión codificadora lo colocó como inciso del artículo 1012, suprimiendo la palabra *escribano*, porque era pleonasma, desde que tenía que entender al testador y su idioma para leer el testamento redactado o escrito por éste (6).

El Código civil del Ecuador copió al pié de la letra las leyes chilenas; y como sus modelos, prohi-

[1] Tomo XIII, N^o 268.

[2] Tomo XXI, N^o 196.

[3] *Repertoire de Jurisprudence*, mot Testament.

[4] T. I, pág. 1038.

[5] *Témoin testamentaire*, N^o 234.

[6] *Cood. Antecedentes del Código civil chileno*, pág. 65.

bió de un modo claro y sin lugar a duda la facultad de testar por intérprete. “No podrán ser testigos en un testamento solemne otorgado en el Ecuador, dice el artículo 1002, aparte 10, los que no entienden el idioma del testador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1014.” Ley más clara y terminante no puede existir en un Código; ley que, sin dar margen a vacilaciones, indica que entre el testador y los testigos no puede haber un intermediario como el intérprete; pues si los testigos no entienden el idioma del testador, no pueden serlo, y su intervención acarrea la nulidad del testamento, resultando de esto que el papel del intérprete es inútil. ¿A qué traducir las disposiciones del testador ante personas inhábiles para testigos, desde que no las entienden?

El artículo citado está en armonía con el 998; que define el testamento nuncupativo o público “aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos.” Si éstos han de entender al mismo testador sus disposiciones, no tiene objeto el intérprete, porque si no le entienden, no pueden ser testigos. Corroborá lo mismo el 1005, que expresa: “Lo que constituye esencialmente el testamento abierto es el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al escribano, si lo hubiere, y a los testigos. El testamento será presenciado por el testador, por un mismo escribano, si lo hubiere, y por unos mismos testigos.” Preceptos que demuestran que al testador, y no al intérprete, le han de entender escribano y testigos para saber sus disposiciones, pues si no le entienden a él mismo de sus labios, sino al intérprete, falta lo esencial del testamento, que consiste en que sean sabedores de la voluntad del testador. Si hay intérprete, falta el ser, la naturaleza, lo invariable, lo permanente, lo esencialmente constitutivo del testamento: que el testador haga saber sus mandatos *per ore suo*, según la espresión romana.

Con las leyes por las que el testador hace saber sus disposiciones, concuerdan aquellas que ordenan que el escribano y testigos han de oír, ver y entender al testador, todo simultáneamente. “El testamento será leído en alta voz, y mientras se lee es-

tará el testador a la *vista*, y las personas cuya presencia es necesaria *oirán* todo el tenor de sus disposiciones,” reza el artículo 1007 del Código civil. El testador presenta al escribano y testigos declarando de viva voz, de manera que el escribano y testigos le *vean, oigan y entiendan*, que en aquella escritura se contiene su testamento, dice el artículo 1013. En el testamento privilegiado puede ser testigo toda persona que *vea, oiga y entienda* al testador, se lee en el artículo 1021; y en el 1024 se encuentra lo propio, o sea que en el testamento verbal el testador hará de viva voz sus declaraciones, de manera que todos le *vean, oigan y entiendan*. Leyes repetidas, que ordenan de una manera decisiva y tan clara que no admite duda, que es al testador que dicta sus preceptos y legisla sobre sus bienes, a él mismo y no a otro intermediario, ni al intérprete ni al procurador, es a quien se le ha de *ver, oír y entender*. El legislador prefirió la claridad a las repeticiones en que incurría a cada paso, para manifestar que no es aceptable testar por intérprete. Al verificarlo, no se entiende al testador sino a aquél, y se falta a lo esencial del testamento, a lo que constituye su esencia, que es hacer sabedores de sus disposiciones al escribano, si lo hubiere, y a los testigos; omisión que acarrea la nulidad absoluta.

El artículo 1002, en todo conforme al espíritu de las leyes citadas, prohíbe, en los incisos 4, 5 y 10, ser testigos en un testamento solemne en el Ecuador, a los ciegos, a los sordos y a los que no entienden el idioma del testador.

Este ha de dictar su testamento delante de personas que le *vean*. El ciego no le ve, no puede ser testigo. El testamento otorgado en una habitación, estando los testigos afuera, es nulo, porque no ven al testador. Lo propio sucede con el testamento dictado dentro de toldo o en una alcoba: es nulo porque no le *ven*, aunque le oigan y entiendan. En un testamento por teléfono, le oyen y entienden, pero no le *ven*: es nulo en todas sus partes. Al no exigir el indispensable requisito de ver al testador, es muy fácil hacer testar a una persona por otra (como ya se ha

hecho) y obtener un testamento de aquel que no ha testado. Sustituyéndose un interesado al difunto, se hace testar al muerto. La observancia de la ley indicada evita todos estos fraudes emanados de la codicia. La ley notarial de España manda que si testa una religiosa profesa, (allí no existe el anacronismo de la muerte civil que prohíbe testar al religioso profeso) deberá descubrirse el rostro para que los testigos se cercioren de la identidad de la persona (1). Las leyes recopiladas disponían que los testigos del testamento deben estar presentes *a lo ver otorgar*.

El testador ha de dictar su testamento delante de personas que no solamente le *vean*, sino que le *oigan*. El sordo no oye: no puede ser testigo en un testamento; su intervención no tiene objeto desde que no puede testificar qué palabras dijo el testador, ni tampoco si sus órdenes están conformes con lo escrito, porque no oye ni dictar ni leer. La lectura del testamento es de lo más esencial y preciso, y su importancia demuestra por sí sola que la omisión de ese requisito tiene necesariamente que constituir una causa de nulidad, porque la lectura manifiesta si lo escrito está conforme con lo dictado; y aquel que ve al testador y no le oye, no puede llenar esta misión. Por consiguiente, el mudo no habla, no puede dictar su testamento; es inhábil para hacerlo porque el aparte 5º del artículo 995 prohíbe testar al que de *palabra* o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente. El mudo no puede manifestar de palabra su voluntad: es incapaz de testar nuncupativamente; pero si sabe *escribir*, puede hacer testamento cerrado (1013 Cód. civil). Los testigos verán y entenderán a un mudo, si están acostumbrados a tratarlo: por señas comprenderán su voluntad: pero no le oyen, no son testigos capaces. El mudo no expresa su idea de palabra, no puede testar; contesta por señales afirmativas o negativas a las preguntas que se le hacen; esas respuestas no tienen valor, porque así lo dispone el artículo 1050. “No vale disposición

[1] Manresa. *Código civil español*. T. V, pág. 214.

testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por *sí* o por *no*, o por una señal de afirmación o negación contestando a una pregunta." El mudo, si sabe escribir, puede hacer contratos solemnes dando minutas para la escritura pública (artículo 158 Enj. civiles) y otorga testamento cerrado. Si no sabe escribir, es absolutamente incapaz para todo acto jurídico y sólo declara como testigo (artículos 81 Enj. civiles y 40 Enj. crim.). La ley 13, Tit. 1º de la Partida VI disponía lo mismo: "El que es mudo e sordo desde nascencia non puede facer testamento; empero el que lo fuese por alguna versión, así como por enfermedad o de otra manera, este atal, si supiese escribir, puede facer testamento, escribiéndolo por su misma mano."

El testador ha de dictar sus disposiciones no sólo delante de personas que le *vean y oigan*, sino también que le *entiendan*. Los que no comprenden el idioma del testador le verán y le oirán, pero no le entenderán, y son inhábiles para concurrir como testigos porque les falta el último requisito. El precepto de que el testigo ha de entender al testador, es el más claro, que quita toda duda de que se puede testar por intérprete, porque a éste entenderá el testigo y no al testador. El siguiente dilema es suficiente para conceptuar errónea la opinión de que se puede testar por intérpretes. Los testigos y el escribano entienden o no entienden el idioma del testador: si lo entienden, ¿para qué se necesita de intérprete, cuando no hay a quién hacer entender ni traducir lo que se entiende? ¿Qué papel desempeña el intérprete en el testamento en el cual testador, escribano y testigos se entienden? ¿No sería tan absurdo como llamar un intérprete para hablar español entre españoles? ¿Qué es lo que va á interpretar? Si los testigos y el escribano no entienden el idioma, no pueden autorizar el testamento, son incapaces, la ley prohíbe su intervención; y si concurren, el testamento es nulo, no hay testamento. En este caso, ¿qué objeto tiene el intérprete de traducir el testamento a personas incapaces que no dan validez al acto? Si los que no entienden el idioma del testador no pueden ser tes-

tigos, y a pesar de ello concurren al acto y éste es nulo, ¿a qué fin el intérprete en un acto ilegal? Luego el testamento con intervención de intérprete o es un absurdo o es nulo, conforme a la legislación ecuatoriana.

Tres personas o tres actores figuran en el testamento por acto público: testador, testigos y notario, si concurre (Demolombe, T. XXI, N^o 167). La intervención de toda otra persona acarrea la nulidad del acto, y la ley reglamenta el papel que debe desempeñar cada una de ellas, principiando por el testador, que ocupa el primer lugar. Señala la capacidad en el artículo 995, y en el aparte 5^o prohíbe testar al que *de palabra o por escrito no pudiera expresar su voluntad* claramente a los testigos y escribano. Si sabe escribir, puede hacer testamento cerrado, si no hay testigos y escribano que le entiendan (artículos 1013 y 1014). Si hay quien le entienda, testará ante testigos que le comprendan, de viva voz, no por señas; y si no consigue testigos que le entiendan en su idioma, es incapaz de testar. Puede darse a entender por señas, le comprenderán; pero la ley quiere que se haga entender de *palabra* o por escrito y no por señas. El que no entiende el idioma es un verdadero mudo, que se hará entender por señales. Los artículos 993 y 994, que miran lo pertinente al testador, apoyan la tesis de que no se admite intérprete para testar, al establecer que el testamento es acto de una sola persona, la que no puede delegar esta facultad; y al admitirlo se quebrantan estas leyes poniendo dos personas, testador e intérprete, de lo que resultaría la nulidad del acto. Por esta razón, la casada, el hijo de familia y el pupilo pueden testar sin intervención de sus respectivos representantes legales (artículos 133, 255 y 995, aparte último). Testar por intérprete equivale a delegar esa facultad indelegable, porque éste y no el testador dictaría la última voluntad.

En seguida la ley determina los requisitos que deben tener los testigos y las funciones del escribano, y quién puede hacer sus veces. Le impone la obligación de leer en alta voz, y en el artículo 1008

manda que testador, testigos y escribano, si lo hubiere, firmen el testamento. Solamente se ocupa en los tres actores y señala sus funciones, prohibiendo, en el artículo 1051, la validez de toda disposición testamentaria en favor del escribano y testigos, y aun de sus parientes y sirvientes.

La ley no mienta en la formación del testamento al intérprete, porque no necesita de su intervención, ni es actor que figura en ese documento público; no señala el número de ellos, como lo hace con los testigos, ni su capacidad, edad ni calidad, ni la manera como ha de intervenir, y si ha de firmar o no en el testamento. Este silencio indica que la ley no acepta al intérprete en el testamento; pues, en caso contrario, determinaría todos los requisitos, como lo hace con el testador, testigos y escribano. El Código adjetivo, admitiendo intérprete en las escrituras públicas, dispone que la parte que ignora el idioma lo nombre; que el escribano dé fé del conocimiento del intérprete y que éste, firme el acto, pudiendo ser testigo en la escritura aquel que ignore el idioma del contratante. El mismo Código fija reglas al tratar de ellos como traductores de los escritos en otro idioma, o como examinadores de los testigos y de los sordomudos; y el art. 40 del de Enj. Criminal manda, si fuere posible, escribir en ambos idiomas la declaración del que no sabe el castellano; y sólo al tratar del testamento, porque no hay necesidad de ellos no reglamenta su intervención.

La ley anula, como hemos visto, toda asignación a favor del escribano, testigos y parientes de éstos en el testamento en que intervienen; y no dice nada del intérprete. ¿Podrá éste ser heredero único y albacea del testador? ¿Valdrá la cláusula en que diga el testafiero: yo soy el único heredero? Si se opina que se puede testar por intérpretes, hay que admitir la afirmativa, porque la ley no le declara incapaz de asignación; y cuando la ley no prohíbe, se sigue la regla de que es capaz. Con esto, las seguridades del testamento vendrían a tierra, y nada sería más absurdo ni repugnante que ver apoderarse a un intérprete de la fortuna del testador por quien tes-

tó, ¿Qué convicción tendrían los testigos y el escribano de afirmar que el dicho del intérprete es del testador, si no le entienden? ¿Este absurdo habrá pasado en silencio tantos siglos? No es posible admitir aquello, porque el Autor del Código chileno, tuvo a la vista el proyecto del Código español por García Goyena, el que suministró bastante material para formar aquel Código; proyecto que acepta, en el artículo 566, que llegó a ser el 684 del Código español vigente, la facultad de testar por intérpretes: "Para testar en lengua extranjera, se requiere la presencia de dos intérpretes eligidos por el testador, que traduzcan sus disposiciones al castellano. El testamento se escribirá en las dos lenguas" dice ese artículo. Ley, tomada del Código prusiano que no la adoptó el Sr. Bello para el chileno, que en esta parte siguió al francés. En Manresa, comentador del Código español al explicar dicho precepto, se lee: "El artículo 25 de la ley del notariado, partiendo del principio de que el idioma oficial en España es el castellano, estableció como regla que todos los instrumentos públicos se redactaran en lengua castellana; pero como el artículo 29 disponía que no rigiese esta regla para los testamentos, surgió la necesidad de establecer la declaración congruente con aquel principio para evitar dudas." (1) El mismo jurisconsulto, que en los propios comentarios se refiere con frecuencia al Código Chileno, al concluir la explicación del artículo escribe: "El precepto que examinamos no tiene precedente alguno en nuestro antiguo derecho. El proyecto de 1851 estableció análoga disposición en su art. 566, y también es análogo al precepto, en su mayor parte, al 1679 del proyecto de 1882. Además, concuerda con los arts. 3760 del Código mexicano, el 3663 del argentino, el 883 del de Veracruz, el 3491 del de California, y los arts. 796 y 797 del de Guatemala; y todos estos códigos aceptan la testamentifacción por intérpretes "en los arts.

(1) Tomo V, pág. 451.

citados”, y como se ve, no lo inserta el C. Chileno entre los que aceptan testamentifacción activa con intérprete.

Ni el Código francés ni el chileno, y por consiguiente ni el ecuatoriano, facultan para testar con intérpretes; y consecuentes con su principio, declaran inhábil al que no puede darse a entender de palabra; lo que no sucede con el Código español, que no prohíbe testar al que no puede darse a entender de palabra.

La facultad de testar es indelegable (art. 994 Cód. civil) El testamento es un acto personalísimo, cuya formación no puede dejarse, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Este artículo entraña otra de las reformas de nuestro antiguo derecho, que permitía testar por poder; hoy han quedado derogados los testamentos llamados por *comisario*, que eran los otorgados por persona distinta del testador. La legislación romana rechazó en absoluto esta clase de testamentos por ser ocasionados a frecuentes fraudes; pero las leyes de Castilla, creyendo atender a una verdadera exigencia de los tiempos e ideas dominantes, permitieron los testamentos por comisario en la ley 7, Tit. 5, Lib. 3 del Fuero real. Los abusos se dejaron sentir bien pronto, como lo manifiestan con suma elocuencia las leyes 11, Tit. 3, y 29, Tit. 9 de la Partida VI. por las que se prohibió testar por comisario y aun por medio de él nombrar heredero, bajo pena de nulidad. Nuestro Código recalcado sobre estos preceptos, establece en el art. 1053 que ni la elección del asignatario puede depender del mero arbitrio ajeno. El testamento, como expresión de la voluntad individual, tiene que ser un acto personalísimo, y si merece respeto, es en cuanto emana del mismo testador cuya última voluntad debe constar en un sólo acto y no referirse a otros documentos o papeles; de aquí es que para completa seguridad del testamento, el art. 992 prohibió los *codicillos*, esto es, “las cédulas o papeles a que se refiere el testador en el testamento no se mirarán como partes de éste, aunque el testador lo or-

dene”; para evitar suplantaciones de un papel por otro.

La declaración fundamental de que el testamento es un acto de una *sola* persona, hace imposible dentro del Código la subsistencia de testar con intérprete, y ratifica, de modo terminante la prohibición, el ser indelegable la facultad de testar; y claro es que, dado lo categórico de estos preceptos, cualquiera disposición de última voluntad que la infrinja se coloca dentro de la sanción de nulidad general del art. 1016. Son también concordantes de estas leyes, a más de la general del 1053 que la elección del asignatario no dependerá del arbitrio ajeno, la especial del 1187: “El que deba una legítima podrá señalar las especies en que se ha de hacer el pago; pero no podrá *delegar esta facultad a persona alguna.*” El espíritu de la ley no admite que la designación del asignatario sea delegada a otra persona, el testador lo ha de nombrar; aunque si acepta que la elección de una cosa entre muchas, pueda hacerse por el legatario, el obligado o un tercero, según el art. 1107. Preceptos son estos que se anulan por completo en la testamentifacción activa con testafarro, porque a éste se le delega la facultad de nombrar asignatarios y de testar por el ignorante en el idioma, siendo entonces el acto no de una sino de dos personas.

“Ningún proceso más ultimado con fallo unánime en la opinión de los juristas”, dice Felipe Sánchez Román, “que la inconveniencia y la ineficacia del testamento por comisario. Aparte de lo peligroso de la aplicación del mandato a semejante cometido, de ejercer a nombre del mandante actos de última voluntad, por su esencial revocabilidad, por lo personalísimo y delicado de sus disposiciones, es opuesto al respeto debido a la soberanía civil personal o sea a la exaltación del principio de la *autarquía individual*, que ha preconizado la jurisprudencia de los Tribunales del Mundo con aquella máxima predominante de que ante todo la ley de la sucesión es la voluntad del testador” (1) Las leyes de Toro

[1] Estudios de Derecho Civil e Historia general de la Legislación Española: Tomo VI. El Sr. Sánchez Román es Profesor de Derecho Civil

manifestaron la inutilidad de la forma excepcional de testar por comisario, puesto que éste había de limitarse a reproducir servilmente el mandato, duplicando sus terminos instrumentales sin exederse en lo más mínimo de la voluntad espresa y circunstanciada del mandato indispensable para todas las principales disposiciones que puede contener un testamento. A menos fraudes se presta un acto testamentario por mandato que por intérprete; porque, siquiera en aquel consta la voluntad del mandante en el mandato escrito, y en este no se sabe si el intermediario trasmite o nó la verdad de la declaración del testador.

Si la facultad de testar es indelegable; si no se puede hacerlo por apoderado; si no es permitido que un tercero elija al asignatario, y si no tienen valor las cédulas aparte del testamento, ¿se admitirá el derecho de testar por intérprete? No; porque se delega al traductor la facultad de testar y se deja a su arbitrio la elección del asignatario, lo que equivaldría a testar por delegado; todo lo que es absolutamente prohibido por nuestro Código, que no acepta siquiera el testamento hológrafo, que es el escrito de principio a fin y firmado por el testador mismo; testamento reconocido por los códigos modernos, como el francés, el español, el italiano y otros de Europa y América. Si el hológrafo es rechazado porque no llena las solemnidades establecidas para evitar fraudes; con mayor razón aquel en que tercia intérprete, sujeto a toda clase de engaños; pues más filosófico y racional es creer lo ordenado en lo escrito por la mano misma de una persona antes que en el dicho del intérprete, que no ofrece seguridad ni garantía ninguna.

[Se continuará].

Adolfo A. Torres.

en la Universidad de Madrid, quien en la Comisión Permanente del Consejo de Estado, acontejaba al Arbitro en el litigio de limites entre el Ecuador y el Perú, y salvó su voto en favor de la Nación ecuatoriana por la justicia que ésta tenía.