

CUESTION JUDICIAL.
NULLIDAD
DEL
TESTAMENTO DEL PREBEN-
DADO Dr. MELCHOR DE LOS
REYES OSINAGA.



COCHABAMBA,

JULIO DE 1875.

Imprenta Católica.—

Calle del Colegio Suero N. 18.

00958

CUESTION JUDICIAL
INVALIDEZ DEL TESTAMENTO
DEL PREBENDADO DR. MELCHOR DE
LOS REYES OSINAGA.

Hemos visto un folleto publicado con motivo de la cuestion suscitada sobre la invalidez del testamento del Prebendado Dr. Melchor de los Reyes Osinaga. Como en él se sostiene la validez de la referida disposicion testamentaria, creemos de nuestro deber hacer una lijera reseña de los antecedentes del juicio, dejando al criterio de la opinion pública i a la sabiduría de la alta Corte de Casacion su justa solucion, que en homenaje a la ley, la justicia i la razon dará un fallo satisfactorio, declarando la nulidad del indicado testamento.

Entremos en materia. La cuestion reducida a sus mas claros términos es la siguiente: ¿SERA VALIDO UN TESTAMENTO CERRADO OTORGADO ANTE SOLOS SEIS TESTIGOS? — ¿ESTA PROBADA LA INCAPACIDAD LEGAL DEL 7.º TESTIGO TESTAMENTARIO MARIANO RISUEÑO?

Para prooeder con acierto manifestaremos la verdad de la segunda pregunta, cuya prueba servirá de base a la resolucion de la primera. El testigo Mariano Risueño tenia menos de 20 años en la época en

que se otorgò el testamento del Prebendado Osinaga; siendo así que el Código Ballivian, en su artículo 700, vijente en aquella época, exijía la edad de 25 años cumplidos. Las pruebas: hélas aquí. La partida de bautismo conferida por el Cura Dr. Jordan i las declaraciones de numerosos testigos tales como los parientes, la partera i allegados de la familia de Risueño que señalan el dia fijo del nacimiento de este. Estas pruebas son mas que suficientes; pero como se ha atacado la partida de bautismo, alegando la ninguna fè que ella merece, porque se dice, estar raspada i enmendada en parte sustancial, confutaremos esta temeraria aseveracion, sirviéndonos de todos los datos que arroja el proceso i entre ellos, de los reconocimientos que se han hecho de la raspadura.

El de fs. 366, suscrito por el Dr. José Pablo Puertas, dice: "*que las letras raspadas son las mismas que las que al presente se ven i que el que las hizo solo escribió sobre los rasgos de las letras antiguas, como sobre un papel trasparente; resultando de ahí la forma antigua de la letra*".

El de fs. 733, suscrito por dos Escribanos de conocida probidad, no especifica, si son o no otras las palabras raspadas; pero asegura *que es mas que reciente la raspadura i enmendatura*.

El de fs. 429, suscrito por el mismo Dr. Puertas, dice: *que la raspadura debe ser mui moderna; puesto que el papel aun conserva la pelusa que ocasionò la accion del corta plumas; i nota completa armonia entre las fechas de las partidas anteriores i posteriores a la examinada*.

El de fs. 424, suscrito un José María Azero afirma, que los nombres de Mariano Risueño i otros están enmendados i que esta pasará de cuatro años.

Ahora bien, ¿qué arrojan estas pruebas? El primer reconocimiento dice: *que las palabras engrozadas son las mismas que existian sicmpre; es decir, que la*

palabra Mariano Risueño decia siempre Mariano Risueño.

El segundo que la raspadura es mas que reciente.

El tercero que la raspadura es mui moderna.

Tan solo el cuarto asegura que *pasa de cuatro años.*

¿De que parte estará la verdad? Claro es que estará de parte de los tres peritos que afirman ser la raspadura mui moderna.

Si esta raspadura es mas que reciente, es evidente, que no se hizo en el libro matriz antes del mes de Enero del año 52, en que se confirió el certificado de bautismo; sino mucho despues de su presentacion en juicio; es decir pocos meses antes de Noviembre del 55 en que se verificaron los reconocimientos.

Queda pues subsistente la partida de bautismo sin que la raspadura que se nota sea parte a menos. cabar su validez legal; pues es visto, que ella se hizo por los interesados en la subsistencia del testamento que quisieron aumentar edad al testigo Mariano Risueño; con cuyo objeto hicieron proponer a Risueño, padre, que declarara que tenia otro hijo menor del mismo nombre, ofreciéndole un premio de quinientos pesos, como se evidencia todo del proceso.

Aun mas: vamos a dar otras pruebas. El Dr. Eujenio Caballero a fs. 374 dice: que cuando se le presentó el libro de bautismos el 28 de Junio del año 55, vió que la raspadura era tan *frezca que apenas podia tener dos meses.*

Lo mismo depone el Cura Eduardo Caballero.

El Cura Dr. Harion Maldonado depone que el certificado de la partida de bautismo, que se le presentó, es el mismo que dió, firmado de su puño i letra, i que *la partida matriz en la época en que se espedia el certificado no tenia raspadura ni enmendatura alguna.*

El Presbítero Manuel Fernando Ulloa afirma,

que las partidas que anteceden i siguen a la de Mariano Risueño, como esta misma, estan escritas de su puño i letra i *que cuando confirió certificado firmado por el Cura Maldonado de la de Risueño, no habia en ésta enmendatura alguna.*

¿Qué prueban pues las deposiciones de tantos testigos de escepcion i que pertenecen a las primeras clases de la sociedad. Prueban que la mano audaz que engrosó algunas palabras en un documento público, cometió este crimen sobre la partida de bautismo de Mariano Risueño, despues que ella fué conferida en certificado i presentado éste en juicio, *con el único objeto de oponer como último recurso la falsedad de la partida;* pues ya habian perdido los interesados en la subsistencia del testamento todos sus articulos.

No es esto todo: si esa partida no hace fé ¿Cómo concurre a formar la sentencia?—¿Es acaso lógico decir “la partida de Risueño no hace fé, luego éste es mayor de edad? —¿Dónde está, pues, probada la mayoría de Risueño?”

Otro punto en que los herederos testamentarios del Presbitero Osinaga hacen hincapié es la supuesta suplantacion de la firma del Cura Jordan pues se dice que éste se hallaba en Sucre en el mismo dia i en la misma hora en que en esta Ciudad se estiendia la partida de bautismo de Risueño. Sofisma aparente que se halla desvanecido con la inspeccion ocular de los libros. De esta resulta que desde Noviembre del año 25; es decir, *desde dos meses antes de haberse sentado la partida de bautismo de Risueño, todas se hallan firmadas por el Cura Jordan.*—¿Serán tambien suplantadas esas firmas?—Sobre toda atiéndase a la declaracion del Señor Laredo, testigo contrario, que dice, que su tio el Dr. Jordan obtuvo en Noviembre del año 25 el Curato de Santo Domingo. Hé aquí porque desde esta fecha todas las partidas de bautismo i matrimonio están firmadas por dicho Jordan: porque fué

entonces que principió a ser Cura de Santo Domingo. Además, probado está que el Sr. Jordan, como todos nuestros BUENOS CURAS, seguía la costumbre de firmar cada año, o cuando le parecía bien, las partidas originales.—¿No sucede hoy lo mismo?—¿No sabemos todos, que en la mayor parte de los Curatos se observa aun esta costumbre? Sabida esta verdad; preguntamos ¿quién ha negado jamás que el Cura Jordan estuviese en Sucre a principios del año 26? Existe pues la verdad neta de que Jordan firmó esa partida seis u ocho meses después como es costumbre.

Por último, numerosos testigos: como el padre, pacientes, padrinos i partera aseguran, que Risueño fué menor de edad en la época en que concurrió como testigo al referido testamento.

Queda pues satisfactoriamente probada la incapacidad legal del testigo Mariano Risueño.

Pasemos ahora a examinar: si podrá ser válido un testamento cerrado, otorgado ante solo seis testigos. Las formas que las leyes establecen, tienen por objeto garantizar la voluntad del testador. Esas formas pueden distinguirse en dos categorías; las primeras son sustanciales; las segundas son accidentales. "Así la asistencia del notario, como dice un artículo publicado en el número 491 de "La Reforma", sosteniendo la validez del testamento, el número de los testigos, el acto material de la entrega del pleigo & & son formas sustanciales, cuya falta anula indefectiblemente un testamento. Sobre esto no cabe duda; porque siendo manifiesta la desobediencia a la ley, es preciso que también tenga su sanción. El testador, ni nadie, puede escusarse de no haberlas observado; puesto que humanamente puede dejar de cumplirse con estas formas en todo caso i situación i sin temor de equivocarse nunca; porque nadie podría confundir cuatro testigos con siete, ni testador por ignorante que fuese sería capaz de entregar privadamen-

“te su testamento, sin llamar a los testigos”.

Ahora bien, Risueño, por ser menor de edad, no podía ser testigo. Su concurrencia es nula e ilegal; luego el tal testigo no existe; luego no hai en el testamento sino seis testigos. — ¿Este es un vicio de nulidad? — Sin duda que sí; pues es un vicio sustancial. — Sobre todo, ¿cuál es el fin de las formas? — Garantir los derechos. — ¿I para no contradecir este fin ¿serán válidos los actos civiles, verificados en contradicción a dichas formas? — Aceptar semejante monstruosidad sería destruir la ley; pues ¿si la observancia de sus prescripciones es inútil i su violación indémne, para que existe ella? — ¿cuáles serian las funestas consecuencias que se siguieran de la práctica de este absurdo? — Evidente es pues, que la falta de las calidades exigidas por ley para ser testigo, inhabilita a éste i daña radicalmente el instrumento en que concurrió. Mejor dicho, *no es testigo a los ojos de la ley, porque no tiene las condiciones que esta exige.* Luego Risueño no pudo ser testigo, por ser menor de edad; su concurrencia es ilegal i el testamento del Prebendado Osinaga, no tiene en último análisis sino seis testigos.

Que asistió Risueño a otros actos finjiéndose mayor de edad, no es razon que justifica su concurrencia al otorgamiento del testamento, *ni este hecho lo hace mayor de edad.* Todo lo que quiere decir esto es, que su intervencion en todos esos actos fué ilegal como la que tomó en el testamento i *que todos los instrumentos a que concurrió* están radicalmente viciados de nulidad, pues el abuso jamas puede constituirse en derecho.

La nulidad del testamento de Osinaga por falta de un testigo, pues que no son sino seis los hábiles, está palmariamente probada. Insistamos un momento en este punto.

Hai principios de jurisprudencia, que no es dado ignorar ni al abogado ni al juez, porque solo así se

puede aplicar bien las leyes: sabido es, que la jurisprudencia Romana hacia una distincion mui sencilla entre los preceptos legales, para pronunciar la nulidad. Por ella traja nulidad la violacion de todo precepto prohibitivo. La legislacion Francesa, cuyo hijo lejítimo es el Código Ballivian, aceptando en parte la Legislacion Romana, ha establecido tambien que la violacion de toda solemnidad sustancial trae consigo la nulidad del acto. El artículo 700 del espresado código dice: "para ser testigo en los testamentos es necesario ser varon, mayor de 25 años &." lo que implica prohibicion para el que sea menor de edad.

Por eso el artículo 1035 de dicho código dice: "la nulidad de un testamento *pronunciada por falta de las solemnidades legales invalida todas sus disposiciones.*" Hé aquí probada la nulidad del testamento de Osinaga, por la violacion del artículo 700 con la minoridad de Risueño; *es decir, por la no existencia de este testigo, que por ser menor de 25, no lo era tal.*

Nos es satisfactorio manifestar tambien, que inteligencias culminantes de la Majistratura i del Foro boliviano han sostenido la cuestion de invalidez del testamento aludido. tales son:

Los Doctores Manuel Macedonio Salinas
Manuel Maria Vicenio
Saturnino Virreira
José Gregorio Salamanca
Juan Pablo Abasto.
José María Claros
Benjamin Carrasco
Fernando Valverde
Donato Vasquez
Copertino Mendez
Mariano Navarro
Jorje Oblitas

El Tribunal de primera instancia de Cochabamba.

Los ilustrados Ministros de la Corte, Doctores

Carmona i Caballero—El Ministro José Manuel Soría Galvarro i el Fiscal de Distrito Dr. Pazuelos, cuya luminosa vista define la cuestion.

Hemos hecho la relacion de los antecedentes de esta ruidosa causa, con la sencillez, concision i claridad que deben reinar en escritos de este jénero, concretándonos tan solo a narrar las pruebas del proceso.—El escaso tiempo de que podemos disponer, nos ha impedido entrar en detalladas reflexiones, largos razonamientos i consideraciones morales. I de esto nos felicitamos; pues, siguiendo nuestro propósito, nos hemos reducido a abrir el proceso, dejando a la ilustracion de la Corte de Casacion i al público sensato su fallo, que jamas puede desviarse con *lamentaciones i jereniadas*, cuyo uso es bueno solo para los litigantes que, como los que sostienen la validez del testamento de Osinaga, se hallan vencidos en el terreno del derecho i ven su causa perdida.

Al terminar esta lijera relacion, ha llegado a nuestras manos la vista del Sr. Fiscal Jeneral. De ella nos ocuparemos mui lijeramente. Ante todo, nos pasma la asombrosa prontitud con que la vista fiscal ha sido evacuada. El proceso que consta de mas de *mil cuatrocientas fojas* se pasó en vista el dia 4 de Junio i ella se espidió el dia 10 del mismo mes de Junio: es decir que el Fiscal Jeneral leyó, estudió, meditó, compulsó las pruebas, reflexionó sobre el asunto, escribió su vista i la presentó, en seis dias. Notadlo, carísimo lector, el Fiscal Jeneral ha engullido mil cuatrocientas fojas de un proceso intrincadisimo en seis dias, lo que no puede esplicarse sino considerándolo como apóstol de los espiritistas que saben lo que un libro dice con solo aplicárselo a las sienas, que determinan la edad de una montaña, con el simple hecho de tener en sus manos una piedra de ella. Prescindiendo de esto, entremos en materia.

El Fiscal dice: "*que no entra en el laberinto*

“que ofrece el exâmen de las pruebas i que prescinde de la duda que ellos presentan”; lo que equivale a decir: “no he leído el proceso, no lo he fojeado siquiera. Nosotros que admirâbamos el portentoso trabajo del Sr. Fiscal que estudiô en seis dias un expediente de 1,400 fojas, sufrimos una amarguísima decepcion. —¿I qué direis, caro lector, de esta conducta observada por el Fiscal Jeneral en asunto tan grave? Evidentemente cae por los suelos toda garantia de acierto: toda confianza en la justicia.

El Sr. Fiscal acepta la incapacidad del testigo Risueño i espone que, “*en lo que conviene fijarse para resolver la cuestion, es únicamente en si, la capacidad putativa suple a la real*”, i dice que es bastante que exista en este caso la capacidad putativa. Sentimos desde luego estar en desacuerdo en este punto con el Sr. Fiscal. Efectivamente algunas veces la capacidad putativa suple a la real; pero como en el presente caso, *cuando la capacidad real es exigida por la ley como una solemnidad indispensable, cuya falta està penada con la nulidad del acto, es claro que la putativa no puede, no debe suplir a la real*. Los actos de gran solemnidad, como los testamentos exigen muchas formalidades i la inobservancia o falta de cualquiera de ellas anula el testamento. Esto lo dicen, el artículo 1,035 del Código Ballivian, bajo cuya vijencia se otorgò el testamento de Osinaga—el 1,001 del Código Frances—el 1,589 de la Luisiana—el 1,000 Holandes—i el 588 del Español.

La capacidad real no puede ser suplida con ninguna otra, porque *eso que se trata de suplir, constituye la falta penada con la nulidad*.—En el caso presente no se puede suplir la edad de Risueño: es decir, no se le puede suponer mayor de 25 años cuando no tenia ni 20. No se puede pues hacer habil al testigo que es inhâbil radicalmente.

La doctrina del Sr. Fiscal es profundamente in-

moral i dissociadora. Parapetado qualquiera tras la máxi-
ma *error communis facit jus*, podría sostener la vali-
dez de un testamento otorgado ante testigos parientes
del testatador en 4.º grado de afinidad; parentesco
que es mui difícil conocer. Así no habría violacion de
la ley que no se justificara. Así desaparecería la ley
por inútil, por ineficaz. Así, jamás dejaría de evadir-
se cómodamente las prescripciones de la ley i mañana
se sostendrá la validez de un testamento, otorgado an-
te siete testigos menores de edad; pues [*error commu-
nis facit jus*] i nadie lleva en la frente escrita su
edad. Así por último, otro día se argüirá ser válido
un testamento hecho ante un Notario que dejó de ser
tal desde día antes de su otorgamiento; pues *error
communis facit jus*. En una palabra no habrá testa-
mento que no sea válido; pues el *error communis fa-
cit jus* i la capacidad putativa, legalizarían los testa-
mentos otorgados ante supuestos Notarios, con concu-
rrencia de testigos parientes, o que no entienden el idio-
ma o que no conozcan al testador o que no le vean, o que
no le oigan i todo esto traería consigo la desorganizacion
de la sociedad, la desaparicion de la ley. Cuidaos Mañis-
trados de la Corte Suprema de aplicar con estension ab-
surdamente máximas elásticas, en contravencion a ley espre-
sa i terminante.—Fijaos en que la aplicacion de axio-
mas juridicos es buena, cuando no hai ley expresa i
terminante; pero cuando ella existe, el uso de estos, es
monstruoso, tanto mas si se emplean para destruir i
aniquilar la ley.

Las formas sustanciales como la concurrencia de
siete testigos hábiles son necesarias, indispensables. El
Lejislador las impone i ningun axioma ni razon puede
justificar su falta.—A ellas no es aplicable el axioma
error communis facit jus que puede tener cabida, úni-
camente cuando se trata de las formas accidentales, es
decir: de las que son relativas a las formalidades ma-
teriales del otorgamiento i nunca a los requisitos lega-

les, a las solemnidades sustanciales, a las condiciones de fondo, que dan vida i existencia legal al testamento. Su omision trae, pues, necesariamente nulidad del acto.

El artículo 673 del Código Ballivian exige siete testigos mayores de 25 años. Por manera, que no son testigos los que no tienen dicha edad. Risueño que no tenía 25 años no es testigo, porque la ley le niega esta facultad. De aquí se sigue pues la concurrencia lejitima de que el testamento de Osinaga no tiene sino seis testigos, i exijiendo la ley siete, es evidente que se ha faltado a esta solemnidad sustancial, castigada con la nulidad del acto por el artículo 1,035 tantas veces citado.

Así habrían procedido i así habrían sentenciado los altos jurisconsultos Dupin, Ochoa, Salas, Foulter, Fobart, Marcadé, Paillet, i Escriche, que están *acordes en que el testigo testamentario ejerce una parte del poder público, debiendo para tan transcendental funcion estar munido de todas las calidades legales i convirtiendo la falta de una de ellas EN NO EXISTENTE EL ACTO*; de acuerdo con la uniforme i constante jurisprudencia pátria que en consonancia con Escriche ha proclamado siempre que: *“hai nulidad cuando el acto está tocado de un vicio radical que le impide producir efecto alguno; ya sea que no se haya ejecutada con las formalidades prescritas por la ley, como en el caso de que no asista en un testamento el competente número de testigos; ya sea que se halle en contradiccion con las leyes o las buenas costumbres”*.

Es palmario que en el caso en cuestion no ha habido sino seis testigos, porque Risueño, inhábil por ser menor de edad, no podia ser tal i este vicio sustancial anula el testamento. Pasa, pues, la medida de lo absurdo, querer completar el número de los siete testigos exijidos por ley, habiitanda a Risueño con

la máxima *error communis facit jus*.

Ademas, este axioma i la capacidad putativa no son aplicables en el caso presente, porque existe ley espresa i terminante, i nada puede hacerse en contravencion a ella.

Creemos haber demostrado la inaplicabilidad, inexactitud e inoportunidad con que el Sr. Fiscal trae a la cuestion, para resolverla, destruyendo nuestras leyes, la capacidad putativa i el axioma tantas veces pedido.

Pasemos a las últimas razones del Sr. Fiscal: dice este, que Risueño habia estado en posesion de la capacidad legal para concurrir al otorgamiento de escrituras públicas. Del proceso consta, que por Octubre del año 46 recién firmò Mariano Risueño cuatro escrituras de compra i arrendamiento i que el año 47 firmò como testigo un solo testamento, el de D. Manuel Arteaga. ¿I de esto deduce el Sr. Fiscal la capacidad putativa de Risueño? El abuso jamas puede constituir i fundar el derecho. La intervencion de Risueño en todos esos contratos era ilegal; pues no tenia ni los 21 años que requiere nuestro Còdigo vijente, tenia 20 años; así que en ningun terreno puede admitirse la capacidad putativa de este.

Por último; dice el Sr. Fiscal: "que Risueño por su aspecto i desarrollo fisico revelaba mas de 25 años i que ni el Notario, ni el testador, ni los testigos sospecharon que fuera menor de esa edad". ¿I esta es razon, Sr. Fiscal? No serà extraño que mañana digais: nadie sospechó que el testigo N. era pariente, que el testigo X. era sordo o que tal otro testigo no entendia el idioma. Con esta lòjica se puede probar lo que se quiera. Que Risueño era alto, gordo i barbon, i por añadidura casado i con hijos i aun mas circunspecto i austero, ¿prueba, Sr. Fiscal, que no era inhàbil?—¿Prueba acaso que siendo inhàbil podia ser testigo i que por consiguiente no se ha faltado a la

solemnidad sustancial de la concurrencia de los siete testigos?

Concluiremos rogando a los Majistrados de la Corte Suprema quieran fijar su atencion, estudiar con calma y meditar seriamente la presente cuestion. La sociedad toda y los intereses de numerosas familias se hallan comprometidos y nos persuadimos que la alta Corte de Justicia en su profunda sabiduría, la resolverá satisfaciendo las exigencias de la ley, la justicia i la razon. Su fallo, cualquiera que sea, será acatado por nosotros si lo dà despues de maduro, tranquilo, detenido i reflexivo exámen de las pruebas del proceso. Solo esto le pidimos, solo esto le rogamos que haga: que resuelva la cuestion sin lijereza ni precipitacion. Que lea el proceso no en seis días, o mejor dicho que no lea como el Sr. Fiscal, sino en seis meses i, volvemos a repetirlo, acataremos, bendeciremos su fallo.

La lijera narracion que hemos hecho de los antecedentes de esta litis, que tanto tiempo hà viene preocupando la sociedad, i la refutacion de la vista fiscal, no importan, en manera alguna, contestacion a los numerosos artículos i folletos que, con el objeto de desviar el juicio público, han dado a luz los interesados en la validez del testamento.—Descansamos en la justicia de nuestra causa, para huir de toda polémica, i protestamos no volver a pisar el terreno de la prensa, sino para dar a conocer al público el resultado final de la cuestion.—Así cumpliremos nuestro intento, que es: dejar que la justicia i la sociedad estudien por sí el asunto, sin la cooperacion parcial, i por lo mismo inexacta, que prestan siempre los interesados.

Cochabamba, Julio 8 de 1875.

Lozanos i Osinagas.