

Señor Ministro de Agricultura

La Paz

1050

Hermógenes Avilés

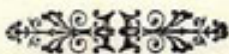
£64202.

CUESTION JUDICIAL

SOBRE LA TESTAMENTARIA

—DE—

Trinidad Peralta.



BOLIVIA--TABILA

Tipografía "Euadaluivir"

1906

SOCIEDAD GEOGRAFICA DE LA P.

Serie

916

Volumen

No.

00916

077

8c



## Causas que motivan esta publicación.

La justicia, como destello sublime de la ley natural, como emanación directa de la Divinidad, debe imperar sobre las relaciones sociales. La sociedad reclama este imperio; por que la justicia es su vida y es su esencia. Debe administrársela públicamente; por que la condición esencial de una buena administración de justicia, es la publicidad, salvo el caso de ser ofensiva a las buenas costumbres. Cuestiones de entidad, como la presente, deben ser conocidas por el público, para que pronunciándose el fallo, como una síntesis de la opinión general, por órgano de los intérpretes de la ciencia de lo justo y de lo injusto, se obligue al juzgador a no apartarse de la senda del deber, y se le impulse a dar a cada uno lo que es suyo.

Intimamente convencidos de la bondad de la causa que patrocinamos, no hemos vacilado un instante, en someternos a la decisión del gran jurado del dictámen popular. Como amantes de la luz y de la claridad intensa, no nos arredramos ante las irradiaciones fulgorosas del sol de la justicia nacional. Se verá, si la cábala y el fraude han estado ó nó de nuestra parte; si somos enemigos del pueblo y de la beneficencia, ó somos defensores de la justicia y de la caridad verdadera; si estamos en la falsía, ó en posesión de la verdad; si amparamos el mal, ó perseguimos el bien. Este folleto pondrá en claro todos los lugares que se rozan con la célebre cuestión «testamentaria Peralta».

Inventario No.

001443

Stencil No.

27-8-85

Concedores de los males que acarrea un largo y dispendioso litigio, como el actual, y deseosos de evitarlos por medios conciliatorios, propusimos al H. Concejo Municipal, subrogatorio de la V. Orden Tercera de San Francisco de Asis, bases de una buena transacción. Y á pesar de las ventajas y beneficios que iba á reportar de élla la clase desvalida y menesterosa, la propuesta fué rechazada sin deliberación.

Agotados todos los medios, aconsejados por la prudencia, para dar término á este proceso, sin grave detrimento de los intereses de los contendientes, nos hemos resignado á someterlo á la definición del oráculo de la justicia.

Esperamos tranquilos la palabra decisiva; la cual será pronunciada primero por la opinión pública, y en seguida por el juez, órgano y sacerdote de la ley.

Este fallo, por otra parte, vindicará satisfactoriamente la conducta del Dr. Carlos V. Romero, en lo que respecta á la promoción de este pleito. Se verá con cuánta injusticia ha sido atacado por la prensa, nada mas que por haber intervenido en su iniciación. Ya se vé, que el que camina en pos de la justicia, hade ser siempre perseguido; y el que anda tras un ideal sublime, hade encontrar precisamente su calvario.

Entregamos, pues, á la publicidad los siguientes alegatos, satisfaciendo así, la imperiosa necesidad que tiene el país de saber: si la Beneficencia Pública tiene ó no derecho á los bienes de la extinta Trinidad Peralta.

Tarija, marzo de 1906.

*Hermógenes Avilés*



## Señor Juez de Partido.

*Con los adjuntos documentos,  
pide se considere para sen-  
tencia definitiva, y se rechace  
con costas la tercera que  
indica.*

Daniel Alvarez, por José Peralta y hermanos, en autos con el Honorable Concejo Municipal, sobre la revocación del testamento cerrado, otorgado por la extinta Trinidad Peralta v. de Gareca, subsistencia del posterior otorgado verbalmente por la misma, y en la tercera deducida por Luisa Soruco, ante la ilustración y rectitud de U. con respeto expongo:—Después de una larga tramitación con las formalidades establecidas por la ley, ha llegado el presente negocio al estado de resolverse definitivamente en primer grado. Para facilitarle el estudio de este delicado asunto, y formar una convicción legal en el ánimo de U., juzgo ser necesaria la exposición de algunos razonamientos, que pongan de manifiesto, bajo todos respectos, la justicia que asiste á mis representados en su legítima pretensión. Después de hacer una refutación amplia y satisfactoria de las argucias que contiene el escrito de f.116, me he de permitir establecer directamente los fundamentos legales, que constituyen la estabilidad y valor preferente del testamento verbal sobre el testamento cerrado. Y sin mas preámbulo voy á mi propósito.

### **TACHA DE TESTIGOS.**

Dicese por la parte contraria: que el testigo Martin Almasan no es vecino del Palmar, sino de Culpina; pero, debe tenerse presente que es vecino del Canton «La Loma» á que pertenece la Estancia del Palmar, donde fué otorgado el testamento *in voce*; la vecindad debe determinarse con relación al cantón y nó con relación á la estancia, que puede ser escasa de habitantes y carecer de personas que sepan leer y escribir, como se colige del

Art.º 17 de la ley del Notariado y se deduce de la permisión del Art.º 484 del Código Civil. El hecho de ser vecino del Cantón «La Lomas», el testigo tachado, está justificado por los certificados adjuntos, franqueados respectivamente, por el Corregidor y Parroquial de dicho cantón.

La muerte de Martin Almasan, antes de prestar su declaración ratificatoria en este juicio, no puede producir la caducidad del testamento verbal; la razón es obvia; durante la comprobación de este testamento prestó su deposición; y una vez prestada ésta, con la formalidad requerida por el artículo 482, referente al 481 del citado Código Civil, su nueva declaración dentro de este juicio ordinario, era ya innecesaria; si se la pidió, fué tan solamente como prueba sobrecabundante. Un testamento otorgado de palabra caduca, cuando alguno de los testigos necesarios muere ó se ausenta, antes de declarar para su comprobación, Art.º 538 del mismo Código Civil; pero nó, cuando ha declarado oportunamente, como sucede en el caso actual. Infiérese de lo expuesto: que no habia necesidad de sustituirlo con el testigo José Santos Jimenes, cuya declaración, por otra parte, habria sido supernumeraria; por que fuera de éste, han concurrido cinco testigos al otorgamiento del testamento *in voce*, conforme lo requieren los Artículos 453 y 454 del mencionado Código; y que tampoco llegó el caso de abonar la firma de Martin Almasan, por que como he dicho, declaró éste oportunamente y no habia necesidad de una nueva declaración.

La tacha del testigo Benjamin Almasan, es pueril é insignificante; por que no basta afirmar, que es perjuró y ladrón, sino se acredita haber sido condenado por perjuró ó sentenciado por robo, como lo requiere expresamente el Art.º 229 del Procedimiento Civil. Y aún así, sería admisible su declaración, puesto que se trata de un asunto doméstico, Art.º 324 del Código de Procederes Santa Cruz, que está en vigencia.

La dirigida contra el testigo Gregorio Alfaro, tampoco es atendible, aun suponiendo que fuera doméstico, ó

dependiente de José Peralta; por que tratándose de asuntos domésticos, como es el otorgamiento de un testamento verbal, y no habiéndose acreditado que tenia interés en faltar á la verdad, como lo establece el Artº. 230 del Procedimiento Civil Compilado, era admisible su declaración; y una vez prestada, ha quedado con todo el valor probante que le dá la ley. Es mucho menos atendible el defecto de ser indigente y viciado á la coca; por que los pobres no están eliminados por ley de ser testigos, principalmente los que saben leer y escribir como Alfaro, ni afecta el vicio de la coca al perfecto uso de la razon y al discernimiento requeridos por los Artículos 465 y 466 del Código Civil.

El parentesco espiritual que liga á los testigos Pascual Cabezas y Benjamín Almasan con la heredera Carmen Peralta, tampoco los inhabilita para serlo, ni puede viciar el testamento; por que la prohibición del Artº. 467 del Código Civil y la del 227 del Compilado, solo son referentes á los parientes consanguíneos dentro del 4º. grado, como tambien se declara por los Artículos 16, 18 y 20 de la ley del Notariado. Además, no puede haber ignorancia en estos testigos, como supone el contrario, puesto que saben leer y escribir.

La tacha de cohecho, desesperadamente opuesta contra todos los testigos, no está justificada. Tampoco lo está la simulación ó falsedad intelectual; y las ofertas á que se refieren los testigos de la contra parte, no se aplican á las declaraciones prestadas para la comprobación del testamento nuncupativo, cuya autenticidad ya no puede desconocerse, mucho menos al acto en que se hubo otorgado, sino á las declaraciones producidas dentro del presente juicio; las cuales, como he dicho ya mas antes, solo se recibieron por superabundancia de prueba, no por que fueran necesarias para la validez del meritudo testamento nuncupativo, cuya comprobación es ya inamovible.

---

## Presunciones.

Suponiendo que la testadora Trinidad Peralta haya sido lega en conocer testamentos, y que no podía recordar tan al pié de la letra una cláusula contenida en el testamento cerrado, no puede inducirse, sin violar la lógica y el sano criterio, la presunción: de q' el testamento revocatorio no fué obra de ella, sino de un acreditado simulador. Con esta manera de argumentar, se podría concluir: que todas las personas legas en conocer testamentos, y que son la mayoría inmensa de la especie humana, no pueden disponer de sus bienes por última voluntad, mucho menos revocar lo dispuesto anteriormente. Siguiendo esta lógica tan extraña, podría afirmarse: que la Peralta no dictó su testamento cerrado, sino un simulador avezado en patrañas; puesto que como lega, no solo no podía recordar una sola frase escrita, sino que carecía del lenguaje en que está redactado dicho testamento cerrado; no sabía, por ejemplo, lo que significaba el vocablo *horfanotrofito*; y sin embargo, aparece semejante palabra en el testamento, como dictada por la testadora. Es, pues, insostenible esta presunción. Antes de emplear este medio de combatir un testamento legal, debió recordar el adversario: que los legos, en materia de testamentos, buscan el apoyo de letrados, y se someten á su dirección para dar forma á sus disposiciones testamentarias; así ha procedido la Peralta, tanto para la facción del primero como del segundo testamento; con la diferencia de que para el primero, fué sugerida poderosamente por una influencia religiosa; lo que importa, nada menos que una violencia moral.

La uniformidad ó indentidad de las declaraciones testificales, nunca puede constituir un indicio de simulación; prueba por lo contrario, que los testigos oyeron las mismas palabras de la testadora: presenciaron un mismo acto desde el principio hasta el fin, y se hallaron reunidos en el mismo lugar. De extrañar habria sido, si los testigos hubiesen empleado diverso lengua-

je y expresádose segun su diferente estilo, cuando el pensamiento de la testadora estaba expresado en un interrogatorio, y ostentaba su unidad; las frases de las preguntas, fiel expresión de su voluntad, no podian variarse racionalmente, por que no habia necesidad para ello; los testigos repetian naturalmente las mismas palabras de las interrogaciones, por que expresaban la idea, el pensamiento y la voluntad que se les comunicó; teniendo á la vista esa série de artículos, redactada con órden y claridad, los testigos no tenian necesidad de usar de su estilo peculiar para afirmar su contenido. La diversidad de tipos, colores, estilos, ecos &, en nada arguye contra la identidad de la palabra de los testigos, ni puede haber paridad entre una y otra; muy bien pueden proferirse idénticas palabras, por muchas personas de diferente raza, color &.

Que los que el adversario califica de notables del Palmar, hubiesen ignorado de la facción del testamento nuncupativo, hasta después de la muerte de la Peralta, nunca puede hacer presumir la no existencia de éste, en el momento de su otorgamiento.

La ignorancia de una cosa, no prueba su nó existencia; absurdo sería concluir, que nada acontece en el seno de las familias, comunas, naciones ó estados, por lo que se ignora lo que sucede en ellas. Por otro parte, si nada comunicó la Peralta á sus relacionados ó intimos respecto de su testamento, ella sabria por qué; ¿acaso estaba obligada á darles cuenta de sus actos privados, nada más que porque eran sus relacionados?

Nada significa la circunstancia, de que el testigo Tomás Basualdo hubiese rehusado ser testigo, para declarar respecto del testamento, puesto q' no sabia nada. En cuanto al cohecho á los demás testigos, ya he dicho que no está justificado; no se ha probado que José Peralta hubiese corrompido á los testigos, con dádivas, dónes ó regalos para o'tener de ellos un falso testimonio; las ofertas ó pagos que se hacen á los testigos, ya para que se molesten en declarar lo que saben, ó ya para que se trasladen á otro lugar con el



mismo objeto, lejos de estar prohibidos por las leyes, están permitidos expresamente por las mismas; por que cualquier perjuicio por la pérdida del tiempo debe ser indemnizado.

La falta de precisión de la fecha del testamento *in voce*, no es causal que pueda anularlo, segun opinión uniforme de los expositores del derecho Español Escriche y Emilio Reus; así como por la de Federico Bonniér, en la parte relativa á la fecha de los instrumentos; los cuales sostienen que esa falta es meramente *accidental*, tratandose de la comprobación de un testamento oral, en que lo *esencial* es acreditar su realidad y tenor de sus disposiciones. La prescripción del artículo 25 del Código Civil y lo estatuido por él 185 del de Procederes, se aplican exclusivamente á la facción de los instrumentos publicos y á los auténticos, en los que precisamente interviene el Notario. Además, si la fecha ó data consiste en la designación del tiempo y lugar, el testamento oral no carece del todo de este requisito; pues, se indica en él, el mes y el año (Noviembre de 1894).

Respecto de la época en que enfermó la testadora, dice el testigo Dorila Mendoza: que habia enfermado en Noviembre del año 1894 en el Palmar, cuando hizo la hierra de ganado, segun le habia dicho la misma testadora. El testigo Tomás Basualdo asegnra terminantemente: que enfermó en la época indicada. Ambos testigos corroboran á este respecto, lo que declaran los cinco testigos testamentarios. La negativa de los testigos Zacarias Rodriguez y Eduardo Saracho, no puede destruir el testimonio de tantos testigos, mucho más si una simple negación no puede desvirtuar una afirmación; y el hecho de haber enfermado en junio ó julio, no era un impedimento de su enfermedad en Noviembre.

El hecho de haber la Peralta manifestado sus deseos, de no dejar nada á su hermano José Peralta, por que éste tenia mas que ella y que la hostilizaba, en nada arguye contra el testamento oral; por que la exis-

tencia de éste, demuestra lo contrario de aquellos deseos.

El deseo manifestado por la misma de reformar su testamento cerrado y aún de romperlo, y si bien no lo hizo, no puede hacer presumir, que no otorgó su testamento revocatorio.— Como lega en materia de testamentos, quizás dudó de la eficacia de su disposición oral, y pensó ser necesario hacer otro testamento cerrado; y es probable que por eso consultó al Dr. Benitez, y expresó delante de Dorila Mendoza: que no le gustaba el testamento cerrado; que los Lema la obligaron á otorgar á la fuerza.

Respecto de la grave circunstancia de haber sugerido el padre León, religioso de la comunidad franciscana, la facción del testamento cerrado, se contesta el adversario con exclamar: ¡Solo los histriones liberales podían decir eso!

### ***CALIDAD DEL TESTAMENTO REVOCATORIO.***

Crée la contraparte: que el testamento revocatorio, debe ser de la misma forma que el revocado; es decir, que el cerrado debe revocarse por otro cerrado, el abierto por otro abierto y el privilegiado por otro privilegiado. La ley no exige este requisito, sino que se haga solamente otro nuevo, con todas las solemnidades designadas por la ley, Art.º 532 del Código Civil; esto es, que sea de la misma especie. El testamento oral, es tan solemne como el cerrado; ambos pertenecen á la misma clase, según la clasificación establecida por los artículos 544 y 545 de este mismo Código; de manera que, un testamento solemne como el oral, puede revocar otro testamento solemne como el cerrado y viceversa.

#### *Capacidad jurídica de la Tercera Orden secular de San. Francisco de Asis.*

«Lo que es lícito en la moral, es lícito en el derecho.»  
«La moral confiere capacidad á la Orden Tercera, luego el derecho también se la confiere.» Así argumenta la

parte demandada; pero, ¡cómo se vé! que desconoce ó aparenta desconocer la distinción marcada que existe entre la moral y el derecho; no és, pues, lícito confundir los dominios de ambos, que son muy diferentes; para que, lo que es permitido en la moral, tenga eficacia en el campo del derecho, es menester que éste lo reconozca expresamente; de otro modo, quedaria como principio moral y nada más. Es más atrevido el *entimema*: de que, «la moral confiere capacidad civil á la Tercera Orden, luego el derecho, &c.» El antecedente es falso, por que la moral no confiere capacidad jurídica á un sujeto ideal; tal poder, sólo corresponde al derecho, nunca á la moral; y si así no fuera, seria inútil el derecho positivo y bastaria la moral para arreglar y organizar la vida individual y social; lo cual importaria un ataque de muerte á la sociedad civil.

No creo haya legislación en el mundo, á no ser en un Estado absolutamente teocrático, que reconozca la doctrina: de que el Arquieparca de la Iglesia revista de capacidad jurídica á toda asociación religiosa, que la aprueba, fomenta y reglamenta. Admitir esta doctrina, seria introducir en la República un poder extraño, con menoscavo y detrimento de la soberanía nacional.

No pueden haber dos poderes legislativos; uno fuera y otro dentro de un Estado independiente.

El Artº. 4º. de la Constitución á que se acoge desesperadamente el adversario, no confiere personalidad jurídica á la Venerable Orden Tercera, ni á ninguna asociación determinada; simplemente confiere á todo hombre, el derecho de reunirse pacíficamente y hacer petición individual ó colectivamente; pero á las reuniones formadas en virtud de esta permisión, no les dá existencia legal, como á las personas jurídicas; son consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales, industriales, religiosas &c., segun el fin de su instituto; pero sin el carácter que el Código dá á las entidades de derecho.

A esta clase de asociaciones pertenece la Orden de terciarios; no es sinó, un grupo de devotos, cuyo fin es

puramente espiritual, religioso ó sobrenatural y cuyas miras son: la mortificación, la obediencia, la pobreza y la caridad; siendo su objetivo último la propaganda de la fé y la salvación eterna. Los medios participan de la misma naturaleza del fin; luego, ese grupo de gente devota, diferente de la comunidad que lo dirige, no tiene personería jurídica; carece de bienes para responder de sus obligaciones, y es incapaz de adquirir derechos y de contraer su correlativo. No puede ser en manera alguna, ni mandataria ni administradora de los bienes de la testadora Peralta; facultades exclusivamente propias de un sujeto en pleno ejercicio de sus derechos civiles, y no de un ser ideal, como es esa congregación de místicos, que sólo por ficción de la ley puede adquirir carácter jurídico, y no de otro modo.

### **CLÁUSULA FIDEICOMISARIA.**

La interpreta el representante del Discretorio de terciarios, diciendo: «los semovibles se destinan al Horfanotrofio». Esto quiere decir, que el fideicomiso no fué expreso, sino tácito; por que sólo así puede dar lugar á una interpretación; pero debe tenerse presente, que esta especie de fideicomisos, hecha en fraude de la ley por medio de personas interpuestas, se halla prohibida, no sólo por nuestras leyes, sino por las antiguas romanas y las de las partidas. Claramente se comprende, que esa disposición fideicomisaria es disimulada, aparentemente hecha para el horfanotrofio; pero en realidad, en beneficio secreto de la Orden Tercera ó de otro sujeto desconocido é inhábil para heredar. Felizmente, esa cláusula fideicomisaria es nula, por haberse dictado contra la prohibición del Art.º 503 del Código Civil.

No se diga, que al atacar aisladamente una disposición testamentaria, he consentido en la validez de las demás, nó; he impugnado la cláusula fideicomisaria, que contiene una disposición independiente, formulada con las palabras: «Con respecto á los muebles semovibles dejó especial encargo á mi albacea», declarando expresamente, que aún en la hipótesis de mantenerse co

mo válido el testamento cerrado, quedaria de ningun valor la disposición respecto de los ganados.

Es, pues, subsidiaria y condicional esta acción, y es admisible conjuntamente con la principal, en la que se pide la nulidad total del testamento cerrado; de manera que, si se anula, efectivamente éste, quedará comprendido el fideicomiso, sino se anula, el fideicomiso puede anularse. Así es que la elección de la acción principal no excluye la acción accesoria.

**Fundamentos legales de la demanda.--Prueba ratificatoria sobre-abundante.**

Los testigos del testamento oral, Benjamín Almasán, Pascual Cabezas, Gregorio Alfaro, Modesto Gutiérrez y Martín Almasán, han declarado dos veces sobre el contenido del testamento *in voce*; la primera ante un Parroquial, y la segunda ante el Juez Instructor, mediante comisión en forma; con cuya formalidad se ha comprobado legalmente el testamento verbal.

Dentro de este juicio, tan sólo por abundamiento de prueba, se han ratificado los cuatro primeros testigos y nó el último, por haber fallecido; pero como se ha dicho en otra parte, la ratificatoria de este último, era ya innecesaria; tanto porque habia prestado su declaración debida y oportunamente, cuanto por que lo que sobreabunda no hace falta.

**PRUEBA DE ABONO**

Los testigos de mi parte, Zacarías Rodríguez, *f 86*, Mauricio Almasán *f 86*, vta, Rosendo Pérez *f 87*, Vicente Ustares *f 87* vta, Roque Rodríguez, Victoriano Gareca, *f 88*, y David Bravo *f 89*, han justificado la santidad, honradez y veracidad de los testigos del testamento verbal y han asegurado uniformemente: que los cinco testigos indicados presenciaron la facción de este testamento; han manifestado tambien: que Juan Manuel

Ríos, testigo de la parte contraria, tiene interés en este litigio; pues, há gestionado como verdadero interesado; por lo que, queda tachado.—

*¿Ineficacia del testamento cerrado, por la ilegalidad de su apertura.*

No se han llenado en su apertura las formalidades establecidas por la ley: dejaron de concurrir al acto los testigos Isidoro Gámes y Mariano Espinosa; no se há justificado su ausencia, ni han sido abonadas sus firmas, mediante una sumaria información, como lo requieren los artículos 479 y 484 del citado Código Civil. En toda sumaria información, los testigos deben ser oídos separadamente, con expresión de sus generales, artº. 200 de la Compilación. No hay ley que permita una declaración conjunta y simultánea, cuando se trata de probar la ausencia de los testigos y abonar las firmas; el artº. 484 se refiere al 481 del mismo Código Civil; en éste se prescribe el exámen de los testigos, el cual no puede verificarse en un sólo tiempo, por que no pueden declarar todos á la vez. Conclúyese de ésto: que habiéndose abierto el testamento cerrado sin las formalidades estatuidas por la ley, no puede tener valor probante en este juicio.

*Carácter auténtico é inamovible del testamento verbal.*

Aún en la hipótesis, de que no se hubiera comprobado este testamento, mediante el auto respectivo; pero que se hubieran recibido, como en el caso actual, las declaraciones de los testigos por el Juez Instructor sin oposición de parte, habrían tenido valor probante estas deposiciones dentro de este juicio ordinario, sin necesidad de ser ratificadas; con tal que, como se ha verificado en la especie, se hayan ofrecido y admitido como prueba con citación contraria; aunque despues, hubiera surjido oposición á la comprobación del testamento verbal. Resolviendo un caso idéntico dice la Corte Suprema en su auto de doce de junio de 1902, G. J. Nº. 744. p. 17. «*Deducida oposición por el recurrente á la comprobación*

*del testamento verbal, despues de recibidas por el Juez Instructor las declaraciones de los testigos concurrentes al acto, y pasádose en este estado el conocimiento de la causa al Juez de Partido, se ofreció en la estación respectiva la prueba de dichos testigos instrumentales, y fué admitida ella con citación contraria, dándose valor legal á dicha prueba producida en obrados subsistentes y antes de que se suscite contención». «Por tal motivo no ha sido necesario se solicite la ratificación de declaraciones ya producidas legal y oportunamente ante el Juez Instructor, que conocia del procedimiento voluntario, con la jurisdicción y competencia que le atribuye el art. 229 número 7. de la ley de Organización judicial».*

Segun esta jurisprudencia, mi parte no tenia necesidad de solicitar la ratificación de las declaraciones de sus testigos dentro de este juicio; bastaba que las ofreciese, como lo hizo, de prueba. Sin embargo, logró la ratificación de cuatro de sus testigos, sin que ésto afecte su validez primitiva. Era, pues, suficiente la prueba producida ante el Instructor, para que en este juicio se ordenára la protocolización del testamento verbal.

He defendido este testamento, poniéndolo en una condición inferior á la que actualmente tiene, sólo para demostrar, que aún en ese caso poco favorable, era no obstante de valor preferente al testamento cerrado; pero felizmente para los fueros de la justicia, el testamento, cuya validez sostengo, se halla revestido de las formalidades que estatuyen las leyes; su autenticidad y veracidad no pueden ya ponerse en duda, bajo ningun respecto. Estando debidamente comprobado y protocolizado, prévias las respectivas notificaciones al procurador del albacea don Ailarion Arce, sin ninguna oposición durante el procedimiento voluntario, no pudo ya en este juicio constituir materia de discusión.—

La Corte Suprema, resolviendo un caso igual dice en su auto de julio 21 de 1897, G. J. N° 687, p. 35.: *«La comprobación de un testamento verbal y el auto que ordena su protocolización, no constituyen controversia ju-*

*dicial, cuando al practicarse no há habido oposición.* En la especie, Rafael Saracho, procurador del referido albacea, fué notificado en noviembre de 1895, f 27 vta. con la providencia del Juez Instructor, en que se ordena la recepción de las declaraciones de los testigos del testamento oral; en once de diciembre del indicado año, fué notificado el mismo procurador f 42, con el auto de 5 de diciembre de id, que declara legal el testamento muncupativo, lo aprueba y eleva al rango de instrumento público, ordenando su protocolización. El expresado procurador no hizo ninguna oposición, dejando así ejecutoriar el referido auto. El poder de que estoba munido con anterioridad, se constata por el testimonio que acompaño; luego, el testamento oral es auténtico, verídico y de carácter inamovible; todas las argucias tendentes á desvirtuarlo, han quedado sin efecto; há perdido su tiempo lastimosamente el adversario, en acumular argumentos para destruir su validez, cuando estaba ya fuera de su alcance, por lo mismo que ya no podía ser materia de este litigio.

El defensor ó representante de la Venerable Orden Tercera de San Francisco de Asis, al impugnar el testamento verbal, que por ministerio de la ley estaba declarado fuera de discusión, ha incurrido en el vicio sofístico, que los antiguos escolásticos llamaban *ignorantia e-lenchi*.

#### ***Subrogación maliciosa al Honorable Concejo Municipal.***

Ni más ni ménos; como por burla ó mofa le ha trasferido la Orden secular, derechos que no los habia tenido nunca; y aún más, le ha despojado maliciosamente de los derechos que talvez le hubieran servido más tarde; lo que equivale á arrebatarle sus buenas vestiduras, cubriéndole en cambio con sus arambeles ó andrajos. Con efecto, en la cláusula 4ª. de la escritura de transferencia de f 260, la Venerable Orden dá por fenecida la tercera del Honorable Concejo Municipal, y éste consiente en ello, y acepta solamente el mandato que se le transfiere; yo por mi parte acepté también ese ani-



quilamiento de la tercera municipal, y el Juez selló con su autoridad éste acto. ¿Y que resultó de esto?—Que el municipio cayó en la trampa que le preparó el grupo de devotos. En la actualidad es pura y simplemente representante de éste; como subrogatario no puede tener mejores derechos que el subrogante; está probado hasta la saciedad, que la reunión de terciarios carece de capacidad civil, para ser mandataria y administradora de los bienes de la Peralta; luego, el municipio subrogatario carece también de la misma capacidad; recibió, pues, ese mandato con el vicio que lo anulaba. Esto es incontestable; pero lo extraño é inconcebible es, que el Honorable Ayuntamiento, después de haber impugnado con lucidez la personería de la Tercera Orden, haya aceptado su incapacidad jurídica con todas sus consecuencias, y despojádose de la suya, que era más positiva,

### **TERCERIA IMPROBADA DE LUISA SORUCO.**

Esta tercera debe descartarse de este juicio, sea por deserción ó sea por absolutamente improbada. Con motivo de tener que justificar lo infundado de esta acción, he probado una circunstancia importante, capaz de disipar aún la más ligera sombra de duda respecto de la validez del testamento *in voce*. Los testigos Alejandro Ballejos, f 303, Fabian Sulca f 304, Aniceto Romero f 304 vta, Mariano Cardozo f 305 vta, aseguran uniformemente: que la extinta Trinidad Peralta, les dijo: que Luisa Soruco no era su hija natural, sino su sobrina; lo cual les comunicó, en circunstancias de que estaba otorgando su testamento verbal en el mes de noviembre de 1894 en el Pelmar y delante de muchos testigos, dejando sus bienes para sus hermanos. Los testigos Fabian Sulca y Mauricio Cardozo dicen: que en esa ocasión, la testadora estaba gravemente enferma. Prueba lo dicho: que el testamento oral, se otorgó con la mayor publicidad y nó clandestinamente, como se atrevió á decir el adversario,

### CONCLUSIÓN.

Mediante el escrito de *f* 43, he demandado la nulidad del testamento cerrado, preconizando la validez del testamento verbal, que lo revocó, y pidiendo en consecuencia la entrega de los bienes testamentarios. Contestó la Tercera Orden, proponiendo excepciones sobre simulación y falsedad del testamento revocatorio. En la estación respectiva, se ha ofrecido y admitido como prueba de mi parte el testamento verbal, con citación contraria. Se ha demostrado con toda evidencia: que la Orden Tercera es inhábil para cumplir el testamento de la Peralta; que aún resultando válido el testamento cerrado, ese encargo deberían llenarlo los herederos *ab intestato* de la testadora; por que, la Municipalidad tiene derecho sólo á los bienes vacantes y no puede administrar bienes de beneficencia. Se ha manifestado: que todas las pruebas y argumentos tendentes á la destrucción de la validez del testamento oral, son ineficaces y de valor negativo; no sólo por insustanciales y valadís, sino por ineficaces é impertinentes; pues que, atacaban una cosa que estaba fuera de combate; que el testamento revocatorio es auténtico, verídico é inamovible, no sólo por disposición de la ley, sino también por la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema. Está así mismo demostrado: que el Honorable Concejo Municipal, lejos de haber mejorado de condición con la transferencia de los derechos negativos de la Orden terciara, ha perdido por renuncia expresa, el derecho expectatio que tenia sobre bienes destinados á beneficencia, bajo el supuesto de vacancia. Ha resultado improbadá la terciaria de Luisa Soruco.

En consecuencia de lo expuesto, procedo: que se sirva U. fallar, declarando revocado legalmente el testamento cerrado de la Peralta, por el verbal otorgado por la misma, y mandando expresamente: que el Honorable Concejo Municipal, me entregue todos los bienes de la testamentaria, que actualmente los administra; con más los frutos percibidos é intereses del dinero que hubiese

recibido de algunos deudores de la testamentaria, y obligando además al albacea Dn. Hilarión Arce, á una prolija rendición de cuentas, desde el día en que principió á administrar dichos bienes, hasta el en que los entregó á la Municipalidad. En cuanto á la tercería, pido su rechazo con costas.—Es cuanto. A Ud. pido en justicia, &

Tarija, Noviembre 30 de 1905.

*Hermógenes Avilés.*

*Daniel Alvarez.*

— ❖ —

## Señor Juez de Partido.

*Pide se pronuncie sentencia, teniendo presente lo que expone.*

Daniel Alvarez por José Peralta y compartes, en autos con el H. Concejo Municipal, sobre la revocación de un testamento cerrado y consiguiente entrega de unos bienes, ante U. con respeto expongo: que se ha de servir pronunciar el fallo definitivo, teniendo presente, lo que en refutación de algunos puntos de la dúplica de fs. 350 paso á exponer:—

### § I.

Después de decirnos el procurador contrario: que hemos agotado toda clase de cavilaciones y mañas, que sufriendo sucesivas derrotas nos hemos colocado en nuestro último baluarte, nos espeta en són de alarma y amenaza la especie, de que nuestro escrito de f. 331 no es nuestro escrito, sinó que es obra del Dr. César Oropeza; extraña sobremana, que este señor habiendo sido re-doctr de «La Capital», fustigador terrible del Dr. Carlos V. Romero y autor de su caída del ministerio, sea ahora defensor de éste en la misma causa, por la que fué precipitado de su alta investidura; que los bienes ya no

son del pueblo, sinó de los titulados herederos; que, ¿quien ca-rá ahora por este cambio de ideas en este proceso silencioso?.....

Por mucho que hemos cavilado, no hemos podido columbrar el alcance de este exordio catilinario contra el inofensivo Dr. César Oropeza; no sabemos á qué tiende este reproche, manifestado con tanta indignación; y no adivinamos, con qué fin nos niega la paternidad de ese alegato ampliatorio, en que sencillamente, si bien de una manera incontrastable, hemos expuesto en pró de nuestra causa argumentos, que por su vigor y energía, han quedado sin réplica. Por nuestra parte, declaramos: que no hemos de hacer pleito ni hemos de discutir, sobre á quién corresponde aquel trabajo; por que, sobre ser ridícula, sería inoficiosa toda alegación á este respecto. Lo único que nos complace es: que nuestro contendor, sin advertirlo talvez, ha rendido un cumplido homenaje al expresado memorial, que debe ser completo y bien fundado; puesto que, es atribuido al esclarecido talento del notable jurisconsulto Dr. César Oropeza. Asegurar, que éste es el autor de ese segundo alegato, es conferir á este trabajo un gran mérito jurídico; es confesar la perfección de la obra y declararse en derrota definitiva en el campo del derecho ante los fulgores de la justicia. No cabe otra interpretación, por más que se quiera dar diferente sentido á la especie que nos ocupa. Equivale á decir: no me aniquila el enemigo con quien pugnaba, sinó otro más terrible, y protesto contra su intervención. Antes de confesar la superioridad del nuevo adversario, debió haberlo batido en brecha. Antes de averiguar por la calidad del enemigo intruso, debió haber preguntado sencillamente *dónde estaba*, como lo hizo el milite de la Historia, y avanzar entonces resueltamente sobre él y desvaratarlo, si el hado le hubiera sido propicio. Pero ante el terrible empuje de su inesperado y espantable enemigo, ha creído prudente replegarse al último rincón de su destruida fortaleza y esperar allí el desentace fatal de esta célebre lid jurídica.

Las derrotas parciales, que hemos sufrido en guerrillas de poca monta, fueron previstas y consentidas por nuestra parte; han sido estratagemas permitidas en derecho) con que sencillamente entretuvimos al enemigo é hicimosle consentir en un triunfo fácil. Y mientras, confiado en sí mismo, permanecía adormido á la sombra del laurel de sus insignificantes victorias (cuya gloria se la conferimos de buena gana) coleccionamos nuestras fuerzas, estrechamos nuestras filas, y en un momento preciso, las hemos arrojado sobre el enemigo, como una avalancha irresistible. Sorprendido y azorado éste por un ataque tan terrible, inesperado y repentino, y sin fuerzas para repelerlo, se contentó con exclamation: ¡qué gracia, no es el enemigo conocido y común el que me ataca, sino otro, ignoto y extraordinario; aunque ya puedo saber, que es aquel famoso fustigador de un ministro, á quien lo precipitó al abismo; y ahora por un cambio indigno de ideas, se ha convertido en defensor de éste y en enemigo del pueblo, después de haber sido campeón del conservantismo!

Dejémosle á nuestro competidor con esta idea; por que, nó se nos dá un ardite que diga: que es otro el que contiene con él. Respetándole en esta su convicción íntima, pedimosle cortezmente una indulgente vènia, para ocupar por el momento el lugar del referido Dr. Oropèza y constituirnos en su portavoz, ya que per la larga distancia en que se encuentra, no há de poder, por esta vez, actuar personalmente en este negocio.

## § II.

Ha creído, sin fundamento legal, el personero del Municipio: que los autos de f. 253, 259 vta, 279 vta. han quedado ejecutoriados; no ha tenido en cuenta, que son interlocutorios, que no tienen fuerza definitiva; y que por lo mismo, son atacables en casación después de la sentencia, artº. 821 del Procedimiento Civil. La interpretación que en dichos autos se ha hecho del artº. 321 de este Procedimiento, ha sido demasiado estrecha y res-

trictiva; no se ha aplicado en ella ninguna de las reglas de una sana y racional *exégesis*. Con efecto, al disponer dicha ley: que á un tercer opositor excluyente se ha de conferir un término de prueba, común á todas las partes litigantes, *aunque hubiesen producido ya sus pruebas*, no ha limitado el derecho de probar á sólo lo concerniente á lo alegado por el tercerista, sino que lo ha hecho extensivo á todo lo que pueda favorecer, ó robustecer los intereses y pretensiones de los demás litigantes. Uno de los principios de la buena interpretación dice: «La ley que concede ó permite lo que es más, concede ó permite lo que es ménos». La frase que comienza por el adverbio *aunque*, significa una permisión amplia para la prueba: si no obstante haberse producido la prueba por el actor y el reo de la causa principal, les permite la ley el uso del nuevo plazo, conjuntamente con el tercerista; ¿con cuánta mayor razón no permitirá ese mismo uso, si no se produjeron pruebas anteriormente, ó fueron deficientes las ya producidas? La ley que examinamos, no concreta puntos especiales dentro del litigio para probarlos; el artículo 161 del citado Procedimiento, que se trajo á colación para cohonestar la mala interpretación que combatimos, tampoco determina hechos aislados y separados de los demás, que son materia del pleito; extiéndese por lo contrario, á todos los puntos encerrados dentro del círculo de la controversia, excluyendo sólo todo lo que es extraño á la cuestión. En el caso concreto, los hechos fundamentales en que el reo, el actor y el tercerista apoyan sus pretensiones respectivas, son la materia y el contenido de este negocio; la prueba debe jirar, pues, al rededor de todos estos puntos dentro del término común, y no al de uno sólo con prescindencia de los demás, como inconsultamente se há explicado, haciendo decir á la ley lo que no dice y dándole el espíritu que no tiene.

Estos fundamentos de derecho, nos servirían para apoyar en esta parte el recurso de nulidad, *si llegáramos el caso de entablarlo*. Los hemos expuesto anticipadamente, para que se comprenda, desde luego, la injusticia

que se ha cometido contra los Peralta, estrechando, y truncando si se quiere, su derecho de defensa. Pero, la prueba que hemos producido con motivo de la tercera, acerca de la efectividad y solemnidad del testamento oral, no ha dejado de ser eficaz; por que ha aumentado, de cualquier modo que haya sido, un elemento más de convicción, á los muchos y suficientes que ya existieron de antemano. Con esto más, no sólo desaparecerá cualquiera duda que aún pudiera asomar á la mente del juzgador, sino que llevará á su conciencia y espíritu la evidencia misma y la verdad en toda su fuerza.

En cuanto á que nuestros testigos, que han declarado últimamente, sean benditos, perjuros, cohechados y de extraordinaria memoria; que el comisionado ó corredor que recibió sus declaraciones, haya sido también cohechado; que nuestros defendidos sean pícaros, artimañeros, etc. etc, como énfaticamente lo dice el adversario, sólo nos limitamos á decir: que todo eso es falso y calumnioso; y cuando se profiere un denuesto ó un hecho delictivo sin prueba alguna, como acaece el presente, es prudente evitar represalias, que sólo sirven para mortificar á los jueces, hacer perder el tiempo y ocasionar gastos inútilmente. De manera que, si en el curso del escrito que refutamos, hemos de tropezar con frases ofensivas, en lugar de razones, hemos de pasar por alto, sin pararnos á contestarlas. Valga esta declaración por toda respuesta á palabras, que no contengan razones que merezcan la pena de ser refutadas.

### § III.

Una ilusión grata, aunque pasajera, es la que se ha formado nuestro contendor, al imaginarse que puede conseguir una resolución *previa* de la tercera. Conviene apartarlo cuidadosamente de esta su engañosa visión.

Es innegable, que la tercera se tramita conjuntamente con la causa principal; y no hay razón, que sólo para la sentencia, se la puede separar de ella. La resolución *previa*, sólo debe recaer sobre los incidentes, de

que habla el artículo 88 del Procedimiento Civil Compilado y otros semejantes, pero jamás, sobre una tercera. Cuando en un litigio, como el presente, se debaten diversas acciones ó diferentes puntos ú objetos, la sentencia arreglará sobre cada uno de ellos, lo que disponga la ley, artº. 289 del mismo Procedimiento; lo que quiere decir á las claras, que una sola sentencia resolverá, tanto la causa principal cuanto la tercera, só pena de dividir la continencia de la causa. La Corte Suprema ha resuelto en este mismo sentido un asunto análogo. El auto de 27 de mayo de 1,898. G. J. Nº. 697. p. 34, dice lo siguiente: . . . . «Considerando: que la *tercera excluyente* deducida á f 238, y cuya pretensión se opone á la del actor y á la del reo, ha debido ser *reuelta con relación y conjuntamente con los de éstos, desfilando las acciones respectivamente interpuestas y que no pueden coexistir como se propone en el expresado auto; por que recayendo sobre los mismos objetos, se excluyen*—«Se anula el auto recurrido, y se declara: que la mencionada Corte (de Sucre,) debe pronunciar sentencia definitiva juzgando la *tercera excluyente, conjuntamente con la causa principal, y definiendo con precisión los derechos controvertidos entre todas las partes litigantes.*»

Ante esta declaración tan clara y tan explícita del Tribunal Supremo de Justicia, no puede haber ya discusión alguna; y la contraparte debe resignarse á perder para siempre, la faláz esperanza de poder obtener la tan ansiada *resolución prévia*. En su consecuencia, el juzgador resolverá en una sola sentencia, la causa principal y la merituada tercera excluyente.

#### § IV.

No se ha negado, que Culpina, de donde es viviente el testigo Martín Almasan, pertenece al Cantón «La Loma;» tampoco se ha negado, que la estancia del Palmar está comprendida dentro de los términos del mismo Cantón. Es innegable entónes, que el referido testi-



go es vecino de este lugar, dentro de cuya circunscripción se otorgó el testamento oral. Al exigir la ley en el testigo de un testamento, el requisito de ser vecino del lugar, no ha determinado, ni los límites ni la extensión de este lugar; lugar, es un sitio, un paraje, una comarca, un Cantón. El que no es vecino del mismo Cantón, es forastero; y mal podría aplicarse este calificativo, al que tiene su residencia fija en cualquiera de los puntos de la comarca cantonal. No es, pues, forastero como se ha dicho, el testigo Martín Almasán, respecto del Cantón «La Loma», sinó legitimamente vecino de él; y por consiguiente, apto para haber sido testigo en el referido testamento verbal. Para este caso, como para otros análogos, debe tomarse la ley, en su sentido mas amplio y nó en el restrictivo, cuando la restricción no está expresamente determinada por la misma ley.

La circunstancia, que hizo concebir á la parte contraria, la idea de obtener un triunfo completo y absoluto en esta delicada contienda, es la de haber confesado nosotros en nuestro alegato de *f* 112: que Martín Almasán, no era vecino del Palmar y que podía ser sustituido por el finado José Santos Jimenes; y como no era legal esta sustitución, era nulo el testamento nuncupativo, por falta de forma, según el concepto del defensor del testamento cerrado. Una alegría vesánica retizó en todo el cuerpo de este defensor; vió en su loca fantasía, que los cuantiosos bienes de Trinidad Peralta, caerían íntegros, en muy breve tiempo, en manos de sus titulados administradores; y que el soñado *Horsanotrofto*, se levantaría en este pueblo, como un soberbio monumento de la caridad cristiana. A este respecto, digamos de paso y como por via de paréntesis: que nosotros, no somos enemigos de la caridad evangélica; pero entendemos, que ella debe ejercitarse con bienes propios y no con los ajenos; no es caritativo ni justo, que se despoje de sus intereses á una tercera persona, por medios vedados, como una violencia moral ó religiosa, so pretexto de hacer caridad á los que sufren el hambre y la miseria. La moral, que no es patrimonio de nadie, ha re-

probado ya en diferentes formas, el célebre principio maquiavélico: «el fin justifica los medios». Nada agradable sería ante los ojos de Dios ni ante la justicia humana, el verificar actos de beneficencia con bienes mal habidos. Estamos seguros, que el pueblo y el poder procomunal, rechazarán con repugnancia el donativo que se les ofrece, cuando sepan que proviene de una fuente impura; la justicia ante todo, y después la caridad; el respeto á la propiedad primero, y en seguida la beneficencia. Consta del proceso, que unos Sres. Lema fueron los que á la fuerza obligaron á Trinidad Peralta á otorgar su testamento cerrado; pues, así se expresó la misma testadora. El mismo proceso manifiesta: que un religioso de la comunidad franciscana, una vez concluso el testamento y muy satisfecho de los efectos de su trabajo, exclamó alborozado: «Gracias á mí, que yo la iluminé». ¿Que significa esto?—Ya nadie ignora el viejo y gastado expediente, de representar ante la imaginación delicada y susceptible de un moribundo ó de una persona ignorante y tímida, como Trinidad Peralta, el cuadro horrible y espeluzante del infierno, con sus diferentes departamentos y diversidad de castigos á cual más crueles. En medio de estas torturas angustiosas; ¿quién no cede sus bienes á trueque del perdón de sus pecados? ¿Quién no prefiere la mendicidad de sus parientes ó familia á la prometida gloria eterna? ¿Y esto no se llava cotizar á precio vil, la mansión donde mora la Divinidad? Nosotros no participamos de esta verdadera engañifa: la conciencia de acuerdo con la palabra de Cristo, nos dice: *que para gozar de la presencia de Dios, basta practicar el bien con moralidad y no perjudicar á nadie.* La gloria no se ha hecho para los ricos solamente, aunque fueran malos, sino para todo ser racional que ejercita la virtud cristiana, sea pobre ó opulento. Esta digresión ha sido necesaria, para desvanecer la especie calumniosa, que se nos hecha encima, calificándonos de enemigos del pueblo, de la Religión y de la caridad; cuando defendiendo la justicia, defendemos al pueblo, cuya vida y esencia es; y defendiendo la verdad y el bien, defendemos la Religión

y la causa de Dios. No somos, pues, enemigos de la verdadera beneficencia, sino más bien sus más decididos defensores.

Reanudemos ahora el hilo de nuestra exposición, momentáneamente cortado.

Decíamos, que la confesión de *f 112*, había asegurado el triunfo de la Orden Tercera en este negocio, según el pensamiento del defensor; pero parece que el mismo sintió el desvanecimiento de esta idea, cuando aconsejó la transferencia del mandato a la H. Municipalidad. Esa confesión, pues, no fué sino un concepto erróneo en materia de derecho; y no puede ser, por consiguiente, alegada contra nuestra pretensión. El derecho se refiere siempre á la aplicación de la ley, y no puede ser objeto de prueba, por que corresponde tal función al Juez sólo.

En tono de triunfo definitivo, vos vuelve á citar el contrario el art. 538 del Código Civil, proclamando en alta voz la caducidad del testamento que sostenemos. Fingió no advertir: que este artículo se refiere al 481 del mismo; el cual habla de los testigos, que se han de presentar ante el Juez competente, para que examinándolos declare el testamento abierto ó nuncupativo, por tal testamento, y mande se protocolice. Según el art. 570 de la compilación, referente á la atribución 7ª, art. 229 de la ley de organización judicial, el Juez que debe intervenir en este procedimiento, es el instructor. Ante este Juez competente, declararon los cinco testigos, que exige la ley para la aprobación del testamento oral; figura entre éstos el testigo Martin Almasán. ¿Fra nester; que éstos, vuelvan á declarar dentro de este juicio ordinario, sobre los mismos puntos del testamento, que absolvieron ante el Juez competente sin oposición alguna? Hemos demostrado hasta la evidencia misma, no sólo con la disposición clara de la ley que hemos citado, sino con la jurisprudencia práctica que hemos invocado: que es innecesaria la ratificación, dentro de otro juicio, de las informaciones recibidas, sin oposición, por un juez competente; con sólo presentarlas ú ofrecerlas dentro del juicio ordinario, como lo hemos hecho ya,

sirven de prueba, con toda la eficacia que el derecho las confiere; si las declaraciones ratificatorias de cuatro de nuestros testigos, no nos hacian falta ninguna ¿qué perjuicio ha podido ocasionarnos la no ratificación del testigo Martín Almasán?—Ninguno, absolutamente ninguno. Ha pretendido el contrario sorprender al juzgador, confundiendo é involucrando dos jurisdicciones distintas. Ha querido persuadirnos, que se trataba recién de la comprobación del testamento verbal, y que el señor Juez de Partido podia intervenir en este procedimiento, so pretexto de conocer este juicio ordinario; cuando dicho testamento, estaba ya comprobado con actos judiciales consumados; y cuya autenticidad, está ya libre de toda discusión y de toda controversia jurídica. Conclúyese de lo dicho: que no se ha ofrecido caso ninguno, de sustituir al referido testigo Martín Almasán con José Santos Jimenes. Esta consecuencia lógica, ha desvanecido por completo la esperanza, que abrigaron los defensores del testamento cerrado, de ver envuelto el nuncupativo en la caducidad más manifiesta.

En cuanto á la tacha de los testigos, Benjamin Almasán, Gregorio Alfaro y Pascual Cabezas, á más de ser extemporánea, por que no se la opuso ántes de sus deposiciones ante el Juez Instructor, no se halla legalmente justificada; ni nuestras observaciones á este respecto, han sido combatidas debidamente.

### § V.

Vuelve á la carga el enemigo, con la arma destruida de la falta de fecha en el otorgamiento del testamento verbal, no obstante estar indicados en él, el mes y el año.

No hay mayor ignorante, que el que no quiere entender: se le ha dicho, que el artículo 25 del Código Civil y el 185 del Compilado, se refieren á instrumentos *notariados*, nó á cualesquiera otros; que la data en un testamento oral es lo accidental; lo esencial es su contenido, su efectividad misma. Pero, contra-replica y di-

ce: que las disposiciones citadas, se refieren á todos los instrumentos en general; y el testamento de palabra es instrumento; que la fecha es esencial en todo instrumento &. A fin de arrancarle de su aferramiento á viva fuerza, y disipar de una vez con los rayos de la verdad, la nube dorada de su ilusión, nos vamos á permitir ampliar en este orden nuestros conceptos ya emitidos en otra parte.

El notable jurisconsulto Sr. Terrazas, al comentar el art. 25 del Código Civil, principia la nota con las palabras que siguen: «Esta disposición y las demás del capítulo, se refieren á los *actos notariados*, más bien que á los instrumentos del estado civil &».

Aún en la hipótesis, de que esta disposición comprendiese todos los instrumentos en general, no por eso alcanzaría al testamento oral; por la sencillísima razón de no ser instrumento en su origen, sinó una serie de palabras, cuyo contenido se ha confiado á la memoria de los testigos. *Instrumento*, según nuestra legislación y definición de autores del derecho civil, es *todo documento escrito*, que sirve para hacer constar un hecho; el testamento de palabra, por su propia naturaleza, excluye toda escritura ó todo papel escrito; luego, el art. citado no comprende en su disposición á este acto de voluntad, manifestado por palabras. El art. 185 del compilado, al hablar de la rotura de fechas, salvamento de erratas por el notario, cancelación de nombres etc., se refiere exclusivamente á escrituras notariadas; concedo más, á documentos escritos; pero nunca á testamentos *in voce*; absurdo sería, de lo contrario, pensar: que la data, nombres, erratas y enmendaturas de los *dictados o oles*, puedan romperse, cancelarse, salvarse en notas etc.; afirmar esto, sería perder el sentido común; por que la palabra ó la voz articulada, no puede romperse como un papel.

Según el espíritu del art. 176 de la Compilación, ni las informaciones ó atestaciones escritas son instrumentos. El artículo 177 y siguientes de la misma con el epígrafe de "Instrumentos," se refieren exclusivamente á escrituras públicas y privadas; de manera que, no todo pa-

pel escrito es un instrumento, en el sentido riguroso de la ley; y si la Peralta hubiera escrito una cédula ó pequeña memoria sin fecha, pero que la hubiera manifestado á los testigos, expresando que contenia su voluntad última, habría tenido valor legal como testamento de palabra.

Nuestra ley, artº. 482 del Código Civil, no exige para su validez, la constancia precisa de la fecha de su otorgamiento, sino solamente la prueba por la mayoría de los testigos, de su contenido en cuanto á la sustancia.

Escriche, Caravantes, Tapia y otros intérpretes, de claran: que la virtud y la eficacia del testamento otorgado de viva voz, consisten *esencialmente* en la abierta ó patética manifestación de la voluntad del testador, ya la enuncie *oralmente*, ya por la lectura de un papel, cédula, apunte ó memoria, para que todos los asistentes la entiendan y recuerden etc.; que en la petición para la comprobación de esta clase de testamentos, el interesado expresará. . . . el día, hora y lugar en que se hizo (*siempre que se acordase*). Esto, quiere decir, que no es esencial la constancia de la fecha; y no hay ley que declare expresamente nulo el testamento oral, por falta de esta circunstancia tan accidental. La razón natural nos dice también: que no estando los testigos obligados á recordar precisamente el instante en que se manifestó la voluntad última, ya por el transcurso del tiempo, ya también por la fragilidad de la memoria; y no estando tampoco en el deber imprescindible el testador de expresar ante los testigos el minuto, hora, día, mes y año en que dispuso de sus bienes, la falta de declaración de la fecha precisa, no puede en manera alguna comprometer la validez del testamento

Ese pobrisimo é insignificante argumento, de que el testamento cerrado no puede revocarse por un testamento abierto, ya lo refutamos amplia y satisfactoriamente en otra parte. No puede haber duda alguna acerca de que, el testamento *solemne*, cual es el cerrado, puede revocarse por otro igualmente *solemne*, cual es el abierto ó nupciativo. En la especie, se ha llenado per-

fectamente el voto del artº. 532 del Código Civil.

§ VI.

El H. Concejo Municipal, al sostener su demanda de tercera excluyente, demuestra con brillo y nubesia, *f. 190*: que la Tercera Orden, como institución paramente religiosa, carece de personalidad jurídica para ejecutar el testamento de Trinidad Peralta; que él, como poder procomunal, reconocido por las leyes del Estado, tiene potestad perfecta para administrar los bienes de la testadora y aplicarlos al objeto á que fueron destinados. No obstante ésto, y no nos explicamos, por qué aberración ó error funesto, el H. Ayuntamiento verifica el negociado de *f. 260*; por el que, admite el endoso que le hace la Tercera Orden de su impersonería jurídica, y desiste de su tercieta; renunciando así derechos propios, por quedarse con litigiosos. Cuando comprendimos, que el Municipio se apartaba de la manera más inconciente de su acción propia y aceptaba, por transferencia, el mandato testamentario, tan combatido por nuestra parte y por parte del mismo Municipio, a causa de su nulidad, nos apresuramos á aceptar esta destrucción del derecho municipal y consentir en la sustitución del poder ó mandato, á todas luces nulo. Se engaña nuestro adversario al imaginarse, que por el sólo hecho, de la aceptación, por nuestra parte y aprobación judicial de la sustitución merituada, el mandato dejaba de ser nulo; sea tanto como querer, que el menor mandatario, la mujer casada administradora de bienes sin permiso marital, el mayor inhabil sin curador, pudiesen revalidar su impersonería con sólo transferirla á otra persona con aprobación judicial y consentimiento de partes. Como son cuestiones que afectan al orden público, no pueden ser materia de convenciones particulares, ni el Juez puede declarar válido lo que la ley califica de nulo. De aquí se infiere: que si la Tercera Orden carece de capacidad jurídica para ejecutar el testamento de la Peralta, el H. Concejo Municipal que la representa para el mismo objeto, carece

también de la misma capacidad; si el mandato fué nulo en su origen, nulo tiene de ser por más que se sustituya ó transfiera un número infinito de veces. Este argumento es matador; el error está consumado; la repudiación del derecho propio, y la aceptación del ajeno impropio é irrito, son irrevocables; el mal no tiene remedio, por más que el defensor contrario invoque el poder de Dios, de la Religión, del pueblo y el de las influencias de la H. Corporación. Los bienes de la Peralta no serán de la Municipalidad, sino de los herederos testamentarios; por que así lo quiere la *Justicia*, por que así lo manda el mismo Dios, cuya emanación es aquella; y por que así lo ha dispuesto la soberana voluntad de la testadora.

En cuanto á la nulidad del testamento cerrado, por falta de formalidades en su apertura, queda en pié; por que nuestro contendor no ha podido desvanecerla. Los testigos, Isidoro Games y Mariano Espinosa, no fueron buscados por el actuario para su comparecencia y asistencia á la apertura del testamento cerrado, su ausencia se ha afirmado en el acta, sin justificativo alguno; no han declarado los testigos, que aquellos estaban ausentes. No se hizo el reconocimiento expreso del pliego y cerraduras, como lo manda el artº. 479 del Código Civil. El actuario no extendió el certificado de que que habla el artº. 598 de la Compilación. No se recibieron las informaciones de los testigos, como lo prescribe el artº. 597 referente al § II. C. 7º. T. 3º., L. 1º. del Procedimiento Civil Compilado. No se les tomó el juramento y declaraciones uno por uno, como lo estatuye el artº. 200 del mismo Procedimiento, dirigiéndoles las generales de ley etc.. Estas omisiones han determinado la nulidad de ese famoso testamento cerrado.

## § VII.

En el curso de este debate habrá notado Ud., Sr. Juez, que no hemos dejado sin refutación amplia un sólo punto, por insignificante que nos haya parecido, del cúmulo de argucias que el contrario nos ha pre-



sentado

Más, ¿que ha hecho por su parte nuestro colidante? —Hagámosle justicia: ha hecho cuanto ha podido; ha agotado todas sus fuerzas, en la lucha decisiva en que se ha visto comprometido; ha empleado cuanto medio pudo haber á las manos, para la defensa desesperada de sus pretensiones. Y cuando más no ha podido, ha hecho lo que hace todo el que se vé perdido en la contienda: volver las espaldas al enemigo, abandonar el campo y verificar una retirada desastrosa.

Con efecto: después de haber tocado en su réplica algunas cuestiones accidentales de nuestra defensa, aunque con mala suerte, ha dejado á un lado puntos esenciales: ha pasado de largo, sin dignarse mirarlos ni siquiera de través. No exajeramos, hé aqui las pruebas; no ha dicho esta boca es mia, ni escribo *cálamo corriente*, acerca de las importantísimas cuestiones que enumeramos: 1<sup>a</sup>., nulidad de la cláusula fideicomisaria; 2<sup>a</sup>., cambio repentino de ideas y manifiesta contradicción de conceptos en los defensores del testamento cerrado, en lo relativo á la incapacidad jurídica de la V. Orden Tercera de Sn. Francisco de Asís; 3<sup>a</sup>., la circunstancia, de no haber sido necesaria la ratificación de los testigos testamentarios, dentro del presente juicio; 4<sup>a</sup>., el esencialísimo punto de derecho, de que el testamento oral comprobado y protocolizado sin oposición alguna, no puede constituir en juicio posterior y ordinario, materia de controversia judicial; puesto que para ésto, es ineludible la iniciación de contención ante el juez instructor.

¿Porqué no han merecido el honor de ser contestadas y refutadas estas proposiciones?—Por la razón muy sencilla de ser *incontestables, irrefutables é incontrovertibles*.

Concluimos ya, manifestando: que hemos demostrado y evidenciado, con la claridad de la luz en pleno día: que ese desgraciado testamento cerrado es nulo por triple motivo: 1<sup>o</sup>., por haber mediado en su otorgamiento una violencia moral; 2<sup>o</sup>., por falta de solemnidad en su

apertura y protocolización; 3º, por estar legalmente revocado por el que sostenemos.

Quedamos ahora en espera del fallo de la justicia: lo esperamos con la tranquilidad de la conciencia del que llena su deber, defendiendo los fueros de la ciencia de lo justo y de lo injusto. El Juzgador conoce felizmente su sagrada consigna: sabe, que «hade hacer prevalecer los derechos del más débil sobre el más fuerte; no ignora, que es autoridad tutelar, órgano y sacerdote legítimo de la ley; entiende, que es la que asegura al hombre con su égida protectora, su libertad, su fortuna, su existencia misma, al paso que conserva el orden, la paz y la prosperidad públicas.»

Tarija, Marzo de 1906.

*Hermógenes Acilés.*

*Daniel Alvarez.*

