

8454

ESTUDIOS JURÍDICOS

---

# INSEGURIDAD TESTAMENTARIA

ARTÍCULOS 688 Y 760 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

FOR

JOSÉ CASTILLEJO GUTIÉRREZ

DOCTOR EN DERECHO,

ABOGADO EN EJERCICIO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID, ABOGADO FISCAL SUSTITUTO

DE LA AUDIENCIA DE ESTE TERRITORIO Y ACADÉMICO NUMERARIO

DE LA REAL DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

---

MADRID

E. FERNÁNDEZ SANZ

Concepción Jerónima, 31.

1999

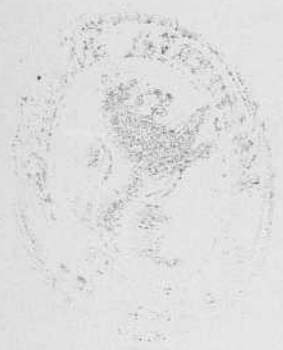
54

0.

8754

# INSEGURIDAD TESTAMENTARIA

AMERICAN TECHNICAL



ESTUDIOS JURÍDICOS

---

# INSEGURIDAD TESTAMENTARIA

ARTÍCULOS 688 Y 700 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

POR

**JOSÉ CASTILLEJO GUTIÉRREZ**

DOCTOR EN DERECHO,

ABOGADO EN EJERCICIO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID, ABOGADO FISCAL SUSTITUTO

DE LA AUDIENCIA DE ESTE TERRITORIO Y ACADÉMICO NUMERARIO

DE LA REAL DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN



MADRID

**E. FERNÁNDEZ SANZ**  
Concepción Jerónima, 31.

1899



## I.

La frase que encabeza este modestísimo trabajo, sintetiza una desconsoladora realidad en cierto orden de ideas del derecho civil español, y tendrá un alcance y trascendencia extraordinarios en la legislación de cualquier país, siempre que se trate de determinar algo tan importante para el orden jurídico social, como la facultad de disponer el hombre, para más allá del sepulcro, de todo aquello que constituyó en vida, su bienestar y su fortuna, se preocupe también de librarle, en tan críticos momentos en que la inteligencia se nubla, y el espíritu desfallece, de los peligros en que el estado de debilidad física y de abatimiento moral del que entonces mira cara á cara á la muerte puedan colocarle, y de las flaquezas de la edad y de las sugerencias y hasta de las violencias que sobre él puedan ejercer las personas que le rodeen.

Uno y otro aspecto lo son evidentemente de la facultad de testar, cuerpo y alma, espíritu y materia, sin los cuales la testamentifacción activa no puede darse, cualquiera que fuere la situación en que se encontrare el que testa, pues ni basta que él, por sí mismo legitime lo que ha de hacer volviendo los ojos ha-

cia la eternidad, ni tampoco la ley ha de ser tan tirana ni tan desconsiderada, que, prescribiendo fórmulas cerradas y difícilísimas, para que el hombre otorgue su última voluntad, ha de convertir en una barrera infranqueable lo que siempre tuvo que ser instrumento de civilización y de progreso; antes bien, confundándose y compenetrándose ambos aspectos, respondiendo siempre el uno á las necesidades sentidas por el hombre y asimilándose el otro las garantías que, para su seguridad y su libertad, le dán las leyes, han de formar un todo armónico, uniforme, suave, que, al ajustarse á los deseos é inclinaciones de cada pueblo, ha de proporcionar también á los testadores aquella placidez de alma y aquella serenidad de espíritu, necesarias para tan solemne acto.

Nada hay tan sublime como el testador que, convenciéndose de la pequeñez de su ser, de lo contingente de su existencia y de la grandeza de su Creador, siente brillar la luz purísima de una nueva vida, y reconcentrando sus recuerdos, suma voluntades, multiplica afectos y cariños y todos los simboliza en un documento que otorga, en un papel que escribe, en unas palabras que balbucientes se escapan de sus lábios; esta y no otra es la razón de que la facultad de testar tenga una reglamentación más fuerte que la establecida para disponer á título oneroso, del cual siempre acaba el hombre por estar defendido por su interés particular que le inclina á pretender recibir lo equivalente de lo que dá,—como dice Dallóz—pero entendiéndose que dicha reglamentación, más bien que á coartar, tiende á favorecer tales sentimientos generosos, en provecho de las mismas partes interesadas.

Esta reglamentación no es más que la forma externa de manifestarse el derecho del hombre á disponer de



sus bienes, no es más que una resultante de la fuerza moral que le aferra y le sujeta á la propiedad dándole una sensibilidad exquisita, que no se produce únicamente por una pasión ordinaria, según la naturaleza especial del temperamento y del carácter del individuo, sino que una causa moral obra en ella; así por ejemplo: si el origen histórico y la justificación moral de la propiedad, es el trabajo, fuente inagotable de virtudes, no sólo el material de los brazos, sino el de la inteligencia y del talento, fuerza es reconocer no solamente al obrero, sino también á su heredero, un derecho al producto de su trabajo, pues ambos en esta lucha de la vida lo han conquistado victoriosamente; el primero con el pensamiento puesto en el segundo, y éste recibiendo con la herencia un depósito aun más sagrado, que es el del trabajo, que tan obligado está á guardar y acrecentar como el otro.

Por el trabajo se santifica el hombre, por el trabajo se agrandan los pueblos, por el trabajo se agiganta la civilización; «el trabajo» se une «al capital» como fuente de riqueza, y dá motivo á que los más brillantes economistas esgriman sus plumas escribiendo principios de regeneración y de cultura, que en tan alta estima deben tener siempre los ciudadanos: el trabajo y el capital son el emblema de la propiedad, que, á través de tantos siglos, ha venido riñendo lucha tan estrecha como la que también riñeron la abolición de la esclavitud, de la servidumbre, la libertad de la industria, la libertad de la conciencia; y si tanto le ha costado á la propiedad llegar á ser reconocida, porque el derecho es como Saturno, devorando á sus hijos, que no le es posible renovar nada si antes no rompe con el pasado ¿cómo es posible no reconocer á esa propiedad, á ese trabajo, á ese capital tan gallardamente ga-

nado, el criterio de expansión que necesita, completando el dominio con la facultad de disponer por muerte de los bienes?

Tres grandes pensadores han dicho: Thiers, «que la propiedad no produce todos sus efectos, los mejores y más fecundos, sino á condición de ser completa, personal y *hereditaria*»; Leibnitz, «que el fundamento de la facultad de testar, estriba en la inmortalidad del alma» y Robespierre, «que no tiene el hombre derecho á disponer de la tierra que ha cultivado, para cuando él mismo quede reducido á polvo»; pero esta última afirmación se halla desmentida por el testimonio de la Historia, que nos muestra cómo los hombres han hecho uso de la facultad de disponer de sus bienes para después de la muerte, aun desde antes que hubiera ley alguna que lo autorizase y buena prueba de ello ofrece la historia de la Iglesia, en el hecho de referir las «Sagradas Letras» de Abrahám; que, estando para morir, dejó todos sus bienes á su hijo Isaac, y así consta en el capítulo 25 del *Génesis*, versículo 5.º; y entre otros ejemplos de la historia profana, puede ser citado, al que alude Tito Livio en su libro I, década 1.ª, asegurando que Tarquino fué instituído heredero por su padre, dejando á otro hijo póstumo fuera de la herencia.

No voy á buscar en estas deshilvanadas cuartillas el origen filosófico y el origen histórico de esta facultad, tal como debiera buscarse, aquilatando primero el valor de cada una de las escuelas filosóficas que la han afirmado ó la han negado, y siguiendo con atención después el interesante desenvolvimiento que el derecho de propiedad ha venido teniendo en los pueblos, principalmente en el romano y el germano, verdaderos nervios impulsores del derecho establecido posteriormente en las naciones modernas, ya que tal proceso

bastaría por sí solo para la confección de otra Memoria aun más extensa que ésta; cúpleme tan solo dejar sentado en cuatro rasgos, que la propiedad es casi tan antigua como el hombre, que constituye la satisfacción de una de las necesidades más vivamente sentidas en la vida, y que la facultad de disponer para después de la muerte, es uno de los derechos más grandes y más legítimos, y á la par ha tenido, hasta la presente, un abolengo más ilustre en todas las legislaciones.

Y sentado esto, como premisa necesaria para el desarrollo del tema *Inseguridad testamentaria*, creería que faltaba al respeto debido á nuestras más sabias y seculares Leyes, si no apuntara el admirable precepto de la Ley 1.<sup>a</sup>, título 1.<sup>o</sup> de la Partida VI que, para definir la facultad de que vengo hablando, dijo que «*es una de las cosas del mundo en que más deben los omes haber cordura, quando lo fazen por dos razones: la una porque en ellos muestran qual es su postrimera voluntad; e la otra porque despues que los han fecho si murieren, non pueden tornar á enderezarlos.*»

La primera cuestión con que tropiezo, al entrar en materia, es la de determinar lo que verdaderamente se entiende por «autenticidad testamentaria», idea íntimamente ligada con la de la «inseguridad» pues claro es que esta última ha de tener siempre menos ocasión de saltar, cuando la autenticidad cuente con el mayor número de garantías; se dirá que no hay medio más seguro de garantizar la autenticidad, que el obtenido por la fe notarial, pero aparte de que en esta especie de testamentos no me he de ocupar, diré también que precisamente el mezclar la fe notarial, cuando de la autenticidad testamentaria se trata, engendra uno de los problemas más árdulos y con más calor dis-

cutidos por los jurisconsultos, cada vez que de una y otra se ha hecho mención, pues esta no es más que la batallona cuestión de distinguir entre el *testamento* propiamente dicho como voluntad, como disposición *mortis causa* y el *instrumento* en que está contenido, puramente como tal instrumento, pues las solemnidades requeridas para el primero afectan solo á la idea capital de la «validez» del acto testamentario, y las del segundo á las de la «autenticidad»; es decir, que puede ser muy auténtica, muy exacta la disposición contenida en un instrumento público, pero puede no ser válida, no constituir la expresión espontánea y legítima de la voluntad del testador; y á su vez apareja esta contienda otras no menos importantes, como la del «testamento ológrafo» y el «testamento *in extremis*», en los cuales la autenticidad de la voluntad, es el todo.

Covarrubias, que es uno de los autores que más se ajustan á la significación propia y genuina de las palabras, afirma que los instrumentos pueden ser de tres clases: *auténticos*, *públicos* y *privados*. Entiende por «auténtico», el que vá suscrito por la firma y el sello del Rey, los Arzobispos, Obispos, Prelados, Duques, Condes, Marqueses, Maestrés de las Ordenes militares y otros grandes señores, y los Cabildos, Universidades y Consejos, y sostiene que recibe tal nombre, porque está autorizado por el mismo que lo hizo, y contiene un hecho privativo suyo y no ajeno. Y porque por él, y no por un tercero, tiene autoridad cierta; de donde se deduce que la legítima definición de lo auténtico, está contenida en esta última parte del párrafo, donde dice «*que por él y no por un tercero tiene autoridad cierta*», pues todo lo que antes dice de los magnates y corporaciones, hace depender la autenticidad de la ca-

lidad de la persona ó corporación, y no de la circunstancia especialísima de estar autorizado el documento por la misma mano que lo hizo.

Esta confusión aumenta con la lectura de la glosa 1.<sup>a</sup> de Gregorio López, á la Ley 1.<sup>a</sup>, título XVIII de la Partida 3.<sup>a</sup> en que, haciendo caso omiso de la significación etimológica de la palabra, asegura que los instrumentos auténticos se clasifican en tres grupos: primero, los que hacen fe por sí mismos y no requieren ningún otro adminículo para su validez, como son las cartas ó documentos que llevan estampados el sello auténtico del Rey ó de Arzobispo, Obispo, Cabildo, Abad bendito y demás personas que numera la Ley 114 del mismo título y Partida; segundo, los que están hechos ó confeccionados por cualquier oficial ó funcionario en los asuntos pertenecientes á su oficio, y tercero, los documentos procedentes de archivo público, como los libros censuales, libros de actas, estatutos, etc., los cuales hacen fe entre los hombres de aquel territorio, entendiendo también por escritos auténticos los que llevan mucho tiempo de observación y están confirmados por la autoridad de muchas personas ó por la costumbre del lugar.

La confusión nace, indudablemente, de que tanto la ley como la glosa, refiérense á la autenticidad de las escrituras, y no á la del acto ó manifestación á que las mismas sirven de prueba, y por eso es más aproximada la distinción de Febrero, entre el «instrumento auténtico» y el «instrumento público», diciendo que el primero está autorizado por el mismo que lo hizo, y el segundo, por persona en quien resida autoridad; contiene aquél un acto privativo suyo y éste cosas ajenas que pasan á su presencia, todo lo cual ha dado lugar á creer que no hay más testamentos auténticos que los

otorgados ante notario, redundando, al cabo, en el error de hacer consistir la autenticidad, no en las solemnidades y garantías del acto en sí, sino en las del documento en que se consignan.

Savigny, por otra parte, en su notabilísima obra *Sistema del Derecho Romano*, sostiene, de un modo categórico, la imprescindible necesidad de que ciertos actos revistan formas precisas y determinadas para su validez, pues dice que las manifestaciones de la voluntad, son aquella clase de hechos jurídicos, que no sólo son actos libres, sino que, según la voluntad del agente, tienen como fin inmediato engendrar ó destruir una relación de derecho.—*Totum autem jus, consistit aut in adquirendo, aut in conservando, aut in minuendo*, según Ulpiano,—debiéndose distinguir tres linajes de elementos en esos hechos: «la voluntad en sí misma», «su manifestación» y «la conformidad entre estos dos términos». *Manifestación*, es el acto que traduce el hecho interno, en caracteres exteriores y visibles, y puede ser formal ó no formal, expresa ó tácita, real ó ficticia, ó lo que es lo mismo, resultado de una ficción legal; se entiende por *manifestaciones formales*, aquellas cuya eficacia procede de la observancia de ciertas formas, admitidas exclusivamente como expresión de la voluntad, llamándose «formales» porque sus accidentes están, invariablemente, determinados por el derecho positivo, en tanto que para las manifestaciones no formales, dichos accidentes ó formas, quedan abandonados al arbitrio de las partes.

Por tanto, de este punto es de donde arranca, en realidad, la distinción admitida entre el «testamento» propiamente dicho y el «instrumento» en que está contenido; refiriéndose las solemnidades del primero á la idea capital de la validez, y las del segundo, á la de

la autenticidad, y precisamente porque en los testamentos verbales no hay instrumento, hasta que se eleven á escritura pública, es por lo que se hace más imperiosa la necesidad de que, en el acto del otorgamiento, no se prescinda de la primera de esa clase de solemnidades; y este es al mismo tiempo el más grave defecto del testamento ológrafo, pues en estas disposiciones testamentarias, hechas á solas y con escasa garantía de autenticidad en las leyes, se halla la voluntad del testador expuesta á toda suerte de peligros, llevando la inminencia de éstos una grandísima perturbación al avance que los legisladores han dado en este régimen novísimo de la facultad de testar.

Los escritores modernistas, por otra parte, no han llegado á resolver esta dificultad de asegurar «la autenticidad de la voluntad testamentaria» con sus recientes y brillantes obras, á pesar de creerse por muchos que con ellas capitanean toda la metamorfosis y desarrollo de las nuevas ideas que comienzan á palpar en el derecho civil, como antes ya palpitaron en el penal y en el político; las viejas doctrinas parecen derrumbarse en sus libros ante su empuje, y sus alientos llegan ya á todo el mundo civilizado, abriéndose paso en arrogante marcha con todas esas publicaciones de que pueblan nuestras librerías y bibliotecas, Italia, Francia y Alemania, y aun la parte pequeñísima con que contribuye España; si de tan interesante materia se hubieran ocupado, desoir su voz hubiera sido cerrar los ojos á la realidad, si bien para escucharla, como grito de conquista y de progreso, habría que haber empleado todo el tiento y mesura que tan delicado caso requiriere.

Enrique Cimbali y José D'Aguzzo, dos italianos ilustres, han dado hace poco á la estampa dos obras

que hoy se leen con afán en todos los bufetes; titúlase la primera: *Nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, y titúlase la segunda: *Génesis y evolución del Derecho civil, según los resultados de las ciencias antropológicas*.

Cimbali estudia bajo un aspecto de gran crítica jurídica, aquellas instituciones de la legislación de su patria, que, á su juicio, no responden á las verdaderas necesidades de la sociedad moderna, para indicar los términos y la dirección en que convendría modificarlas, y plantea, por último, el problema del empleo del método racional, en la distribución de las materias, que deben formar parte de un futuro Código de derecho privado social, que, abriendo un nuevo curso, abra también ancho campo á las especulaciones científicas.

D'Aguzzo afronta este problema con más valentía y de un modo más radical; se provee de un arsenal de obras científicas, filosóficas y jurídicas, y con citas de los más frescos adelantos de la antropología, geología, paleontología y paleontología, viene á sostener, en una gran síntesis, que la sociedad es un gran organismo, regido por leyes semejantes á las que gobiernan todo el mundo orgánico; estas leyes, á pesar de ser tan variadas y tan múltiples, se reducen á dos importantísimas, y estas dos son: una «la herencia» y otra «el ambiente»; añade también que el derecho, como fenómeno psicológico, pertenece al campo de la psicología «experimental», y como fenómeno social al de la sociología científica, sirviéndole de base estas dos afirmaciones para deducir una consecuencia tan atrevida como la de sostener que su estudio, como parte del antropológico, corresponde al orden de los conocimientos que se adquieren fácilmente, por medio de la observación.

No duda tampoco en acusar al método puramente



subjetivo de las antiguas escuelas filosóficas, como responsable de todos los vicios y defectos de que adolecían las máximas y principios de antaño, sobre todo, por haber criado al derecho y á la antropología científica en otro terreno que no era el suyo; y no era el suyo—dice—porque no era el obtenido sobre «los hechos», sino solamente el obtenido sobre «las entidades hipotéticas», de todo lo cual concluye, que, por haber respirado hasta ahora esta atmósfera insana y viciada, es necesario variar radicalmente el rumbo de los estudios jurídicos y fundar en bases totalmente nuevas, la legislación de las naciones que quieran llegar á un cuarto período de civilización, en el que por virtud de las soluciones categóricas é incontrovertibles del antropologismo, queden resueltos definitivamente los problemas jurídicos y sociales, relativos á la verdadera igualdad, constitución de la familia, derechos de la mujer, matrimonio, divorcio, propiedad, expropiación, sucesiones y condiciones del trabajo.

57 Mas la piqueta de D'Aguanno, que por lo visto no parecía querer dejar títere con cabeza, como vulgarmente se dice, al llegar al «derecho de testar», se ha detenido ante muro tan sólido y tan fuerte como éste, sin que haya podido averiguarse si la resistencia del muro ó la poca fortaleza de la piqueta, han sido causa de que cegado, acaso, D'Aguanno, por la polvareda que, al discutir su fundamento, levantaron los metafísicos, volviera la cabeza diciendo de un modo general, pero sin concretar ni detallar nada, que la «testamentación debe limitarse, pero no suprimirse». Esta duda y esta vacilación, tienen sin embargo una explicación sencillísima; el derecho de disponer de los bienes es tan fundamental, rodea de tal modo con sus tentáculos á todos los actos y manifestaciones de la vida,

que, como decía al principio, ha sido imposible prescindir de él, desde los tiempos más remotos hasta la fecha, y aun será más difícil el prescindir de él, en adelante.

Lástima grande es, pues, que la brillante escuela italiana no haya profundizado más en el derecho de testar, eje importantísimo de toda legislación civil, que tan gran palenque ofrecía á las miradas del pensador, ya para defenderlo de los ataques injustos que le ha dirigido la escuela socialista, esgrimiendo en contra de ésta, armas tan poderosas como la de los afectos y lazos de familia que estimulan el ahorro para el futuro bienestar de la prole, y como la de la misión que tiene la ley de recoger en la sociedad los alientos y necesidades de la naturaleza humana, para conseguir con todo ello que se proclamase la perpetuidad del derecho de propiedad, simbolizado por la perpetuidad también de la facultad de disponer, y más particularmente para resolver de una vez y para siempre, aquella cuestión de la autenticidad de la voluntad á que vengo haciendo referencia.

La trascendencia que en la esfera de la realidad puede tener la falta de autenticidad, es inmensa, sobre todo cuando nos encontramos en presencia del «testamento ológrafo», que permite, consiente y sobre él legisla nuestro Código civil en su artículo 688 y sus concordantes, y cuando este mismo Código autoriza también el «testamento hecho á última hora y ante testigos» en su artículo 700; poniéndonos á todos en grave aprieto ambos preceptos para resolver las dudas, las vacilaciones y los verdaderos conflictos á que su interpretación puede dar ocasión, bien cuando queramos convencernos de que un testamento de cualquiera de aquellas dos especies es válido, ó bien cuando conven-

cidos del fraude ó de la falsedad que lo ha engendrado pretendamos demostrar su falta de legitimidad; dos casos de triste recuerdo han servido ya otras tantas veces de ejemplo en la vida de los Tribunales madrileños, para patentizar tan grandes vacíos; en uno de ellos se instruyó un proceso escandaloso en que hasta la Magistratura fué puesta en la picota; en otro, el Tribunal Supremo decidió en casación un pleito ruidoso, que varias veces apareció en la prensa con el título de *Herencia de la Reina*.

De todos modos, y sea cual fuere la jurisprudencia, dos grandes sombras han de manchar siempre el testamento ológrafo y el verbal ante testigos, por grande que sea la lealtad con que se proceda por los parientes del testador y por exquisito el escrúpulo con que se instruyan los expedientes de protocolización; el testador que escribe su última voluntad en un pliego de papel sellado y le guarda en un mueble, sin decir más que lo que, por ejemplo, diga la cubierta del sobre: «Este es mi testamento», ¿no está expuesto á que una mano criminal, que después de muerto el testador, lo encuentre, lo haga desaparecer ó lo inutilice, borrando de este modo la débil huella que dejaran sus últimas disposiciones?; y aquel que, hallándose en peligro de muerte, se vé en la necesidad de tener que testar ante cinco testigos ¿no está también expuesto á que los testigos se hagan los sordos y no quieran decir después nada de lo que el testador haya dicho ú omitan alguna de sus más importantes y capitales disposiciones?

¿No es todo esto motivo bastante para que la pluma menos experta y el leguleyo de más cortos alcances, puedan, sin duda alguna, hablar y escribir de *Inseguridad testamentaria*? Porque todo aquel que, sentado en su su bufete, abra el Código civil por sus artículos 688 y

700, y clave en ellos la mirada, no podrá ya después apartarla si no es brotando en su cerebro la sombra de la duda y la obscuridad de la sospecha, pensando en los grandes peligros que corren las voluntades testamentarias de tal clase, y las no menos chicas asechanzas que aguardan á los testadores, si como respuesta para todo, si como argumento Aquiles, no ha de oponerse más que la prosa fria y sin alientos, de unos cuantos renglones de los artículos de la ley, y la jurisprudencia vacilante unas veces y enérgica otras, de un alto tribunal de justicia.

Ya se sabe que la ley escrita no puede ser casuística, no puede ceñirse de tal modo á la realidad, que sea el molde de esta, ni tampoco es capaz nunca de sentir las palpitaciones de la opinión; por eso para todo aquel que, pretendiendo buscar el fundamento de un precepto, investigando su razón filosófica y práctica, quiera á la vez que criticar y comentar este precepto, penetrar en el criterio que presidió al juzgador, para dictar una ú otra resolución en determinados casos, preciso le será buscar el origen legal de tal precepto; primero descendiendo de un lado hasta los últimos escalones de las fuentes jurídicas, ó sea hasta «la costumbre», verdadero punto inicial de toda institución de derecho; elevándose, de otro, á la esfera puramente especulativa en que pensadores y jurisconsultos han discutido la bondad y la pureza de la doctrina, y siguiendo en todo ello al compás de la Historia, el proceso de la institución ante las leyes del tiempo y del espacio.

¿Es que el legislador no puede nunca equivocarse? ¿No se habrá apartado alguna vez de la realidad, estampando en las leyes instituciones y teorías que jamás debieron estamparse, ó si creyó necesario estamparlas, debió hacerlo, sabiendo el pueblo para quien

legislaba, teniendo en cuenta todos los vicios y cualidades de su naturaleza; acordándose, en una palabra, de todo aquello que en conjunto podría llamarse «neurosis nacional»?

El juzgador por otra parte ¿adquiere por tal título el dón de la infalibilidad? ¿Son únicamente los Tribunales de justicia los encargados de formar el criterio jurídico, obligándonos á todos á pasar por lo que ellos digan, y á pensar como ellos piensan?

Siempre tendremos que aceptar *legalmente* su criterio, cuando de la aplicación oficial de las Leyes se trate, pero queda todavía un campo más amplio que el legal, aún tiene que pasar el precepto por otros laboratorios más delicados, donde se analice al detalle; aún queda el rincón apartado del filósofo, la tribuna ilustre del catedrático y el bufete meritísimo del abogado, de los que con frecuencia salen vencidos magistrado y legislador y su derrota suele tener para ellos consecuencias tan funestas, y para el bien público atractivos tan grandes, que las Leyes se reforman, los principios se modifican y el nivel jurídico vuelve á su equilibrio estable.

Así pues, haciendo, como me propongo hacer, objeto preferente de esta Memoria el estudio de *las garantías para asegurar la autenticidad del acto testamentario*; huyendo por consiguiente de estudiar y considerar, ni mucho menos censurar, antes al contrario, respetar y enaltecer la forma secular y universalmente reconocida de otorgar testamentos abiertos ó cerrados ante el Notario, desenvolveré el pobrisimo fruto de estas vigili-  
as, haciendo girar mi pensamiento sobre los artículos 688 y 700 del Código civil vigente con todos sus concordantes que disponen y preceptúan las *solemnidades* con que han de otorgarse para obtener validez el «testamento ológrafo y el hecho de palabra».



## II

«El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad».

«Para que sea válido este testamento, deberá extenderse en papel sellado, correspondiente al año de su otorgamiento, y estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue».

«Si contuviera palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, las salvará el testador bajo su firma».

«Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma».

(Artículo 688 del Código civil vigente).

El origen etimológico de la palabra «ológrafo» está encerrado en dos griegas: *ολοε*, que significa «todo» é *γραφω*, que significa «escrito»; queriendo decir dichas palabras que el testamento ológrafo ha de estar todo él escrito por el testador.

Asegúrase por distinguidos literatos que el precedente científico del testamento ológrafo ya lo apuntó con gran sabiduría San Isidoro, en sus famosas *Etimologías* de las que, como es sabido, dedica un libro, el quinto, al derecho, con el título de *Legibus et temporibus*, y en éste se ocupa del testamento ológrafo diciendo: *Holo graphum testamentum est, manu auctoris totum conscriptum, atque subscriptum: unde et nomen accepit. Cræci enim totum literam dicunt*. (Capítulo XXIV, número VII). Que en sentido vulgar viene á decir que testamento ológrafo «es el escrito y suscrito por mano de su autor, de donde le viene el nombre».

Su origen histórico legal arranca de la Novela 107 de Justiniano, como *excepción* del testamento solemne, autorizado por la legislación romana, siempre que se otorgara *parentum inter liberos*—el padre entre los hijos,—condición expresa que más tarde reprodujo el Código de las Partidas.

La primera noción del testamento ológrafo la encontramos en los testamentos que el antiguo derecho de Castilla llamaba *privilegiados*, pues ya en el *Fuero Juzgo* disponíase en su ley 12, título V, libro 2.º, que *aquel que muera en romería, ó en hueste si oviere omes libres consigo escriba su manda, con su mano*, y más expresivamente la Ley 15 de los mismos título y libro, titulada *De olograftis scripturis*, decía que «*en los logares ú omne non puede fallar tantos testigos, cuemo manda la Ley, cada uno omne deve scribir su manda con su mano*» desarrollándose este concepto de la Ley al decir que el testador lo ha de escribir todo de su mano, expresando el día y año y firmándolo; que dentro de seis meses de la muerte del testador, y hallado el testamento, sea presentado al Obispo ó Juez y, averiguada su autenticidad, por el cotejo de otros escritos del testador, lo firmen, y valga. Y también encontramos otros dos preceptos de esta indole en el Código Alfonsino, uno que, refiriéndose al testamento de los militares, prescribía su libro 4.º, título I, Partida 6.ª: *E si por auentura seyendo en la hacienda, veyéndosse en peligro de muerte, quisiesse aquella sazón fazer su testamento, dezimos que lo puede fazer, como pudiere e como quisiere por palabra e por escrito. E aun con su sangre misma escriuiendolo en su escudo, ó en alguna de sus armas ó señalandolo, por letras en tierra ó en arena*, y otro el de que habla la Ley 5.ª, título I, Partida 6.ª aludiendo al testamento hecho ante el Rey, del



cual afirma que aunque no haya en él otro testigo que el monarca, valen tanto como los más solemnes, pues como asegura Gregorio López en su glosa á esta Ley, no cabe en tan alta persona ninguna sospecha de fraude.

Pero esta clase de testamentos cayeron bajo el peso de la Ley única del título XIX del «Ordenamiento de Alcalá» y la 3.<sup>a</sup> de Toro; la primera en cuanto á la generalidad de los requisitos que exige para los testamentos y la segunda, expresamente con las palabras *ahora sea entre los hijos, ó descendientes, ora entre herederos extraños*, excepto el militar que, lejos de amenguarse, adquirió mayor fuerza con la Real cédula de 24 de Octubre de 1878, extendiendo el privilegio no sólo á «en campaña» sino á «fuera de ella», hasta que las Leyes modernas han acabado por dejarlo también reducido á sus verdaderos límites.

El proceso, sin embargo, del testamento ológrafo, aparte de estas manifestaciones pasajeras y fugaces que encontramos á través de la historia de nuestra legislación, el verdadero deseo manifestado por el hombre en huir al consignar su última voluntad de toda suerte de trabas y requisitos legales, buscando amplitud y libertad, ofrece una larga y curiosa elaboración, que arrancando de las Leyes romanas, se fué deslizando sin ruido y sin aparato por razones históricas, de tradición y de momento en nuestro Derecho indígena, al trasladar primero los «codicilos» hechos á última hora; traducirse después en las «memorias testamentarias», y cristalizar más tarde con el derecho francés en el proyecto de Código civil español de 1851, para llegar al cabo á hacer del «testamento ológrafo» una Ley del reino, encajándolo definitivamente dentro de los preceptos del vigente Código de 1889.

Conocido es de todos el carácter que en la Roma primitiva tuvo el derecho de testar; allí se otorgaban primero los testamentos con las mismas fórmulas que las Leyes, considerándolos no como un modo de dar aplicación para después de la muerte á los bienes que se poseen en vida, sino la manera con que todo ciudadano podía perpetuar su nombre, como miembro integrante de la Gran República y para gloria de ella.

¿Queréis, ciudadanos—preguntaban al pueblo—que H. J. sea mi heredero? queriendo decirse con esto: ¿Queréis, ciudadanos que yo cuando muera, quede H. J. ocupando el lugar que yo ocupo entre vosotros, venga con vosotros á formar parte del estado de los caballeros y participe, como representante mío, de todos los privilegios de la clase? Este era el testamento de los romanos; pero lo que más propiamente debió recibir tal nombre por satisfacer las necesidades y afecciones privadas del testador y el legítimo deseo de premiar y recompensar después de la muerte á aquellos que durante la vida le han amado, es lo que ellos llamaron *codicilo*, que consistía en escribir el testador al heredero una carta en que le daba cuenta de su última voluntad, rogándole que la llevara á efecto, y estas cartas no requerían género alguno de solemnidad, ni tampoco obligaban al heredero; después recibieron los codicilos fuerza obligatoria, si bien se limitó á muy pocas cosas las que en ellos podía disponerse y se exigió para su otorgamiento, no solemnidades, por que las solemnidades no eran más que para los actos políticos, pero sí garantías de autenticidad; más adelante, al dejar de ser Leyes los testamentos, adquirieron mayor autoridad los codicilos, pero sin perder tampoco su carácter los testamentos, dándose el caso de que mientras para éstos se continuaban exigiendo toda clase de

solemnidades, eran útiles y ganaban terreno cada vez más los codicilos, por que con ellos podía el testador completar su última voluntad, sin las formas embarazosas y prolijas de aquella enmarañada legislación.

Todavía encerraba esta institución la gran inconsecuencia de no poder instituir heredero ni desheredar en los codicilos al heredero forzoso; pero sí establecer fideicomisos; de modo que, con exclusión de la cuarta *trebeliánica*, podía darse ó quitarse indirectamente la herencia, cosa que si los legisladores romanos pudieron disimularla, no debieron dejar pasar los autores de las «Partidas», dando motivo á que los del «Ordenamiento de Alcalá» cayesen en la cuenta, disponiendo en la Ley 1.<sup>a</sup>, título 19 (1.<sup>a</sup>, título 18, libro 10.<sup>o</sup> de la Novísima Recopilación) que bastare la presencia de tres testigos para el otorgamiento del testamento *ú otra postrimera voluntad*; y si alguna duda hubiera quedado de que en esta Ley estaban comprendidos los codicilos, aun insistieron los legisladores de Toro, salvando de una vez el absurdo de exigir otros requisitos y formas más complicadas para manifestar directamente la última voluntad que para expresarla de un modo indirecto, al disponer que *en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha Ley del Ordenamiento*.

Un cabo dejaron por atar las Leyes de Toro, y este cabo, que se refiere á no hacer mente para nada de que existían los codicilos «cerrados», produjo la nueva dificultad de pensar si éstos continuarían rigiéndose por la Ley de Partida, que requería la presencia y firma de cinco testigos, ó bien si por no distinguirse entre ellos y los abiertos, había de deducirse que estaban sometidos á los preceptos del «Ordenamiento de Alcalá».

Felipe II interpoló en esta última Ley una cláusula por la cual dió validez al testamento ante siete testigos no vecinos del lugar y sin requerirse la presencia de escribano, y de esta interpolación, que fué también insertada en la Novísima Recopilación y en las Leyes de Toro, surgió otra duda, pues pudiera haber sucedido que incoándose pleito sobre la validez de un codicilo otorgado ante siete testigos no vecinos y sin escribano, alegaran unos que estaba hecho con arreglo á la Ley 3.<sup>a</sup> de Toro y á la 1.<sup>a</sup> título 19 del Ordenamiento, tal como se lee en la «Novísima», y replicaran otros que no estaba hecho conforme á la verdadera Ley del Ordenamiento, que es la única á que se refiere la Ley 3.<sup>a</sup> de Toro, cuando establece las solemnidades que han de tener los codicilos.

Del estudio de todas estas modificaciones y reformas en las Leyes de Toro y del Ordenamiento, han nacido las dudas que quedan apuntadas para el alcance é interpretación de sus preceptos; pero es mayor todavía la que resulta palpitante del hecho de haber dado á los codicilos las mismas solemnidades que á los testamentos, porque entonces ¿cuál es la diferencia que ha de haber entre ellos? Si las solemnidades de los actos públicos no son más que garantías, más ó menos rigurosas, cuya importancia y trascendencia dependen del acto á que se refieren, dedúcese lógicamente que el mayor de los absurdos, es exigir las mismas solemnidades en dos actos y no permitir que se otorguen iguales disposiciones en ellos. ¿Es que el motivo de prohibir que en los codicilos se instituya heredero, se impongan condiciones á éste ó se desherede al forzoso, fué el de considerar que eran indispensables todas las solemnidades reconocidas por la Ley para asegurar la autenticidad de esos actos? Pues entonces no existe ya razón alguna

para no hacer lo mismo en los testamentos que en los codicilos, y prueba de ello es que no pocos tratadistas han entendido que la Ley 3.<sup>a</sup> de Toro hizo desaparecer la muralla que antes hubiera entre los testamentos y los codicilos, hasta el punto de estimarse tan idéntica la naturaleza de unos y otros, que llegaron á sentar la regla de que el testador se había equivocado en decir «codicilo» donde quiso decir «testamento», cuando en él desheredaba á su hijo, sustituía ó imponía condiciones al heredero. Esta última consecuencia no representaba entonces, sin embargo, en el terreno positivo más que la esperanza que abrigaban aquellos pensadores, de que al cabo habrían los testamentos de equipararse con los codicilos, haciendo desaparecer hasta el nombre de estos últimos; pero como dice con mucha razón y no menos elocuencia el ilustre jurisconsulto, Sr. Cárdenas: «...si después del imperio romano han vivido, es porque los autores de esta institución fueron tan poderosos en vida, que aun desde la tumba siguieron dominando al mundo; y el mundo no sólo siguió obedeciendo sus preceptos saludables, sino que respetó hasta sus menores caprichos».

Aquella esperanza resultó, sin embargo, convertida en realidad en el Código civil de 1851, del que fueron borrados para siempre los codicilos, pero en cambio llegó subrepticamente una nueva manifestación de este deseo de los testadores de buscar amplitud y libertad, á pretender sustituir los codicilos con una práctica que, aunque no fundada entonces en ninguna ley, tuvo, sin embargo, tal virtualidad, que ha dejado sancionarse posteriormente en el Código de 1889. Me refiero á las *memorias testamentarias*, hechas privadamente por el testador en la soledad de su gabinete, sin garantías ni pruebas bastantes de su autenticidad para dejar

legados, hacer mejoras y hasta anunciar el nombre del heredero, teniendo todo validez con tal de que se hubiera cumplido la condición de estar citadas en una de las cláusulas del testamento, destinado especialmente á hacer esta cita, y con cuyo hecho entendían erróneamente que recibían verdadera fuerza las «memorias testamentarias».

Ningún fundamento legal encontrábase entonces para que pudiera prosperar tan absurda y perniciosa práctica; el derecho no reconocía más que modos solemnes para testar y ninguno privado desprovisto de solemnidades; la institución de heredero había de hacerse en testamento; lo mismo ocurría con las mandas y legados; lo que se proponía la Ley al determinar los modos de otorgar las últimas voluntades, era «evitar que la codicia y la mala fe las falsificase y adulterase»; además surgían á cada paso mil dudas de aplicación, pues aun admitiendo la validez de tales memorias testamentarias, preguntábase con razón sobrada: ¿Puede el testador callar en el testamento el nombre del heredero, diciendo que lo sea el que resulte, de una memoria que tiene escrita con tales ó cuales señas? ¿Puede decir esto mismo, pero refiriéndose á una memoria que aparecería á su muerte y que no ha escrito todavía? ¿En caso de no poder hacer ninguna de estas cosas, puede instituir en el testamento á su heredero para que perciba la herencia con el gravamen y condiciones ó en la forma y bienes que expresará la memoria testamentaria?

Los peligros que en las memorias testamentarias acechan la autenticidad de la voluntad son evidentes; en primer lugar se puede suplantar, ocultar ó perder la cédula que el testador citó en su testamento; puede darse el caso de no haber necesidad de tales «tra-

bajos», pues ni aun hace falta que el testador la escriba de su puño, ni tampoco que diga en su testamento haberla escrito; también puede ocurrir que el testador muera sin escribir la memoria prometida y, entonces, rara será la vez en que no aparezca algún papel amañado, en que se den ó quiten herencias, se anulen ó prodiguen legados, atropellándose y desconociéndose con todo ello la alteza y la grandiosidad de la facultad de testar, para improvisar unas veces la voluntad del testador y borrar y hacer desaparecer otras las últimas huellas de su pensamiento.

Pero si el clamoreo y el grito de protesta contra las memorias testamentarias, lanzado por todos los escritores y publicistas de mediados de siglo ha sido grande, aun ha sido mayor el estupor de los comentaristas del vigente Código civil, que se atrevió á lo que no se había atrevido el proyecto de 1851; no á consignar, ni hacer mención siquiera de práctica tan absurda como la de las «memorias testamentarias», sino á darles toda la fuerza y vigor que aquellos legisladores no habían llegado á reconocerles, escribiendo en la regla segunda de sus disposiciones transitorias, algo tan inexplicable como esto: «Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y que sean válidos con arreglo á ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia, serán válidos los testamentos, aunque sean mancomunados los poderes para testar, y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado ó escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas *ad cautelam*, los fideicomisos para aplicar los bienes, según instrucciones reservadas del testador y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación ó

modificación de estos actos ó de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos, no podrá verificarse después de regir el Código, si no testando con arreglo al mismo».

¿En qué parte de la «legislación anterior» se declaraban válidas con arreglo á ella las memorias testamentarias para *que, en su consecuencia*—como dice la citada regla,—hayan de ser también válidas las que se hubiesen otorgado ó escrito antes de regir el Código? Pues sencillamente se contesta á esta pregunta con una sola frase: *En ninguna*, siendo este reconocimiento por parte del Código actual, una verdadera perturbación introducida en el Derecho civil, y más particularmente en la facultad de testar, ya que se viene á sancionar con toda la fuerza de una ley lo que antes no era más que una corruptela, mirada siempre con prevención y con odiosidad por los legisladores anteriores. Buena prueba de ello es que el Proyecto de Código civil de 1851, lejos de nombrar las memorias testamentarias, escribió en su artículo 560 el siguiente precepto, que no puede ser ni más expresivo ni más terminante: «Toda disposición que sobre institución de heredero ó mandas haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que después de su muerte aparezcan entre los suyos, ó en poder de otro, será nula, si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo».

Esta disposición del artículo 560, revela dos cosas interesantes: una, la de que nunca tuvieron las memorias testamentarias la patente de corso, que después les ha otorgado el Código civil de 1889, y otra, la de que ya en aquel proyecto de 1851 se había legislado sobre «el testamento ológrafo que se importaba á la francesa—según dice el Sr. Zárate—cien veces más



perjudicial que las memorias testamentarias, por que en éstas—continúa diciendo—no se podía hacer institución de herederos, ni revocar el constituido en otro testamento, pero aquél todo lo abarca sin la menor reserva y está expuesto á eminentes fraudes y ocultaciones y á pleitos en que se niega la autenticidad». «Verdad es—añade el Sr. Cárdenas—que el Código francés autoriza este modo de testar, y que también se usa en Nápoles y en el cantón de Vaud; pero si este ejemplo pudo mover á los autores del proyecto á introducir el testamento ológrafo en nuestra legislación, también pudiéramos citar ejemplos de no menos peso y autoridad; ni en Cerdeña, ni en Prusia, ni en Holanda, ni en Baviera, cuyos códigos tenemos á la vista, se ha adoptado en este punto el derecho francés, ni se conocen más testamentos que los nuncupativos, los cerrados y los especiales. Y otro escritor distinguido saludó la aparición del testamento ológrafo en el proyecto de 1851, con la siguiente anécdota que es muy curiosa: «Cuentan que un ilustrado ingeniero español fué consultado por el Ayuntamiento de Madrid sobre el modo de hacer funcionar una máquina para barrer las calles, comprada en París y que no había manera de utilizar en las de la Corte; el ingeniero contestó que aquello no era más que la mitad de la máquina, y como le hicieran observar que no se tenía noticia de que aquella constara de más piezas, replicó: Nó; lo que ahora hace falta son calles como las de París. En efecto, puede muy bien ser esta una máquina para limpiar calles rectas, horizontales, espaciosas y bien conservadas como las de la capital de Francia, y no tener aplicación en calles estrechas, tortuosas é infernalmente empedradas como las de Madrid».

El artículo 564 del proyecto de 1851, definía las so-

lemnidades de dicho testamento, diciendo: «El testamento ológrafo, para ser válido, deberá hacerse en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del lugar, año, mes y día en que se otorgue», tomándose con pequeña diferencia del Código de Napoleón, que disponía también estar todo él escrito, fechado y firmado de mano propia del testador, sin que tuviera que sujetarse á ninguna otra formalidad».

Adviértese desde luego á simple vista, la semejanza que en el fondo unen á estos artículos de los códigos francés y español, que coinciden en cuanto á determinar que el testamento ológrafo ha de estar «escrito, fechado y firmado» por el testador, si bien el legislador francés ha ido más allá, no determinando en qué clase de papel había de extenderse la última voluntad, haciendo esto creer á muchos que estaba autorizado para hacerlo en cualquier papel, y hasta se le permitía escribirlo con lápiz, siempre que resultara probado que no había podido disponer en el momento de su otorgamiento, de tinta ni de pluma; la ambigüedad por otra parte de la frase *fechado* que emplea el Código francés, hizo suponer que en éste no se requería como en el español, la necesidad de precisar «el lugar» del otorgamiento; pero cuestiones son estas todas que ahora dejo esbozadas y que más adelante analizaré al detalle, estudiando como se merece la jurisprudencia establecida por los tribunales franceses para determinar el alcance de cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 970, para hacer testamento.

Ahora bien, prescindiendo de si el testamento ológrafo es ó no una constante amenaza contra la autenticidad del acto testamentario, por los fraudes y falsedades de que puede ser objeto, que también apuntaré

con precisión más adelante, hay que encontrar en el orden puramente científico las razones de que el legislador de 1851, que tan valiente había estado borrando los codicilos, y execrando en el artículo 560, tanto éstos como las memorias testamentarias, se valiera para trasplantar del Código francés al Código español, institución tan extraña, recibida en nuestro país con más signos de protesta que de aprobación, y que hoy ya al cabo de los años, y de haberla completado y desarrollado un nuevo y posterior cuerpo legal, con alguna más garantía, aunque siempre poca, ha ido por fin arraigando en la costumbre, dando lugar á la paradoja de que en vez de nacer de ésta la ley, la costumbre fué la que nació de ella.

Algunos tratadistas han lanzado crueles diatribas contra este testamento al estudiar su objeto, afirmando que por este lado es aun más inadmisibile en nuestras leyes. Dicen unos: ¿Para qué sirve el testamento ológrafo? ¿Acaso para favorecer con el secreto la libertad de los testadores? Para este fin no son necesarios, pues los testamentos cerrados lo llenan cumplidamente. ¿Sirven quizá para que quien se halla en riesgo de muerte y sin escribano ni testigos cerca, ó en una población incomunicada, pueda hacer su testamento? Tampoco debe ser así, porque para tales casos autoriza el mismo Código el testamento especial, que puede otorgarse ante tres testigos solamente, ó ante dos con escribano. Ni tampoco sería el testamento ológrafo el más adecuado para los casos en cuestión, por que quien se halla en peligro próximo de muerte, rarísima vez está capaz de escribir y por consiguiente, pocos ó ninguno habría que en estas circunstancias pudieran hacer uso de aquel modo de testar. Si se dice que el testamento ológrafo serviría cuando las circunstancias fue-

sen tan apremiantes que no dieran tiempo para buscar ni aun los tres testigos necesarios de el testamento especial, contestaremos que en este caso tampoco será posible el testamento ológrafo, pues si no hay tiempo para traer los testigos, tampoco lo habrá para buscar el papel del sello que es indispensable, y donde hay posibilidad de comprar papel sellado, casi siempre la hay de buscar tres testigos, sobre todo pudiendo serlo mujeres.

Tales argumentos son contestados con facilidad á pesar de su fuerza, por los defensores de la flamante institución, asegurando: primero, que el testamento ológrafo sirve precisamente para eso, para asegurar la libertad del testador, que nunca había de tenerla con el testamento abierto, ni mucho menos con el otorgado ante testigos, sin que la solución dada por el testamento cerrado sirva para resolver la cuestión, por que está probado que uno de los más grandes deseos del que testa, sino el más principal, es el de que se ignore, no solamente el contenido, si no hasta el hecho mismo de haber redactado su última voluntad, cosa que no puede evitarse nunca en el cerrado, por que existe la necesidad de que varios testigos den fe con el Notario, de que el testador ha entregado el pliego y se ha encerrado ante su vista en el sobre, que después se lacra; segundo, que claro está que si el testador no se encuentra en disposición de poder escribir, y la cosa urge, será más adecuado el testamento ante testigos, no habiendo Notario, y para ese caso se ha hecho; pero pudiendo escribir, es innegable que estándose donde se esté, siempre habrá mayores facilidades para encontrar un pliego de papel sellado, que se encuentra en cualquier estanco, que no tener que ir á buscar dos ó tres testigos y más cuando estos pueden mentir y la escritura no, á no ser «que se falsifique».

Esta última frase de los defensores del testamento ológrafo, es el *desideratum* de la cuestión para que no se aplique en España, el país maestro de la falsedad, sino con mayores precauciones, y para que en su día sea más cuerdo el aconsejar que en presencia de las especiales circunstancias que hoy integran la vida de la sociedad española, muy distinta, por desgracia, de las costumbres francesas, de donde se importó aquella institución, llegue á ser un hecho la reforma de la ley, para tranquilidad de los testadores.

\* \* \*

Dice Laurent, que la única razón de que el testamento ológrafo existiera en Francia, era la de que estaba en las costumbres, y de ellas se incorporó al derecho común; «esta razón» de indudable fuerza en el derecho francés, que estableció primero la costumbre como fuente principal del derecho, después determinó la división de las provincias, según el sistema de derecho escrito ó consuetudinario por que se regían, y más tarde hizo cristalizar á esa misma costumbre en leyes escritas, tiene su perfecta confirmación en la historia de la legislación francesa, pues surgiendo el testamento ológrafo en las provincias de derecho consuetudinario, pasó bien pronto á algunas de derecho escrito como la Auvernia y el Máconnais, <sup>que</sup> adquirió carta de naturaleza en el derecho común, con la Ordenanza de 1735, y quedó al cabo definitivamente sancionado en el Código de Napoleón, primer compendio legislativo de la nación francesa.

El derecho de testar llegó vivo y palpitante á la Asamblea Nacional, que discutió con resplandores en toda Europa el célebre Código de Napoleón, poniendo

en labios del Consejero de Estado Bigot-Preameneu palabras tan hermosas como éstas:

«Legisladores: El título del Código civil que tiene por objeto las donaciones entre vivos y los testamentos, despierta todo lo que puede interesar más vivamente al hombre y excita y pone en movimiento todos sus sentimientos y afecciones».

«Legisladores: Vais á pronunciar ahora sobre el derecho de propiedad y sobre los límites, que encuentra el ejercicio de ese derecho; vais á sentar la autoridad principal de los padres, sobre las personas de los hijos; vais á fijar las relaciones de fortuna que deben unir á los parientes entre sí; vais á determinar cuál es en los actos de beneficencia y en los testimonios de amistad y de reconocimiento, la libertad compatible con los deberes de familia».

«Siempre que la ley, en las disposiciones que dicta, no hace más que seguir los movimientos de la naturaleza; siempre que, al transmitir los bienes, consulta lo que dice el corazón de cada miembro de la familia, puédesse mirar como cosa indiferente que se verifique la transmisión por la voluntad del individuo ó por disposición de la ley. Hay, sin embargo, una notable ventaja en permitir que la voluntad del hombre obre hasta cierto grado, libre y sin cortapisas. La mirada de la ley es una mirada general; los altos designios del legislador no pueden tener por objeto sino el orden de las familias en general; no vale que su vista se fije en ninguna organización doméstica ni particular; no pueden penetrar sus ojos lo interior de ninguna familia para conocer allí el juego de las pasiones, el distinto y complicado movimiento de sus resortes, el comportamiento de cada individuo, sus deseos, sus esperanzas, las necesidades, lo que últimamente contribu-

ye á su prosperidad y bienandanza. Estos medios y conocimientos sólo el padre familiar los tiene...»

El elocuentísimo orador dejó, pues, sentados con estas cuatro pinceladas brillantísimas de su talento y de su genio, los jalones de la facultad de disponer libremente de los bienes para después de la muerte, otorgada y reconocida al hombre, para decir después de haber determinado las calidades necesarias para dar y recibir, fijado la cantidad disponible é indicado el modo con que deben verificarse las reducciones:

«.... la ley se ocupa particularmente, primero, de las donaciones entre vivos, y en seguida, de los testamentos; prescribe ella las formalidades de cada uno de estos actos y establece principios sobre su naturaleza y sus efectos. Al llegar aquí, todas las miradas se vuelven hacia estas leyes, que contribuyeron á que fuese inmortal la memoria del Canciller d'Aguesseau; las Ordenanzas sobre las donaciones y los testamentos fueron, como el nuevo Código, fruto de largas y profundas meditaciones; y no fueron adoptadas, sino después de haber consultado el voto de la Nación, oyendo á los magistrados y jurisconsultos, único medio que entonces era posible; los redactores del Código han examinado las disposiciones contenidas en estas leyes con el respeto que les inspira su grande sabiduría y el éxito de que fueron coronados.

«El más grande defecto —dice más adelante— que la legislación acerca de los testamentos tuvo en el pueblo romano y después en Francia, fué el de haber *sido complicada en demasía*. Así es que hemos debido de buscar los medios para simplificarle en cuanto fuese dable. Desde luego hemos comenzado por desvanecer toda dificultad y quitar todo obstáculo relativo al título de la disposición misma. Así, es de ver que el testamento será

válido, cualquiera que sea el título que lleve, ya sea el de la institución de heredero, ya el de legado universal ó particular, ya el de otra denominación bastante de sí, para manifestar y debidamente transmitir la voluntad del que falleció.»

Aludiendo á las formas de los testamentos, dice también:

«Hemos buscado, tanto en el derecho romano como en el consuetudinario, las formas, igualmente seguras que sencillas, para otorgar testamentos. Éstos serán de tres especies. El testamento ológrafo, el celebrado por escritura pública y en forma mística.

»El testamento ológrafo debe ser escrito entero y firmado por la mano del testador. Sólo se permitía el otorgamiento de esta especie de testamentos en favor de los hijos. En medio de todas las solemnidades de que rodearon los romanos sus disposiciones testamentarias, parecióles que un escrito privado no hacía bastante fe ni debía merecer la confianza. ¿Nosotros debemos rechazar del todo los testamentos ológrafos? Ciertamente que no. Esta fórmula es la más cómoda, la más sencilla, habiéndonos además mostrado la experiencia que no provienen de la misma los abusos que pudieran inducir la á suprimirla y vedarla. Así, es de ver que el testamento ológrafo, permitido sólo por el derecho romano al padre cuando llamaba á los hijos á su herencia, será de hoy más un testamento no privado y excepcional, sino general y común.

»Hemos tomado una precaución para evitar todo perjuicio y fraude; el testamento ológrafo, antes de que se ejecuten las disposiciones en el mismo contenidas, deberá presentarse al juez designado, quien levantará acta de la presentación y del estado en que se halla, disponiendo que se deposite en casa de un Notario.»



Por último, con el informe hecho al Tribunal en nombre de la sección legislativa, sobre el título de donaciones y testamentos por el tribuno Jaubert, quedó definitivamente sancionada la existencia del testamento ológrafo en el Código de Napoleón, redactándose su artículo 970 en esta forma:

«El testamento ológrafo no será válido sin que todo él sea escrito, fechado y firmado de mano propia del testador; no está sujeto á ninguna otra formalidad.»

De entonces acá, una jurisprudencia constante, seria y de ancho y liberal espíritu de los Tribunales franceses, ha venido bordando á realce, dando cada vez mayor brillo, á cada uno de esos preceptos al parecer minúsculos, contenidos y escritos por el legislador en el artículo 970, poniendo de relieve cien casos ocurridos en la práctica; primero, sobre el detalle de la *escritura*; después, otros cien sobre el de la *fecha*, y cien más sobre el de la *firma*, todos curiosísimos y reveladores del arraigo legítimo y verdadero que el testamento ológrafo ha adquirido en las costumbres francesas, pero todos convergiendo también en la interpretación dada por los juzgadores á dicho requisito, hacia el último y más capital de que «*no está sujeto á ninguna otra formalidad*», eludiendo y desechando, por lo tanto, todo aquello que una interpretación restrictiva hubiera podido traducir en trabas para el testador, haciéndole huir de la forma ológrafa.

Tratadistas tan ilustres como Laurent, Troplong, Pothier y Dalloz, siguen y estudian con gran cariño este movimiento de la jurisprudencia francesa, de conceder más y más amplitud y libertad á los testadores, para haber conseguido que, al cabo de tantos años de una práctica creciente y feliz, queden ya pocas dudas que resolver y que, recogiendo aquellos tratadistas to-

dos los casos de interpretación, hayan llegado en sus obras interesantísimas y luminosas á hacer del testamento ológrafo un tratado especial, objeto de concienzudas doctrinas y críticas primorosas, de las cuales no me será lícito sustraerme siempre con admiración, deslizando sin querer en estas cuartillas muchas de sus citas, de sus frases y de sus comentarios.

La primera cuestión que se plantea es la de «la escritura testamentaria.» ¿Lo puede escribir materialmente un tercero, aunque lo dicte y redacte el testador? Sí, siempre que se pruebe que la ayuda ha sido puramente material, tal como llevarle la mano, y que esta ayuda no ha quitado ni puesto nada al pensamiento del testador; lo mismo ocurre cuando el testador copia un modelo, pero conserva la conciencia de su obra, pues la *Cour* de Poitiers, en sentencia de 10 de Marzo de 1857, declaró: «Que la ley, al decir que el testamento, para ser válido, debe ser escrito enteramente por el testador, impone necesariamente que aquél tenía, escribiendo, la conciencia de lo que hacía y la inteligencia del valor de los caracteres que trazaba su mano.»

Se puede escribir en cualquier idioma, y hasta con lápiz, cuando se sabe que el testador no tuvo otro medio de escribirlo, pues así lo sancionó á favor del testamento hecho por un pastor la *Cour* de Aix, en sentencia de 27 de Enero de 1846; pero á no tratarse de un caso especial como éste, no podrá ser tenido más que como un proyecto de testamento.

¿Una *palabra* escrita en el testamento por una mano extraña, determina su nulidad? Sin duda alguna, á no ser que conste que el tercero que la escribió, lo hizo porque así se lo había ordenado el testador; sobre esto y sobre las *interlíneas* y las *apostillas*, existe la misma interpretación, dada por la *Cour* de Montpe-

llier en sentencia de 5 de Mayo de 1872, y por otros Tribunales.

¿Se debe escribir en un solo momento? El silencio que guarda en este punto el artículo 970 ha dado lugar á diversas interpretaciones; unos entienden que el testador puede redactarlo á su gusto, cuando pueda y cuando quiera; otros dicen que cuando no haya podido terminar uno todo de una vez, debe escribir otro; la *Cour de Rennes*, fallando un pleito interesante, promovido contra el testamento de un paralítico, que lo escribió en diferentes épocas y veces, estimó, en sentencia de 8 de Febrero de 1860, que era válido, porque pudo escoger para ello los diferentes momentos de mejoría de su enfermedad.

¿Valen las hojas volantes escritas por el testador para ser tenidas por un testamento? La jurisprudencia registra un caso muy curioso: Una señora escribe en dos hojas de papel timbrado, de clase diferente, su última voluntad. Sobre la primera hoja, que es doble, instituye un legatario universal, y revoca una donación entre vivos, hecha anteriormente á favor de su esposo, y sobre la segunda hace diferentes legados particulares; la primera hoja lleva al pie de la cuarta página la firma de la testadora, sin la fecha, y en la segunda hoja pone la fecha y una nueva firma; se atacó la validez de este testamento, porque siendo un requisito legal de la escritura el poner la fecha y la firma en la última hoja, no se consideraba válido aquel testamento hecho en hojas volantes, sin poner en la primera de dichas hojas la fecha; la *Cour de Casation* declaró, por sentencia de 17 de Julio de 1867, que era válido, porque la testadora había numerado las páginas, y además había escrito al pie de la cuarta lo siguiente: *Tournez s'il vous plaît.*

En cambio, la *Cour* de París anuló—3 de Junio de 1867—un testamento, en el que el testador se había olvidado consignar el mes al fecharlo, poniendo sólo «4-1864», si bien en el sobre que lo encerraba y que puso en manos de un Notario, se leía: «*Este es mi testamento.—4 Julio 1864*», pues el tribunal sentenciador entendió que el sobre en que se encierra no puede ser parte del testamento, y además, la fecha últimamente consignada podrá ser la del día del depósito del testamento, pero no la del testamento mismo.

Otra cuestión batallona era la de si para ser válida la disposición que se hace por testamento había de decirse expresamente que se hacía por «causa de muerte», ó aunque el testador se limitase á decir «que donaba», había de entenderse que hacía testamento; por mucho tiempo subsistió la teoría tradicional en los Tribunales, defendida con gran calor por el jurisconsulto holandés Merlin, de que cuando se hablaba de «donar» no se pretendía, de ningún modo, formalizar un testamento; pero la *Cour de Casation*, revocando en 21 de Mayo de 1833 una sentencia de la *Cour* de Orleans, entendió lo contrario: tratábase entonces de una señora, entre cuyos papeles se encontró un documento fechado y firmado por ella, en que decía: «Que se den 300 francos de renta anual y un reloj de oro... á X», y este documento estaba guardado en un sobre que ponía: «*Mis voluntades*»; se presentó una demanda contra dicho documento negándose su validez de testamento, y el juzgado de primera instancia declaró no haber lugar á ella, por tratarse de un verdadero testamento; la *Cour* de Orleans revocó, sin embargo, la sentencia del inferior y lo anuló, fundándose en que el artículo 895 del Código dice: «El testamento es un acto por el cual el testador dispone, para el tiempo *en que habrá ya dejado*

*de existir*, de todos sus bienes ó de una parte de ellos, y que puede revocar»; la *Cour de Casation* casó, como dije antes, la sentencia de la de Orleans, declarando que, siendo al artículo 980 al que había que atenderse para determinar las reglas del testamento ológrafo, este mismo artículo preceptuaba que «no estaba sujeto á ninguna otra formalidad», para que entonces se le obligara al testador á consignar que hacía tal disposición por causa de muerte, y además el artículo 1.157 del mismo cuerpo legal daba la base de interpretación, consignando que «cuando una cláusula puede admitir dos sentidos, debe más bien tomarse en aquel en que puede tener algún efecto que en el que no podría producir ninguno.»

¿Una simple carta dirigida al heredero escrita, fechada y firmada por el testador, podrá llegar á tener la misma validez que un testamento ológrafo? La Ordenanza de 1735, declaraba nulas las cartas para producir efectos testamentarios, pero después de la publicación del Código y de la ancha interpretación que los Tribunales han venido dando al testamento ológrafo, esta es una cuestión de hecho, la cual será resuelta en cada caso al arbitrio del juzgador, si tuviera pruebas para creer ó no, que era sólo una cortesía del testador para con el heredero, ó la forma seria y definitiva de otorgar su última voluntad.

Todavía hay más disposiciones de los tribunales sobre las palabras «enmendadas», «tachadas» ó «borradas» en los testamentos y sobre las «interlíneas». La jurisprudencia es constante en que siempre que las palabras enmendadas, tachadas ó borradas lo sean por mano del testador, conservará su validez el testamento en todo lo que pueda leerse, y lo mismo ocurrirá si se demuestra que lo hizo un tercero á instancias del

testador. (Sentencias de Bourges, 21 de Mayo de 1833; París, 22 de Enero de 1824; Nancy, 11 de Junio de 1842; Tribunal de Casación, 21 de Febrero de 1837). En las «interlíneas» hay que distinguir: si se intercalaron por mano del testador antes de fechar el testamento, son válidas, por que las valida la fecha que lleve éste; pero si modificando una institución se hacen después de fechar, hay que poner nueva fecha al testamento. La *Cour de Casation* ha estimado, por último, en el caso de hacer «una nueva institución», por aumentar la anterior que se hubiera hecho, que si esta enmienda tiene por objeto aclarar ó explicar lo que antes se hubiera escrito, sería válido el testamento, pero si es para hacer una institución nueva y distinta de la anterior, hay necesidad de poner una nueva fecha, pues en otro caso se considerará nulo. (Sentencia de 29 de Mayo de 1860).

Todo esto que vengo dejando apuntado hace referencia solamente á la *escritura* del testamento; con relación á la *fecha*, también hay una jurisprudencia muy curiosa que paso á recoger, pues este requisito se ha considerado tan sustancial que, si llegara á faltar, podría desde luego declararse la nulidad absoluta del testamento, pues daríase lugar con ello al fraude, la sugestión y la falsificación; además de que siempre tendría una importancia capital para determinar cuál fuera la última voluntad del testador.

¿Que se entiende por *fecha*? ¿Es preciso fijar el *día*? El artículo 38 de la Ordenanza de 1835 disponía que «todos los testamentos contendrán la fecha del día, mes y año». No cabe duda, pues, que es necesario el requisito del día; lo que sucede es que los Tribunales han admitido, que las palabras equivalentes, para determinar el día, pueden sustituir al guarismo; y así, por ejemplo, la *Cour* de Bruselles, en sentencia de 1.º de

Junio de 1859, entendió que era lo mismo decir «el día de Navidad de 1840» que «el día 25 de Diciembre de 1840».

La *Cour* de casación ha establecido por sentencias de 11 de Junio de 1810 y 15 de Julio de 1846, que la fecha enmendada no invalida la disposición testamentaria, hasta el punto de haberse anulado un testamento que había sido escrito posteriormente, por el solo hecho de que el anterior tenía la fecha enmendada y esta fecha era posterior á la que llevaba el anulado, pues se sienta la doctrina de que la Ley de 25 Ventose del año XI sobre «palabras enmendadas», no tiene aplicación á las fechas. El mismo tribunal ha declarado en cambio que el error en la fecha, por omitir alguna cifra, como, por ejemplo, poner «15 Junio de 867», en vez de «15 de Junio de 1867», ó el trasponerlas, como escribir «6 de Agosto de 1808», en vez de «6 de Agosto de 1880», anula el testamento.

Existe una sentencia dictada por la *Cour* de Douai en 10 de Noviembre de 1838, que precisa los siguientes casos para que un testamento sea válido por error en la fecha: 1.º Que el error sea producto de una inadvertencia ó de una casualidad; 2.º Que la verdadera fecha pueda ser restablecida por documentos ciertos, y 3.º Que los documentos sean sacados del testamento mismo y constituyan parte integrante suya.

.....

¿Para qué seguir adelante? Este estudio analítico de la jurisprudencia francesa acabaría por perder su interés, si continuara apuntando un caso y otro caso, aunque no fuera más que uno, por cada ciento, de los que han resuelto los Tribunales de la vecina República; todos ellos son curiosísimos, todos dignos de atención, pero como con el principal objeto que yo los es-

taba examinando, era con el de descubrir á través de lo enmarañado de los autos y por encima de los intereses particulares que hicieron emborronar tanto papel de oficio, el criterio que había presidido al juzgador, la tendencia que se señalaba en tales corrientes del derecho civil moderno, me basta con lo recogido ya, para no hacer más monótona la lectura de esta desaliñada Memoria, y pongo punto redondo deduciendo que los Tribunales franceses han ido con su jurisprudencia mucho más allá todavía del alcance del artículo 970 de su Código.

Acabo de decir que ese es el resultado de la jurisprudencia francesa, ajustándose al desenvolvimiento del *derecho civil moderno*; el de quitar trabas, suprimir obstáculos y abreviar trámites para hacer testamento; y, sin embargo, lícito me ha de ser aclarar algún tanto dicha afirmación, diciendo que se trata del derecho civil llamado *moderno*, por que desde principios de siglo viene filtrándose en las legislaciones europeas, pero no porque sea la última palabra del derecho civil, pues hoy aparece ya, en los linderos del siglo XX, un Código novísimo, el alemán, recientemente promulgado y que empezará á regir en el Imperio germánico desde el año 1900, el cual ha llegado para bien de los testadores á progresar tanto en esta materia, que ha dispuesto en su artículo 2.248, núm. 2.º, que el testamento ológrafo que define en el 2.231 «se recibirá en el archivo oficial, á petición del testador», y añade en el 2.246 que «este protocolo ú oficina dará al testador un certificado de haber depositado allí el testamento.»

\*  
\* \*

Y hecho este ligero esbozo de la legislación y juris-



prudencia de Francia, volvamos de nuevo los ojos á nuestra patria, y fijándolos en el Tribunal Supremo de Justicia de España, que debía ser el definidor de nuestro derecho y es el encargado por ministerio de la ley de dar á los textos la interpretación oficial y judicial que es debida, veamos de qué manera se ha entendido hasta la fecha el precepto del artículo 688 del Código Civil que regula y determina las formalidades que han de guardar los testadores al redactar, en forma «ológrafo», su última voluntad, para que esta misma voluntad tenga después todo el valor y eficacia que pudiera tener si se hubiera otorgado ante un Notario.

¡Coincidencia extraña! La jurisprudencia española de estos últimos tiempos, coincide con la francesa en lo de aligerar la ley, ser más indulgente con los testadores y prescindir de los requisitos terminantemente exigidos por el legislador. Este fenómeno es tanto más de notar, cuanto si bien es verdad que España y la República francesa puede decirse que han marchado casi á un compás, en lo que se refiere á conquista de libertades, avance de la cultura jurídica y progreso del derecho, es lo cierto, sin embargo, que la nación española ha permanecido más estacionada en cuanto á cultura general del país, á metamorfosis intelectual y conciencia de sus libertades y derechos, como lo revelan el escaso éxito del sufragio universal, la institución del jurado, la ley de matrimonio civil, y este mismo testamento ológrafo, de que me estoy ocupando.

Todavía hay más: y es que no solamente sigue la jurisprudencia española el mismo criterio que la francesa, sino que en algunos puntos puede decirse que es mucho más liberal que aquélla. En efecto: el Código francés, dice que el testamento ológrafo *no está sujeto á ninguna otra formalidad* que las requeridas por el

artículo 970, y por lo tanto, tiene con esto plenísima justificación el que aquellos juzgadores sigan un criterio tan amplio para interpretarlo; pero no puede suceder lo mismo en España, donde el artículo 688 exige condiciones precisas para el otorgamiento; aquí no existe la cláusula francesa, y, por consiguiente, no hay la misma esfera de acción; y si nos fijamos, por ejemplo, en la cuestión de las «interlineas» y de la «fecha» del testamento, bueno será recordar, cuando estudie la sentencia del Tribunal Supremo, que estudiaré á continuación, que la jurisprudencia francesa es más exigente que la española, sobre todo para la fecha, en que tan pocos distingos se admiten.

Estableció precedentes en esta materia la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en 4 de Abril de 1895. El criterio expansivo de este Tribunal, comenzó ya á manifestarse en esta sentencia, en la que se decidió un pleito importante, sostenido de una parte por D.<sup>a</sup> Elvira Oter y Serrano como recurrente, y en calidad de heredera de D.<sup>a</sup> Balbina Pardo y Oter, y de otra, como recurridos, los albaceas testamentarios de D.<sup>a</sup> Balbina, Sres. D. Tomás Sevilla Corral, D. Agustín Marroquín Busto y D. Eladio Arnáiz Nebreda. Lo discutido era entonces el testamento ológrafo, redactado y escrito por la tal señora D.<sup>a</sup> Balbina Pardo y Oter en la ciudad de Sigüenza, con fecha de 29 de Agosto de 1890; en cuya cláusula segunda se decía terminantemente: «Dejo por heredera á *mi propia alma*, para su provecho, y juntamente las de mis padres y hermanos», y después desarrollaba dicha cláusula en las siguientes, repartiendo su capital entre misas, fundaciones y obras de caridad.

D.<sup>a</sup> Elvira Oter, tía carnal de la finada, entabló demanda para que se declarase que dicho testamento era nulo y carecía de todo valor y efecto, y para ello alegó

que era heredera *ab intestato* de D.<sup>a</sup> Balbina Pardo Oter, en cuyo testamento ológrafo ya protocolizado se observaban «catorce incorrecciones, por contener palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones y no salvadas bajo su firma por el testador, como así mismo no corresponder el día, mes y año del otorgamiento por hallarse escrita la palabra «Agosto» en otro lugar del que se fecha»; como fundamentos legales se apoyó en los artículos 688, 687 y 6.º del Código civil; los albaceas testamentarios se opusieron á la demanda, y tramitado el pleito en forma, el Juez de 1.<sup>a</sup> instancia de Sigüenza, donde se habia deducido la demanda, declaró no haber lugar á ella, declarando á su vez que era válido el testamento.

Apelada esta sentencia por ante la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Madrid, se produjo una discordia, que fué dirimida en 3 de Julio de 1891, recayendo una nueva sentencia en la que se declaraba «válido, por tener todas las formalidades legales, el testamento ológrafo otorgado por D.<sup>a</sup> Balbina Pardo Oter en la ciudad de Sigüenza el 29 de Agosto de 1890.... y absolviendo de tal demanda á los demandados.... como albaceas nombrados en dicho testamento....»

Estamos, pues, en presencia de un caso de interpretación de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 688 del Código civil, en que se prescribe que si el testamento ológrafo «contuviere palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, las salvará el testador bajo su firma». Y D.<sup>a</sup> Balbina Pardo no las habia salvado.

Con estos antecedentes llegó el pleito al Tribunal Supremo en periodo de casación, para resolver el recurso interpuesto en infracción de ley por D.<sup>a</sup> Elvira Oter y celebrada la vista correspondiente, se dictó sentencia,

siendo ponente el magistrado D. Antonio Garijo, en la que se declaraba *no haber lugar* al recurso, fundándose en las siguientes razones legales, que el Supremo estimó debía tener en cuenta:

«Considerando que la sentencia no infringe el artículo 688 del Código civil, como se afirma en los tres primeros motivos, puesto que para sostener su infracción parte la recurrente del equivocado supuesto de que el testamento ológrafo que contiene, como el de D.<sup>a</sup> Balbina Pardo Oter, palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, y no las salva el testador bajo su firma, según previene el párrafo tercero del citado artículo, es nulo, cuando en realidad tal omisión sólo puede afectar á la validez y eficacia de las palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones y nunca al testamento mismo, ya por estar en párrafo aparte aquel que determina las condiciones necesarias para la validez del testamento ológrafo, ya por que de admitir el sentido que da el recurso al citado párrafo tercero, se llegaría al absurdo de que pequeñas enmiendas, no salvadas, que en nada afectaran á la parte esencial y preceptiva del testamento, vinieran á anular éste, y ya por que el precepto contenido en el dicho párrafo ha de entenderse en perfecta armonía y congruencia con el artículo 26 de la Ley del Notariado, que declara nulas las adiciones, apostillas, enterrerenglonaduras, raspaduras y tachados en las escrituras matrices, siempre que no se salven, en la forma que se previene, pero no en el documento que las contenga; esto aparte de que, como acertadamente se consigna en la sentencia recurrida, las palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, observadas en el testamento de D.<sup>a</sup> Balbina Pardo, redúcense á letras, que no crean duda alguna acerca del pensamiento de la testadora, ó cons-

tituyen meros accidentes de ortografía ó de pureza escrituraria sin transcendencia alguna.

«Considerando que no infringe la sentencia los artículos 6.º y 688 en su párrafo segundo, que se citan con el motivo 4.º, por que sea cualquiera el orden en que se expresa el año, mes y día en que se otorgó el testamento, resulta claramente esta condición esencial en el de D.<sup>a</sup> Balbina Pardo, importando poco que comenzara escribiendo el mes y después consignara el día y el año, sin que la costumbre de Sigüenza en este punto, que es igual á la de todas partes, con más ó menos uniformidad, pueda tener la transcendencia que pretende darle la recurrente.

«Considerando que tampoco infringe la sentencia el artículo 687 del Código y doctrinas que se invocan en los motivos 5.º y 6.º, puesto que en ellas se hace supuesto de la cuestión, estableciendo por base el razonamiento, que entre las formalidades para la validez del testamento ológrafo se halla la de salvar el testador bajo su firma las palabras que contuviere el testamento tachadas, enmendadas ó entre renglones, siendo así, que, como se ha demostrado, esto puede afectar á la validez y eficacia de dichas palabras, pero no al testamento mismo».

Y esa es la doctrina y tales son las palabras del Tribunal Supremo. Con ellas ha perdido mucha fuerza uno de los requisitos exigidos por el legislador para la redacción y validez del testamento ológrafo. De aquí en adelante serán válidos todos los testamentos que contengan palabras tachadas, enmendadas ó entrerenglonadas, sin salvarse la enmienda por el testador ni por nadie, con tal de que el tribunal sentenciador tenga la inspiración de que las enmiendas las ha hecho el mismo testador. Verdad es que, según reconoce la

sentencia, las enmiendas sólo se referían á letras que no dejaban duda acerca del pensamiento del testador, unas, y constituían otras meros accidentes de ortografía ó de pureza escrituraria sin transcendencia alguna, pero el caso es que el requisito legal ha desaparecido desde el momento en que se pregunta: *¿Las salvó el testador?*—*Nó.* Podrá decirse que en conciencia, fallando como jurados que para nada tienen que acordarse de la Ley, es justa la resolución de que me ocupó, pero no puede ser equitativa, si tratándose de un testamento tan peligroso como el ológrafo, en vez de afianzar los Tribunales las pocas garantías con que ya cuenta, éstas se debilitan cada vez más.

Resulta, pues, que de los cuatro requisitos exigidos por el artículo 688, el tercero ya tiene una interpretación, no solamente legal, sino también de conciencia, y de conciencia y criterio tan anchos, que rebasa hasta el pensamiento del legislador. No hay, por tanto, que ser exigentes cuando un testamento aparezca enmendado; el testamento será válido, aunque el testador no haya salvado bajo su firma las enmiendas, siempre que del contexto del testamento mismo pueda deducirse su validez. Y nada más.

Éste fué el primer paso dado por nuestros Tribunales en el criterio de libertad y expansión que al artículo 688 viene dándose por la jurisprudencia, desde esta sentencia hasta la del mismo caso, de fecha 17 de Noviembre de 1898, que acaba de registrarse en la prensa, llamando poderosamente la atención con el sugestivo título de *La herencia de la Reina.*

Aludo al extravagante testamento de D. Alejandro Soler y Durán, que lo escribió primero de su puño y letra y lo firmó después el día 2 de Enero del año 1895, con papel sellado del año 1894, nombrando ejecutores

testamentarios de aquella su última voluntad á don Juan Crooke, Conde de Valencia de D. Juan, D. Adolfo Bayo, D. José Rodríguez Amorrusto y al Marqués de Claramonte; dispuso en él que se entregaran ciertos legados de escasa importancia, instituyó varias obras de caridad y beneficencia y nombró heredera universal del remanente de sus bienes, «á S. M., la muy ilustre dama y gran señora, D.<sup>a</sup> María Cristina, Reina Regente de España; y, en su defecto, por su fallecimiento á sus hijos», añadiendo que si con posterioridad á este testamento hiciese alguna disposición que trastorne todo lo en él ordenado revelaría que no estaba en su cabal juicio, y era su deseo que no se reputase válida, aun cuando estuviere firmada por ante Notario.

El testamento del Sr. Soler fué origen de un pleito ya célebre, seguido desde hace dos años á esta parte, con gran preocupación por los juriconsultos y verdadera curiosidad hasta por los indoctos. Acaso pensara D.<sup>a</sup> Cristina en los primeros momentos que renunciar aquella herencia tan intempestiva á favor de los pobres hubiera sido la mejor solución que pudiera darse al asunto, pero era el caso de que como también se nombraba herederos á los hijos de la augusta dama, no era posible la renuncia, por que éstos eran menores de edad y no podían renunciar, aparte de que pudieran existir en el mundo parientes que de lejos ó de cerca tuvieran algo que ver con el testador, y estos parientes ó allegados, podían ser llamados ante los Tribunales para demostrar su derecho y solicitar la herencia si creían que á ellos les correspondía,

Fiel á este propósito, la Soberana, cuando ya se estaba tramitando por los albaceas en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospicio de esta Corte el expediente de protocolización del testamento, se

presentó el Intendente de la Real Casa manifestando que el testamento, que llevaba la fecha de 2 de Enero de aquel año, aparecía, sin embargo, extendido en papel del timbre del año anterior, y pidiendo que, antes de acordarse la protocolización, se oyera á cuantas personas se estimara conveniente, incluso al abogado del Estado, ya que por ignorarse la existencia de parientes llamados á la sucesión pudiera la Hacienda pública alegar algún derecho á la herencia; petición que fué acordada, comunicándose el expediente al ministerio fiscal y al abogado del Estado, opinando el primero, que procedía decretar la protocolización, por cuanto nadie ponía en duda la autenticidad, perfectamente demostrada, del testamento, y sosteniendo el abogado del Estado que aquél no reunía las condiciones necesarias para ser considerado como testamento ológrafo por no estar extendido en el papel correspondiente al año de su otorgamiento.

Con esto quedó planteado el pleito, que más tarde se formalizó con una demanda del abogado del Estado, sobre la interpretación del segundo requisito que exige el artículo 688 del Código Civil, para otorgar testamento ológrafo, y que dice: *«Para que sea válido este testamento, deberá extenderse en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento y estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorga»*. En resumen, que el juzgado decretó la protocolización con fecha 22 de Julio de 1895, dejando á salvo al Estado el derecho de entablar un pleito ordinario, y el Estado lo entabló en 9 de Diciembre siguiente, presentando una demanda en la que solicitaba la nulidad del testamento y que se adjudicase al Estado, previa declaración de heredero del causante, los bienes y derechos de-



jados por el mismo para que se les diese la inversión prevenida por las leyes.

Se trataba de una fortuna de varios millones, y bien pronto saltaron los parientes de D. Alejandro Soler hasta por debajo de las piedras, admitiéndose al cabo por más tenaz en el pleito, aun cuando no justificase cumplidamente su parentesco con el finado, á una señora llamada D.<sup>a</sup> Josefa Amat y Fernández, la cual contestó á la demanda aceptando los hechos expuestos por el demandante, en cuanto condujeran á demostrar la nulidad del testamento ológrafo, y negando la afirmación hecha por el abogado del Estado en cuanto á la falta de parientes y herederos, por no ser momento oportuno de discutirlo. Los albaceas del señor Soler contestaron también por su parte á la demanda impugnándola en absoluto y solicitando que el juzgado confirmase la validez del testamento y declarase también que el abogado del Estado carecía de personalidad y de acción para deducir su demanda.

Encuadrado el debate en estos términos, el juzgado primero, y la Audiencia de Madrid después, dictaron sentencia declarando *nulo* y sin ningún valor ni efecto el testamento ológrafo que, por duplicado, otorgó en esta corte D. Alejandro Soler y Durán, con fecha 2 de Enero de 1895, y no haber lugar al segundo extremo de la demanda formulada por el abogado del Estado, respecto á la declaración de herederos y adjudicación de bienes y derechos, dejados por dicho Sr. Soler á favor del Estado, absolviendo de este extremo á los demandados en el juicio, sin especial condenación de costas de primera instancia y con imposición de las de segunda á los albaceas de Soler. Estas sentencias fueron muy bien recibidas por la gente de toga que veía en ellas una norma de conducta y una especie de reacción sobre la

jurisprudencia anteriormente establecida, pero interpuesto recurso de casación en infracción de la ley por los albaceas del Sr. Soler cambiaron las cosas de aspecto en el Supremo.

La vista de este recurso fué interesantísima. Lo defendió, con su proverbial elocuencia y habilidad, el eminente jurisconsulto D. Francisco Silvela, á nombre de los albaceas, para apoyar cuatro motivos de casación, de todos los cuales fué el más importante el cuarto, en que, dando por infringido el artículo 688, en relación con el 743 del Código, afirmaba que por declararse lícito cuanto la ley no prohíbe, debía inferirse que el testamento ológrafo puede otorgarse en varios días, lo cual, además, es condición propia de esta forma de testar, que en ningún país del mundo requiere la unidad de acto, y que el derecho, á falta de pruebas, presume siempre que se ha procedido lícita y válidamente, según se ve en los artículos 69, 108, 434, 448, 1.277 y otros varios del Código Civil.

En dos grandes síntesis encerró el Sr. Silvela los fundamentos de la casación: de una la validez del testamento, y de otra, la falta de personalidad en el Estado para reclamar. Refiriéndose á la primera, dijo que el testamento había sido un acto personalísimo del señor Soler, en el que se había ocupado de todas las cosas en que se piensa para después de la muerte: cómo se dispondría el entierro, qué hechos habían de tenerse en cuenta para el caso de una muerte prematura, qué mandas había de dejar á sus servidores y á los hijos de éstos que se habían criado en su casa. Dispuso también de legados benéficos, preocupándose hasta del detalle del número de colchones y ropas de abrigo que podrían repartirse, de los pobres niños abandonados en las casas de maternidad, que tan mal lo pasan por la pe-

nuria que siempre atraviesan las Diputaciones provinciales.

¿Cómo es posible—exclamaba—borrar todas esas mandas y esos recuerdos para sus servidores y para los pobres por el solo hecho de existir en el Código un precepto anómalo, desconocido hasta de la legislación extranjera?

El argumento que en contestación á esta pregunta da la Sala sentenciadora no puede admitirse. El decir que *se ignora cuándo se dió principio al testamento y cuándo se terminó*, eso no basta para inclinarse á creer que se otorgó el año 1895, á pesar de ser el papel del 94.

Prueba—decía—de que tal disposición del Código no puede ser absoluta, es que en las provincias vascongadas no podía extenderse en papel sellado el testamento ológrafo, y en otros puntos á donde no llega con precisión el papel sellado, no podía tampoco nadie testar al comenzar el año 1895 porque no había papel más que del año anterior.

Por todo ello, el artículo 688 no ha debido aplicarse y el testamento es perfectamente válido. Respecto á la falta de acción del Estado para pedir la nulidad y reclamar la herencia, dijo que con ello se había violado la Ley de 1835 y que los abogados del Estado se habían excedido en sus atribuciones.

Contestó al Sr. Silvela el abogado del Estado D. José Martínez Agulló, el cual comenzó manifestando su extrañeza porque el Sr. Silvela combatiese tanto el artículo 688; siendo así que su nombre figuraba entre los de los autores del Código civil; afirmó el estar demostrado que D. Alejandro Soler había sido hijo natural y se había educado con otro nombre en casa de los duques de San Fernando, y en este caso de ser hijo natural no pueden sucederle sus parientes colaterales,

é insistió en la nulidad del testamento por no haberse cumplido el requisito expreso y terminante del artículo 688, que dispone que el sello del papel coincida con la fecha del testamento, porque así lo ha dispuesto el legislador para mayor seguridad de los testadores.

En todo lo demás —dijo— tendrá razón el recurrente, pero los argumentos que da para la validez no pueden ser considerados más que como actos preparatorios del testamento, no como el testamento mismo. Y, por último, se defendió del argumento de falta de personalidad, alegando el artículo 956 del Código civil en apoyo de sus opiniones.

Con el informe del abogado de la señora que se decía heredera del Sr. Soler, y con ligeras manifestaciones de las demás partes terminó la vista, dictándose pocos días después el último fallo en este pleito por el Tribunal Supremo, que en la sentencia escribió, entre otros Considerandos que no son pertinentes al caso, los siguientes, que se refieren expresamente á la interpretación del tan repetido artículo 688:

«Considerando que si bien, por regla general, la expresión que se haga en el testamento ológrafo del año, mes y día es la determinante de la fecha de su otorgamiento para los efectos, entre otros, de apreciar si el papel del timbre empleado es el correspondiente al año del otorgamiento, como dicha forma de testar no requiere unidad de acto, como puede suceder, y es lo regular que suceda, que desde que el testador comienza resueltamente á consignar su voluntad, hasta que concluye de expresarla, transcurran algunos días, por no ser fácil que realice su obra en uno solo; y como la condición requerida por la Ley, de que el papel sellado que se utilice al efecto, sea el correspondiente al

año de su otorgamiento no tiene otro alcance y objeto que el de comprobar por tal medio la certeza del acto, en cuanto al tiempo en que se verifica, es evidente que dicha inteligencia no es absoluta, porque cuando existen méritos para estimar que el testador ha dado principio al testamento, en el año á que corresponda el papel empleado, aunque no lo termine hasta entrado el siguiente, por la proximidad entre el fin del uno y el comienzo del otro, debe considerarse cumplido dicho requisito legal, pues ni el legislador ha preceptuado por modo expreso que se atienda única y exclusivamente á la fecha que el testador escriba para la determinación de la del otorgamiento, ni deja de ser periodo de otorgamiento en el testamento ológrafo todo el que prudencialmente se aprecie que necesita el testador para comenzar y concluir su obra, sin solución de tiempo que revele voluntaria suspensión en la ejecución de la misma.»

«Considerando que tal interpretación del artículo 688 del Código civil es tanto más racional y ajustada á los principios de la hermeneútica, cuanto que la facultad concedida por el legislador para testar en forma ológrafa demuestra el notorio propósito de dar mayor amplitud y libertad á los testadores para la expresión de la última voluntad, relevándoles de las exigencias formales y restrictivas de los otros testamentos, libertad y amplitud que no sería lógico reducir mientras no se alteren sustancialmente las condiciones esenciales requeridas por la Ley».

«Considerando que D. Alejandro Soler por su edad avanzada, por la gran extensión que dió á sus últimas disposiciones y por el duplicado que hizo del documento para asegurarse más de que su voluntad sería religiosamente cumplida no pudo principiar y concluir

su testamento, escrito en papel sellado de 1894 y fechado en 2 de Enero de 1895, en los dos primeros días de este último año, corroborando esta afirmación hasta el papel que empleó comprado en Diciembre de 1894, según aparece en el cuaderno de gastos que llevaba; por lo cual, conforme á la doctrina expuesta en los dos fundamentos anteriores, que tiene exacta aplicación al caso actual, fuerza es concluir que la Sala sentenciadora, al declarar nulo dicho testamento por no corresponder el papel sellado al año de su fecha, infringe el artículo 688 del Código civil que se invoca en el motivo 4.º y último del recurso».

«*Fallamos:* que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por los albaceas testamentarios de D. Alejandro Soler y Durán y, en su consecuencia, se casa y anula la sentencia que en 12 de Febrero del corriente año dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta Corte, devolviéndose á los recurrentes el depósito constituido».

El testamento de D. Alejandro Soler ha quedado perfectamente válido por virtud de esta sentencia, y puesta á ejecutarse su última voluntad tal como en él la dejó dispuesta, sólo resta apuntar el hecho interesante de que la heredera del Sr. Soler, ó sea S. M. la Reina Regente, ha ordenado que por la Intendencia de la Casa Real se abonen á la testamentaria, con destino á las mandas y obras benéficas instituídas en el testamento, los intereses correspondientes á los cuatro años que ha durado el pleito, que ascenderán á muchos miles de duros.

Realmente existe motivo para preocuparse con la lectura de los Considerandos que dejo apuntados, sobre todo con la de los dos primeros, en que se ha querido

definir de una vez para siempre, digámoslo así, el verdadero alcance del segundo requisito del artículo 688 para testar en la forma ológrafa; más bien pudiera decirse que el juzgador, en vez de juzgar, ha legislado, sentando la base de una forma de testar distinta de la que determina el Código, en lo que puede decirse que es «distinto» el ir mucho más allá de lo que el legislador ha querido preceptuar en las leyes; pues desde luego se afirma como rotundo y definitivo que el testamento ológrafo no requiere «unidad de acto»; que el requisito del papel no tiene otro objeto que «comprobar la certeza del acto en cuanto al tiempo en que se verifica» y que «el legislador no ha preceptuado que se atienda única y exclusivamente á la fecha por el testador escrita para la determinación de la del otorgamiento».

Semejante doctrina, dicho sea con el más grande y debido de los respetos á tan alto Tribunal, constituye, á mi humildísimo juicio, un error lamentable, sobre todo el afirmar que el único propósito con que se escribió el requisito de la fecha del papel sellado fué con el de comprobar la certeza del acto en cuanto al tiempo, siendo así que este precepto es el más terminante y categórico para asegurar la «autenticidad» del testamento, no la fecha del otorgamiento, pues sabido es que como todos los años se recoge el papel sellado, puede haber medio de comprobar dentro del año si el testamento es ó no auténtico, y cuando se quiera falsificar un testamento ológrafo, siempre ha de resultar más difícil, si no imposible, encontrar un papel sellado correspondiente á años anteriores que no al de la fecha del otorgamiento, toda vez que puede darse el caso de que un heredero X preterido en 1898, quiera serlo en 1895, haciendo desaparecer el del último año y fingiendo con él el de 95.

Estos dos casos son los que registra la jurisprudencia del Código Civil en sus diez años de régimen, y los dos revelan, el segundo aún más que el primero, el espíritu de amplitud y libertad que viene presidiendo á los Tribunales españoles, espíritu de tanta transcendencia, que las dos garantías del testamento ológrafo, sobre todo la más esencial del papel sellado que sea correspondiente al de la fecha del año del otorgamiento, han perdido notablemente su robustez y su fuerza, hasta el punto que ya no cabe decir más que esto: ¿Pueden testar de este modo los menores de edad? ¿Está prohibido á los extranjeros hacerlo en su propio idioma? En caso de contestarse afirmativamente á estas dos preguntas, puede ya borrarse de un plumazo el artículo 688 del Código Civil.

\* \* \*

Estudiada la jurisprudencia, como complemento jurídico del concepto y de las garantías requeridas por el artículo 688 para otorgar testamento ológrafo, ya que no como fuente de derecho, toda vez que el Código Civil vigente no la admite como tal, y además no se trata aquí de dilucidar ningún caso concreto, considero necesario por tal razón volver á las antiguas y clásicas fuentes del derecho, estudiando después de la jurisprudencia las «opiniones de los jurisconsultos», comenzando por recoger las vertidas en el Senado español por maestros tan eminentes del derecho como los señores D. Augusto Comas, D. Vicente Romero Girón y don Luis Silvela, al discutirse en cruzada brillantísima el Código que después nos ha regido á todos.

El *Sr. Comas* dijo con la elocuencia en él característica:



«Señores, admite el artículo 688 el testamento ológrafo. No me opongo, no me miréis con ceño; está en las bases; por consiguiente, hay que aceptarlo. Pero las bases no decían que el Código Civil regulase el testamento ológrafo sin limitación de ninguna clase. Es preciso, señores, fijarnos en qué país vivimos. Yo, desde este sitio, no he de exponer á la consideración de propios y extraños uno de los delitos que, por desgracia, son más frecuentes en los fastos de nuestros crímenes; uno de los delitos que en España más desdichadamente existen encarnados en ciertas y determinadas, malas ó perversas naturalezas, que es el de la falsificación. Cuando vemos que se falsifican los billetes de Banco, los títulos al portador ¿creéis que es prudente introducir en nuestra patria el llamado testamento ológrafo?

«Hace algunos años, yo iba tranquilamente por la plaza de Santa Cruz; no se había construido todavía un hermoso edificio que existe hoy, en cuya planta baja hay elegante tienda ó exposición de géneros de señora. Había en aquel sitio un vendedor ambulante, ó buhonero, que tenía una pequeña mesa, en la cual vendía lápices, plumas y tenía cortados unos cuantos pedazos de papel simétricamente ordenados para que el público probase sus lápices y sus plumas. Me acerqué; había toda la gente que acostumbra haber al lado de las mesas de esos buhoneros; daba aquél con el lápiz sobre la mesa para demostrar que no se partía; mostraba la forma de la pluma, para que se apreciara su clase, y yo, como otros tantos, me acerqué; quise comprar una caja de plumas y me dijo: «señorito (mal dicho, porque en aquella época ya no era yo señorito), si quiere V. probar la pluma, puede V. hacerlo y me dió un pedacito de papel, y me dijo: «Ponga V. su nombre». Lo hice;

me miró con cierto aire risueño, cogió otro papel, estuvo atento á mi firma, lo puso él, barajó los papeles, me los dió y yo no supe cuál era la mía.

»Pues cuando esas aptitudes están tan desarrolladas en este país ¿creeis vosotros prudente, cuando hoy existen tantos pleitos de nulidad de testamentos, hechos con todas estas circunstancias y requisitos acumulados por los tiempos y exigidos por las leyes; creéis que estáis vosotros seguros de vuestras fortunas, en un acto en el cual, como os decía antes, se transmiten grandes masas de bienes á título gratuito; os consideraréis seguros, por ventura y eficazmente, de que no aparecerá en lugar de vuestro testamento otro de un digno y hábil calígrafo? Y notad que el Código no establece siquiera lo que debiera establecer, y digo sinceramente á la Cámara lo que un padre de familia me ha dicho á mí uno de estos días:

»Hombre, que se establezca el testamento ológrafo para el que quiera usar de él; pero el ciudadano que quiera saber que muere con la tranquilidad de que no puede ser suplantada su última voluntad, al menos que tenga un medio para hacerlo de otra manera». No se encoja de hombros alguno de los señores de la Comisión, porque me podrá decir... (El *Sr. Romero Girón*: Yo, por lo menos, no me he movido). El *Sr. Romero Girón* tiene bastante perspicacia para saber lo que quiero decir.

»El que podrá hacer testamento de otra manera, quiero decir, con otras solemnidades, ¿qué me importa, si luego el testamento ológrafo lo rompe?

»Si al menos se hubiese dicho: este testamento no valdrá si hay otro testamento otorgado con tales ó cuales solemnidades, que decía ese señor, que no es letrado; porque lo que quiero es que me den un medio,

un procedimiento en virtud del cual sepa yo que no puede venir un testamento ológrafo á atribuírseme á mí, no habiéndolo yo otorgado, ó que se dé preferencia á un testamento más solemne, ó á una escritura que yo otorgue donde declare ante Notario que no quiero otorgar testamento ológrafo jamás y que si se encuentra alguno que se atribuya á mí, que no valga; en fin, algún expediente, algún medio que me sirva de garantía».

El *Sr. Romero Girón* contestó por la Comisión al *Sr. Comas*, lo siguiente:

«Todas estas son observaciones que podrán ser más ó menos fundadas; pero ¿es que ha infringido el Código civil alguna de las bases relativas al otorgamiento de testamento por medio del ológrafo? La base ha dicho al legislador, al Gobierno, á la Comisión de Códigos: «habeis de establecer el testamento ológrafo». Pues han establecido ese testamento, con el conjunto de garantías posibles, que han estimado bastantes, para que el testamento pueda tener autenticidad y autoridad. ¿Es que en el ánimo de su señoría no son suficientes? Pues es una desgracia del Código civil, pero no es una infracción de la ley de bases. Podrá tener toda la razón que quiera su señoría, yo no se la doy; pero no existe, repito, una infracción de la ley de bases. Además, ¿no está acostumbrado su señoría, en su larga práctica, á ver que, si no tenemos el testamento ológrafo, tenemos una cosa parecida, no tan completa, no tan definitiva; una cosa accesoria que depende de una principal, pero que establecido el sistema sucesorial de Castilla, en oposición con el sistema riguroso del derecho romano y aun de las Partidas, deja una gran libertad bajo ese punto de vista, no requiere el conjunto de aquellas formalidades, que se requerían para los

testamentos, ni requiere tampoco como necesaria la institución de heredero? Pues qué ¿no hay el mismo peligro, en la aceptación incondicional que hemos dado á las memorias testamentarias; no hay el mismo peligro en el testamento ológrafo, respecto á una numerosa clase de la sociedad española, á los militares? Sin embargo nadie ha opuesto estos reparos que al Sr. Comas le han ocurrido á última hora».

»Si yo quisiera extremar los argumentos del señor Comas y traer algunos otros datos, le diría á su señoría: pues en la situación actual de las cosas, lo más conveniente será que anulemos la sucesión testada, y que sólo dejemos la intestada, ó ideemos otra forma; ideemos, si quiere su señoría, la forma solemne del testamento que hacían los ciudadanos romanos al frente del pueblo; porque de otra manera, las cifras desconsoladoras de la estadística penal, arrojan numerosos y concluyentes datos, respecto á la posibilidad de falsificar, tanto los testamentos nuncupativos hechos ante Notario, como los ológrafos. ¿Y cuando no se hacen ante Notario? ¿Y cuando vienen adornados sólo de la circunstancia de la prueba testifical, prueba que en casi todas las relaciones del derecho civil es necesario ir recortando y reduciendo mucho?»

»El peligro será del ambiente social en el cual estamos viviendo, y en el cual las perturbaciones morales, que se producen en el sentido de las falsificaciones, son demasiado excesivas, porque sin duda los resortes morales de esta sociedad, están muy levantados y están muy enaltecidos los apetitos materiales. Pero este será un inconveniente con el cual luchará el Sr. Comas, en el testamento abierto, en el testamento cerrado, en el testamento ológrafo y en toda forma de testamentos».

»Y si yo quisiera dar carácter político á estas obser-

vaciones é irme por otras esferas, casi, casi me atrevo á decir que son ciertas, que si resultan ciertas las quejas reiteradas contra la verdad electoral de nuestro país, voy temiendo también, por si estableciéramos *in calatis comitis* que otorgaban los romanos, es decir, ante el cuerpo electoral, tendríamos más falsificaciones por este camino. No hay, pues, por qué apurarse tanto como lo hace su señoría, respecto de la ineficacia, por lo que se refiere á la exactitud del testamento ológrafo. Hemos de luchar en este punto, como en el del testamento cerrado; y en el otro con las contingencias del estado social. Si éste mejora, no dude su señoría que habrá menos falsificaciones; si el estado social empeora, por más precauciones que su señoría quiera tomar, no dejarán de existir falsificadores».

La rectificación del *Sr. Comas* no pudo ser más viva ni más brillante:

«Es cierto que las memorias testamentarias han nacido en nuestras sucesiones testadas, como una planta exótica, á todo nuestro derecho sucesorio; iba á decir como una planta nociva, y hasta tal punto, que el señor Romero Girón, mejor que yo sabe, y lo sabe todo el mundo, que esas memorias testamentarias introducidas así, no derechamente, no de frente, no por ley de nuestro derecho, esas memorias testamentarias constituyen hoy un verdadero semillero de pleitos y un germen de causas criminales, y eso que las memorias testamentarias tienen su raíz en el testamento. ¿Les parece á los señores senadores que, cuando por ensayo se ha lanzado así, en nuestro derecho, una institución nueva, y se observa que ha producido fatales resultados, aumentando considerablemente la criminalidad, en los delitos de falsedad, quitando garantías á las sucesiones testamentarias; les parece á los señores Senadores que

cuando este espectáculo se observa por un hombre tan distinguido como el anterior Ministro de Gracia y Justicia que estaba al frente del departamento ministerial, donde podía en realidad tener más noticias de esto que otro alguno, no hubiera sido prudente establecer alguna limitación? No se podía faltar á la base; ya comprendemos que había de establecerse el testamento ológrafo; pero ya que la base no impedía el establecer cierta clase de limitaciones ¿no hubiera sido prudente, repito, establecerlas como mayor garantía?

»El Sr. Romero Girón nos dijo: «¡Ah! el peligro será del ambiente social en el cual estamos viviendo, y en el cual las perturbaciones morales que se producen en el sentido de las falsificaciones (fijense bien los señores Senadores) son demasiado excesivas, porque sin duda, los resortes morales de esta sociedad están muy quebrantados, y están muy enaltecidos los apetitos materiales. Pero este será un inconveniente con el cual luchará el Sr. Comas, en el testamento abierto, en el testamento cerrado, en el testamento ológrafo y en toda forma de testamentos.

»Y más adelante añadía: «Hemos de luchar en este punto, como en el testamento cerrado y en el otro con las contingencias del estado social. Si este mejora, no dude su señoría que habrá menos falsificaciones; si el estado social empeora, por más precauciones que su señoría quiera tomar, no dejarán de existir falsificadores.

»¡Señores! ¿De modo que se defiende el testamento ológrafo, porque hay una perturbación en el sentido moral y porque existen muchos falsificadores? ¿De modo que el argumento en defensa del testamento ológrafo y contra mi pugnación era decir: «Sr. Comas, andan por ahí, tantas malas gentes por todas partes, están los apetitos materiales tan abiertos, tan excitados; el

nivel moral es tan bajo, y hay tantas falsificaciones en todos los órdenes, lo mismo en el testamento cerrado que en el abierto, que en el ológrafo, que no debe preocupar esto, y que la cuestión sería ver si podemos corregir las costumbres, si podemos hacer que los hombres sean mejores y que no se cometan falsificaciones?» Es verdad, esto último sería lo mejor; pero, señores Senadores, si me permitís que exponga mi pensamiento, tal como lo concibo, yo os pregunto: ¿que diríais si se presentase aquí un proyecto de ley inspirado por el Ministro de la Gobernación, por ejemplo, en cuyo proyecto se nos mandara que dejásemos de noche abiertas las puertas de nuestras casas? Naturalmente, nos levantaríamos aquí, en cuanto tuviéramos noticias de este proyecto y diríamos: «pero Sr. Ministro, ¿cómo nos ha de obligar su señoría á que dejemos las puertas abiertas, si hay muchos robos, si nuestra propiedad y nuestra fortuna no están seguras en nuestras casas?» Y si en defensa de esa disposición nos contestara el Ministro: «no se molesten los señores Senadores; como hay tantos ladrones, como los crímenes son tan generales, verdaderamente no hay por qué preocuparse de esto; lo que importa es que corrijan ustedes las costumbres», ¿no os parece que replicaríamos: «Si realmente se convence el Sr. Ministro, como está convencido, de que por todas partes se promueven asechanzas contra la propiedad por los criminales, en lugar de decirnos que abramos las puertas, pediremos nosotros que nos dejen cerrarlas, con candado, con barra y con todo lo que haya que poner, para mayor seguridad?» ¿Es que por la situación de este país, que con tan tristes colores nos pintaba el Sr. Romero Girón, no estamos seguros ni con el testamento cerrado, ni con el testamento abierto, ni con ninguna clase de garantías ni de pre-

cauciones, como la del Notario, los testigos, las firmas y todo lo que se quiera? ¿Es que no estamos con todas estas precauciones bastante garantidos? ¡Pues vaya una razón para introducir, en este estado, el testamento ológrafo, en nuestro derecho y en nuestra práctica! ¿Qué va á ser de nosotros si, lejos de aumentar las garantías, las quitáis?»

El *Sr. Romero Girón* rectificó á su vez como sigue:

«En resumen, ¿qué es lo que ha venido á decir contra el testamento ológrafo el Sr. Comas? Que según está redactado el artículo que lo regulariza en el Código Civil, no contiene, á su modo de ver, las suficientes garantías para que nos evitemos el peligro de las falsificaciones y, por consiguiente, todo lo que trae consigo una falsificación, cuando se trata de derechos hereditarios».

»¿Qué remedio propone el Sr. Comas? Pues un remedio que, si no estoy equivocado, vendría á ser una verdadera cortapisa, al principio fundamental, que en materia de sucesiones el mismo Sr. Comas defiende. ¿No reconoce el Sr. Comas aquello de los jurisconsultos romanos de la *voluntas ambulatoria*? ¿No reconoce que en todos los momentos de la existencia humana puede cambiar la voluntad del individuo, en el sentido de dejar sus bienes á tales ó cuales personas? Claro está que ha de ser siempre dentro de las prescripciones legales: donde haya libertad absoluta de testar, con libertad absoluta de testar; cuando haya legítimas, con la libertad que corresponda á las legítimas; donde se establezca otro sistema, con arreglo á él; pero, en fin, lo que se consagra es el principio generador, que es la libertad en la voluntad permanentemente libre hasta el último instante de la muerte. ¿Es esto? Pues en el momento en que el Sr. Comas admita, para una de las



manifestaciones de esta voluntad, una limitación, en virtud de la cual esa voluntad no se puede cambiar, contradice fundamentalmente este principio; de manera que el remedio que proponía el Sr. Comas, es peor que la enfermedad.

»Pero después de todo, ¿qué tiene que ver esto con nuestra misión aquí?

»Ha dicho el Sr. Comas, que porque el testamento ológrafo no está regularizado en el Código, con las garantías que su señoría cree indispensables para que no haya falsificaciones, peligros ni perturbaciones. ¿Y por esto se infringen ni una, ni dos, ni tres, ni ninguna de las bases? Pues esa observación me parece que sería muy oportuna cuando se tratase de discutir el contenido del Código; pero no debatiendo el Código, en tanto en cuanto esté conforme con esa regla fundamental comprendida en las bases, podrá ser esto un defecto; quizás la experiencia determine esos peligros que el Sr. Comas marca; pero hoy por hoy, no hay motivo para darle esa importancia tan excesiva que le da el Sr. Comas, importancia que excede ya los límites de la discusión en que he querido siempre encerrarme; porque si he entrado en la determinación de los puntos de Derecho Civil, y en su contenido, ha sido porque á ello me obligaba la forma y modo de los razonamientos del Sr. Comas, pero no por otra cosa».

El Sr. Silvela (D. Luis), que también tomó parte en el debate, dijo muy sabiamente, entre otras cosas, refiriéndose al testamento ológrafo:

«Pudiera, sobre todo, haberse procurado, y quizá haberse conseguido, que quien no quisiera hacer testamento ológrafo, no tuviese el temor de que otro lo hiciera por él, no derogando, no haciendo desaparecer, que este es uno de los medios que pudieran emplearse,

esas cláusulas *ad cautelam* que yo, francamente, no sé por qué han desaparecido del Código. Si es como decía mi docto amigo el Sr. Romero Girón, porque es muy fácil falsificar, entonces resultará que ha venido á hacerse lo mismo que si por ser fáciles los robos ó los hurtos, se suprimiesen los candados y las cerraduras de letras. El ejemplo es igual; una persona puede hacer un testamento poniendo una cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, es decir, con un candado de letras, se queda en su memoria, en su pensamiento, con la combinación, puede abrir el testamento; nadie más que él puede derogarle, porque puede entretenerse en hacer testamento ante todos los Notarios, poniéndose á cubierto, mediante este engaño, de las asechanzas de muchos, estando seguro de que sólo el testamento que se abre con la combinación ó candado de letras, es el que valdrá. Pero suprimida hoy la cláusula *ad cautelam*, no sé por qué, no hay posibilidad, en modo alguno, de evitar que venga esta falsificación».

Por último, el Sr. *Marqués de Trives* manifestó también ante el Senado, que:

«Generalmente las memorias testamentarias tienen una contraseña que está marcada en el testamento á que se refieren, y que sólo sabe el testador; puede poner el testador en su testamento toda clase de garantías para saber que la memoria que luego escribirá de su puño y letra, en papel del sello correspondiente ó en papel sin sello alguno, no ha de ser falsificada por los medios que con tanto ingenio decía el Sr. Comas, decía que era fácil falsificar ahora semejantes documentos. ¡Pero el pobre testamento ológrafo, indefenso, sin otro testamento solemne á que referirse, sin contraseña, ni ninguna otra clase de defensa, dentro de las formalidades legales y estrictas á que hoy se acomodan

y han de acomodarse en adelante los testamentos solemnes; solo y abandonado á merced de la codicia, de la facilísima falsificación, de la suplantación, y, en fin, de todos los medios que diariamente vemos que surgen en esta sociedad moderna (como han surgido en todos tiempos, pero quizás ahora llamando más diariamente nuestra atención), entregando á la voracidad de la codicia humana este medio de apropiarse indebidamente la propiedad ajena! Dejáis indefenso el derecho de tantas familias, el derecho de tantos hijos, de tantos menores; dejáis, sobre todo, indefensos los derechos generales del ciudadano ante la perfidia de la fácil falsificación».

Como puede observarse por la lectura de los trozos anteriores, recortados de los discursos que pronunciaron en la alta cámara los oradores que discutían el Código Civil, fueron entonces más vivas las voces de protesta que las de defensa del testamento ológrafo, teniéndose que batir en retirada el mismo Sr. Romero Girón, confesando que el desquiciamiento de nuestra sociedad era tan grande, que ya no podía empeorarlo el testamento ológrafo, razón suprema que, recogida como merecía, por el Sr. Comas, le dió pie para pronunciar un segundo discurso aún mas elocuente, si cabe, que el primero, y que después vinieron á confirmar con nuevos argumentos los Sres. Silvela y Marqués de Trives, si bien la doctrina mantenida por éste, de las cláusulas *ad cautelam*, no podía oirse entonces más que como intérprete del deseo de dar mayores y más nuevas garantías al testamento ológrafo.

Ya al alborear el testamento ológrafo en el antiguo proyecto de Código Civil, decía sentenciosamente el ilustre jurisconsulto Sr. Cárdenas, en su obra *El Derecho Moderno*: «Cada testamento ológrafo, pudiera dar

motivo á un pleito, y, lo que es peor, en muchos de ellos carecerían los Tribunales de medios seguros para decidirlos.

»Se usará—continúa—por más económico, y no por más secreto; se otorgará en sana salud y cuando más distante se crea el peligro de la muerte, y no cuando falten los medios de testar del modo especial ó común; lo falsificará el pariente descontento ó el amigo desatendido, y los herederos instituidos en ellos correrán el peligro de verse injustamente despojados, ó, cuando menos, de que se ponga en cuestión muy difícil y dudosa su derecho».

«Dispongase—dice el Sr. Ortíz de Zárate—que sus autores los presenten cerrados al alcalde, y que éste los conserve así hasta que mueran los testadores, si es que antes no los recogen sus autores, en cuyo caso quedan nulos. Admitida esta idea, fácil sería el acordar las formalidades, con que los alcaldes habían de recibir, conservar y devolver los testamentos ológrafos, mas nosotros preferiríamos á todo su no admisión, aunque los tengan Francia y otras naciones».

«¿Pero al introducir esta novedad—pregunta el señor Falcón en su notable obra de *Código Civil Español*—no introduce con ella un elemento de perturbación en las instituciones civiles españolas? El que Francia conozca desde los primeros años de este siglo los testamentos ológrafos, no es una razón bastante que convenza de su bondad. Francia conoce y practica otras muchas instituciones que nosotros no hemos aceptado. España no está, en materia de instrucción popular, á la altura en que se encuentra Francia; y por no estarlo, las leyes españolas no se han resuelto todavía á imponer como obligatoria la forma escrita á muchos actos y contratos de la vida civil. No está probado tampoco

que la nueva forma ológrafa haya dado tan excelentes resultados como se suponen, allí donde se practica, y puede, sin temor, asegurarse que es una forma de uso muy peligroso en pueblos donde, como acontece en el nuestro, existe tan rara habilidad para las falsificaciones de documentos y propensión tan marcada á cometerlas. No debe extrañarse, por lo mismo, que la nueva forma sea recibida con temor, y que no se esperen de su práctica los mejores resultados».

«No creemos—dice el distinguido escritor jurídico y comentarista del Código Civil, que oculta su nombre bajo la firma de *Mucius Scaevola*—con el Sr. Navarro Amandi (*cuestionario del Código Civil reformado*), que el testamento ológrafo ofrezca más garantías que el nuncupativo en que no intervenga Notario. En éste se requieren, por lo menos, tres testigos, y siendo ya cuatro personas las que actúan en la otorgación, siempre será más difícil sobornarlas y atraerlas á un fin y empresa criminales, que el conseguir igual propósito por medio de la coacción ó del engaño, de sólo la persona del testador, la cual, en la forma ológrafa, á nadie necesita dar cuenta de lo que ordene su última voluntad».

Recoge también *Scaevola* la opinión del jurisconsulto aragonés Sr. Morales, que, según afirma, traduce mejor que otro su opinión:

«No es, ciertamente, la mejor época la actual para admitir una forma de testamento en la que toda la garantía consiste en la letra del testador, pues las sorprendentes imitaciones que hoy se hacen, hasta de que han ocurrido casos en los que, no peritos calígrafos, sino la misma persona que escribió un documento, no acertara á distinguirlo de la imitación, obligan á mirar aquéllos con justa desconfianza, y antes de admitirlos

ciegamente, conviene examinar, y sería más acertado que lo fueran, como supletorios, continuando además como privilegiados en ciertos casos, y si se les había de rodear de las mayores garantías con que se les conoce en los varios Códigos; y desde luego creemos que de darle cabida en el nuestro, había de ser con aquel carácter, siendo escritos fechados y firmados por el testador, y no prescindiendo de la suscripción de los testigos y entrega á un Notario, si hubiese tiempo y términos hábiles para ello; y si se pudiese realizar la entrega, exigiendo las necesarias diligencias para su comprobación. Quizá se objete que así limitado el testamento ológrafo, es de más complicación que el llamado nuncupativo, sin presentar ninguna ventaja, pero en los muchísimos pueblos donde no hay Notario, vendría á ser de utilidad innegable, pues el testador podría escribir en un pliego su disposición, y, después de cerrado, suscribirlo en la cubierta, con los testigos, ó al final si lo otorgaba abierto.

» Queremos equiparar—declara abiertamente, después *Scævola*—por lo menos el acto de otorgamiento de un testamento al más sencillo de la vida en las relaciones jurídicas. Para transmitir, por documento privado, la propiedad de un objeto, mueble ó inmueble, de la menor importancia, el rústico labriego, el más indocto propietario, ¿no hace intervenir en el recibo ó cuartilla en que se extiende el contrato á dos personas extrañas que den fe de él, además de las partes contratantes?

» Y el que en otra esfera de mayor solemnidad vende su humilde casa ¿no acude por su iniciativa, ó por la del comprador más probablemente, á la intervención notarial y testifical á la vez para lograr ver asegurados sus derechos é intereses? La ley del Notariado vigente

¿no prescribe en su artículo 20 que está prohibido á los Notarios autorizar ningún instrumento público *inter vivos* sin la presencia, *al menos*, de dos testigos? Pues esto, lo *mínimum* en uno y otro caso, exigimos nosotros para el testamento ológrafo, que puede, en muchas ocasiones, ser medio de transmisión de inmensas, de colosales fortunas, ya que para todos los casos se halla hoy establecido en el Código».

Cárdenas, Zárate, Comas, Silvela, Trives, Falcón, Morales, *Scævola*... exclamaron entonces: ¡falsificación! ¡garantías! ¡vengan garantías! ¿qué dirían hoy después de pasar por la jurisprudencia de lo criminal el *Testamento falso* del Sr. Carranza, y por lo civil, el *Testamento nulo* del Sr. Soler?

Lafontaine tiene pues, razón, al contar en una de sus más renombradas fábulas, que queriendo un puchero de barro hombrearse con una marmita de hierro invitándole á pasear por el camino de la prosperidad, la marmita se bamboleó tanto que acabó por aplastar al puchero, y después le dijo cínicamente cuando lo vió hecho trizas:

—¿Lo ves? Has querido pasear conmigo y yo era más fuerte que tú.....

---





### III

«Si el testador se hallase en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento, ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario».

(Artículo 700 del Código civil vigente).

Sabido es, que una de las formas más seculares de testar, expresamente establecidas en la ley 1.<sup>a</sup> título XIX del Ordenamiento de Alcalá, confirmada por la 3.<sup>a</sup> de Toro y adicionada por una pragmática de Felipe II, desapareció con la base 15 de la ley de bases del Código civil de 11 de Mayo de 1888.

El testamento *nuncupativo* ó sea el hecho solo de palabra, y más generalmente en caso de muerte ante el Notario y los testigos, cayó para siempre, dejándose en cambio en el artículo 700 un testamento aun de más peligro, si es que el suprimido podía encerrar alguno; no hay para que pensar si la citada ley de bases que habla de ordenar, metodizar y completar lo existente en cuanto tiende á la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades, pero que nada indica de derogaciones ni mutilaciones, se ha ajustado ó no al pensamiento del legislador para acordar esta supresión, pero sí es preciso reconocer que las leyes del Ordenamiento, no fueron tan de ligero al tomar de la legislación romana el testamento *nuncupativo*, toda

vez que tratándose de un derecho importantísimo como lo es el de testar, lo que hay que evitar es que pueda llegar un caso en que por la dificultad de llenar las formalidades de la ley, acabe por esfumarse la voluntad del testador.

¿Qué duda cabe de que los testadores contaban con mayores garantías de autenticidad en sus postreras disposiciones, cuando un Notario daba fe de lo que balbuciente ó no balbuciente el testador declaraba ante los testigos en momento tan supremo? ¿A qué causa puede obedecer este fenómeno? Como decía al emboznar las primeras cuartillas de esta desaliñada Memoria, obedece en primer término, al desconocimiento que hasta la fecha se ha tenido del verdadero concepto de la palabra «autenticidad» pues se ha hecho consistir, como entonces decía, no en las solemnidades y garantías del acto testamentario «en sí», sino en la del documento en que se consignan, llevando por la mano esta falta de análisis á grandes confusiones como la de no saberse que los testigos que deponen en un testamento verbal, no son testigos «presenciales» y sí són, verdaderos testigos «instrumentales» de cuya calidad y número depende la validez del acto.

Así asegura, Antonio Gómez, comentando la Ley 3.<sup>a</sup> de Toro, que si el testamento hecho ante cinco testigos sin Escribano vale, es porque los testigos tienen la misma fuerza que los instrumentos;—de cuya opinión es también Covarrubias—y que si en tal caso la Ley exige dos testigos más, que cuando interviene Escribano es en equivalencia de este, práctica establecida con carácter general para toda clase de actos judiciales por la ley 1.<sup>a</sup> título VIII, libro II del Fuero Real que dice que *en todo pleito vala el testimonio de dos omes buenos*; y como si todo esto no fuera bastante, to-

davía puede también decirse que hoy mismo, nadie pondrá en duda el carácter de documentos públicos y solemnes, con arreglo al número 7.º del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil, á las actuaciones judiciales practicadas ante dos hombres buenos, á falta de Escribano de actuaciones.

La moda, la odiosa moda, que hasta en derecho llega con sus exigencias, obligando á un cuerpo ancho á meterse en un traje estrecho ó viceversa, cuando de las prendas de vestir se trate, también puede haber tenido la culpa de la desaparición de los testamentos verbales viendo lo que ocurre en la vecina República francesa: *Dios sólo puede hacer un heredero, el hombre no puede hacerlo*, dicen las antiguas costumbres francesas, y para que sea admisible una derogación de la ley de Dios, es preciso que la voluntad, de hacerla, aparezca muy cierta y meditada, y que esté completamente al abrigo de toda influencia ilegítima, pues no se concibe que una voluntad dudosa prevalezca sobre la voluntad de la ley, que es la voluntad de Dios; afirmación falsa á todas luces, pues no se comprende que sobre la suprema voluntad de Dios pueda ni deba prevalecer ninguna voluntad humana, ni cierta ni dudosa, mientras los hombres no puedan distinguir el *origen divino* de sus leyes.

Llegó á tal punto la preocupación de los franceses sobre este extremo, que hasta se dió el caso de que al instituido en un testamento, no le llamasen las leyes nunca *heredero*, sino *legatario universal*, y semejante prevención contra los testamentos en general, trajo á su vez la de que, aun en aquellas provincias de Francia regidas por el derecho escrito, inspirado en los precedentes romanos, no se admitiese los testamentos hechos de palabra sin intervención de Notario, que tam-

poco eran lícitos en las provincias de derecho consuetudinario, logrando al cabo que la Ordenanza de 1735 decretase su prohibición para toda Francia, aceptando después tácitamente tal disposición el Código Napoleón, del cual la cogió más tarde Inglaterra, y por último nuestro Código civil, estableciendo en los artículos 694 y 695 la forma *precisa* en que se han de otorgar los testamentos abiertos.

Quedamos, pues, en que no hay ya testamentos nuncupativos, y en que se admite y se consiente el testamento «ante cinco testigos idóneos en peligro inminente de muerte del testador»; y quedamos, no sin apuntar que este testamento, que contaba con mayores garantías de autenticidad en el proyecto del Código civil de 1882, acabó por perderlas con la reforma de 1889, como después demostraré, haciéndonos recordar todo ello, aquel párrafo sublime de las «Cartas persas» de Montesquieu, en la que al contar Usbek á Redhí lo revuelta que anda Europa, dice que «la mayor parte de los legisladores han sido hombres limitados que la casualidad ha puesto á la cabeza de los otros, y que no han consultado casi más que sus preocupaciones y sus caprichos, habiendo abolido sin necesidad las leyes que han encontrado establecidas, es decir, que han arrojado á los pueblos en los desórdenes inseparables á los cambios; y que aun en aquellos casos, siempre raros, en que se impone la necesidad de la mudanza de las leyes, hay que hacerlo con mano temblorosa, y observando tanta solemnidad y tantas precauciones, que el pueblo deduzca naturalmente que son santas, puesto que tantas formalidades son necesarias para abrogarlas».

El primer precedente histórico que guardamos en nuestras leyes patrias de esta clase de testamentos, es el que se lee en el Fuero Juzgo, ley 10, título V, libro II, que á la letra dice así:

«Los ninnos, que son menores de XIII años si quisieren fazer manda de sus cosas o otro prometimiento, o por escripto, o por testimonio non le pueden fazer, fueras ende si fuere por enfermedad ó por miedo de muerte. E si por ventura esta costa ovieren de XIII años, adelante, puede cada uno de ellos, mandar de sus cosas lo que quisiere. E si despues combrar de la enfermedad, quanto mandaron non debe valer, fueras ende, si por ventura, tornaren en enfermedad, é lo otorgaren de cabo o si ovieren despues complidos XIII años».

La Novísima Recopilación escribe en su ley 1.<sup>a</sup>, título XVIII del libro X, el siguiente precepto:

«... y si lo hiciere sin Escribano público, que sean allí, á lo menos cinco testigos, vecinos, según dicho es si fuere lugar, donde los pudiere haber, y si no pudieran ser habidos cinco testigos ni Escribano en el dicho lugar, ó lo menos sean presentes tres testigos vecinos de tal lugar.....»

Y los testamentos *in articulo mortis*, que del Derecho romano pasaron á las Partidas, no fueron más que modalidades aplicables del testamento verbal para este caso especialísimo de encontrarse el testador en peligro de muerte.

La verdadera fuente legal de este precepto, donde llegó á definirse por completo y definitivamente, fué en el proyecto de Código civil de 1851, que dijo en su artículo 572:

«El que se hallase en peligro inminente, por efecto de un ataque ó accidente repentino que haga temer

la muerte, sin testamento, podrá otorgarlo ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento, ó ante dos, con Escribano; pero en ambos casos, quedará ineficaz el testamento desde que el testador hubiese salido de la enfermedad ó peligro.»

«La misma facultad se concede al que se encuentre en una población incomunicada por razón de peste ú otra enfermedad contagiosa».

Precepto que era comentado por Zárate en términos tan razonables como éstos:

«Tenemos ya manifestado nuestro sistema en materia de testamentos. Rodear de prestigio, de autoridad, de sinceridad y garantías la postrimera voluntad del hombre, es nuestro sistema. Por eso hemos combatido en las dos secciones anteriores (las de su obra de comentarios al Proyecto de Código civil) las cédulas ó memorias testamentarias y los testamentos ológrafos, y por eso ahora combatimos los *privilegiados* de que se ocupan los artículos 572 al 584. Los términos restrictivos en que se permiten estos testamentos, prueba que los redactores de nuestro Código y los legisladores tanto nacionales como extranjeros, que los toleran, reconocen que son temibles y sospechosos».

El nuevo proyecto de Código civil de 14 de Abril de 1882, legisló en su artículo 697 que el testamento verbal en peligro de muerte debía otorgarse ante el juez municipal ó el cura párroco y tres testigos, ó ante cinco testigos solamente siempre que en la localidad no hubiera Notario, imponiéndose además otras condiciones en sucesivos artículos, como por ejemplo, la de que el lugar donde se otorgase tal testamento, tenía que ser en despoblado y no habiendo Notario cerca; y que en el acto de escuchar las declaraciones del testador había de escribirse, bien fuera por el juez munici-

pal, por el cura párroco ó por un vecino allí presente de los que iban á servir de testigos.

Semejantes garantías, que eran saludables sin duda alguna para el buen éxito de la autenticidad testamentaria, se borraron sin saber por qué del Código de 1888 y del reformado de 1889, quedando al fin redactado el artículo 700 en la forma que aparece copiado á la cabeza de este capítulo, con arreglo á cuyas disposiciones los *cinco testigos idóneos* deben tener en cuenta las obligaciones que enumero á continuación, que no son flojas, y que dado el atraso intelectual y la falta de cultura en que desgraciadamente se encuentra nuestra patria á finales del siglo XIX, han de ser á todas luces difícilísimas de cumplir en la mayoría de los casos; tienen que dar fe no tan solo de lo que dice el testador, sino en primer término y más principalmente del estado de capacidad en que se encuentra para poder testar; del motivo que exista para que no pueda él mismo firmar; del conocimiento que tienen con el testador, haciendo constar este extremo especialmente, y en caso de faltar tal conocimiento, suplir la falta subsidiariamente con dos testigos más de conocimiento; redactar si procede y cuanto antes el testamento con lo que escuchen de labios del testador, y, sobre todo, guardar y conservar *una unidad de acto* absoluta, requisito *sine qua non* de esta clase de testamento, y cuya sola falta apareja desde luego en el testamento un vicio bastante para determinar la nulidad.

Cualquiera diría que el artículo 700 había sido pensado maduramente por algún Notario perspicaz, sabiendo, como saben todos los de su oficio, que los testamentos otorgados *in articulo mortis*, son un peligro del que hay que precaverse, y por lo tanto son muchos los Notarios que suelen enfermar de repente, cuando son

llamados para estos trances á la cabecera del moribundo, porque saben y les consta que los testamentos así otorgados son motivo seguro de pleitos enconados y con frecuencia de causas criminales, en que tanto padece el prestigio y la autoridad de la fe pública á ellos encomendada, pues unas veces es la capacidad, otras el conocimiento con el testador, otras la calidad de los testigos, y sus relaciones de conocimiento con el testador y de parentesco con los herederos, las que se ponen á contribución contra los Notarios por los parientes desheredados para anular los testamentos.

Dos grandes peligros, ciertos y positivos, amenazan desde luego á los testamentos de última hora ante testigos; procede uno de ellos de la ignorancia, y otro de la malicia; refiérese el primero á la omisión voluntaria é impremeditada de alguna ó algunas de las solemnidades esenciales del acto, y alude el segundo á los vicios y deficiencias proverbiales y conocidísimas de que adolece en todos los casos la prueba de testigos. Estos últimos defectos son, á no dudar, los más graves de que puede acusarse al testamento verbal, pues por carecer la Ley de garantías seguras para oponerse á la torpeza ó mala fe de los testigos, puede resultar, y resulta, el dejar á la voluntad de ellos el desnaturalizar, y hasta anular, un acto válido y legítimo, por olvidos ú omisiones, lamentables muchas veces, y no pocas por engaños y supercherías criminales.

¿Qué errores pueden llegar á cometerse por ignorancia de los testigos instrumentales? Innumerables; se cometen y se han cometido ya muchos en los mismos testamentos otorgados ante Notario, ¡conque cómo no se han de cometer en éstos!

Uno de los más conocidos es el de que, otorgado un testamento sin el necesario número de testigos, ó ha-



biendo fallecido alguno de los que en realidad asistieron al acto, al llegar después el momento de elevar el testamento á escritura pública, se añade el que faltaba ó se sustituye el fallecido por otro que no estuvo presente en el acto del otorgamiento, y de este modo se salva la insuperable dificultad que salta de la glosa 4.<sup>a</sup> de Gregorio López á la Ley 4.<sup>a</sup>, Título II de la Partida VI, á más de salvar al mismo tiempo otros tropiezos y dilaciones enojosas. ¡Pues es una ilegalidad! y con ello se da pie bastante para que los herederos ó testamentarios se vean emplazados con una demanda de nulidad ante los Tribunales, que seguramente había de prosperar.

Este abuso podrá no ser un achaque exclusivo de los testamentos hechos de palabra, porque el abuso no arranca de esa forma especial de testar, sino de su inobservancia; pero el de que pueda adulterarse y desconocerse la voluntad por una prueba testifical, envenenada y corrompida, es cosa cierta y probada, siendo así que aquélla nunca se contrasta, porque no puede contrastarse, ni queda á merced de la apreciación judicial el estimarla de un modo parcial y formando un juicio sintético de lo que crea deducirse de las declaraciones de los testigos, pues tratándose de testigos *instrumentales*, no hay más remedio que aceptar lo que aparezca de sus palabras, tal como ellos lo digan, sin agregar una sílaba, ni quitar una letra, ó desechar por falso todo lo que atestiguan, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 1.953 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Octubre de 1864.

El testimonio humano es un criterio de autoridad, pero lo es, impuesto por la durísima ley de la necesidad, pues por ser muy limitado el número de hechos que

cada individuo puede conocer por sí mismo, es lo más general, y hasta indispensable, el tener que conformarse con las manifestaciones de aquellas personas que, por casualidad, previsión de la Ley ó de los interesados en la prueba, han presenciado los hechos que después sirven de base al criterio del juzgador.

Sabido es desde antiguo, porque así lo registran todos los tratadistas y lo preceptúan las más elementales reglas de la crítica racional, que las condiciones fundamentales requeridas para conceder valor y eficacia á la prueba testifical, son dos: *ciencia y veracidad*. Pero los hombres, al declarar, pueden engañarse y engañarnos, y por fuerza hay necesidad de recurrir á un nuevo tópicó. ¿De qué medios se han valido las modernas leyes para conseguir nuevas y más grandes seguridades?

Los más generalmente conocidos son estos: de coacción moral, como *el juramento, la invocación del honor y la publicidad*; de carácter sugestivo, como *los interrogatorios*; y de carácter legal, como *la sanción penal*, todos ellos pequeños é ineficaces para atajar el mal de que se trata. El juramento se presta á la fuerza, pues si no se presta se incurre en un delito de desobediencia, con arreglo á la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consignada, entre otras sentencias, en las de 17 de Abril de 1890 y la de 31 de Octubre de 1891. ¿Y qué sucede? Que cuando un hombre de honor no quiere hacer traición á sus ideas ni á su conciencia, no declara, y los intereses de la Justicia tienen que renunciar á la valiosa cooperación de su testimonio; esto ocurrió no hace mucho, al ir á declarar en un litigio importante el expresidente de la República, Sr. Salmerón: no quiso jurar, y no declaró; en cambio, por cada persona honrada de éstas, habrá seguramente cien desalmados que juren en falso todos los días.

Para comprender, también, la escasa garantía que es la invocación á los sentimientos del honor, basta recordar la hermosísima frase de Fray Luis de León: «Si atendemos á la honra, cierto es que no hay cosa más vil que el engañar y el mentir: pero cierto es también que por maravilla hay trato de éstos que carezca de engaños». Palabras como éstas no precisan comentario alguno. Y resultando tan grande la malicia humana y no menos chicas la ambición y la concupiscencia, bien puede decirse que dichos medios, inventados por los modernos legisladores, pecan de completamente inocentes, y con ellos, ó no se conseguirá nada que sirva para alumbrar el juicio del que con su fallo ha de decidir una contienda, ó en caso de conseguirse algo, sólo será para añadir una nota más infamante á esta clase de pruebas: la del cinismo.

¿Se habla de *publicidad*? Nada hay tan público y que pudiera servir de acicate á los testigos para decir la verdad como el juicio oral, que desde hace diecisiete años viene elaborando la vida toda de nuestros Tribunales de Justicia en lo criminal, y aun se pretende que la elabore también en lo civil.

Una circunstancia curiosa, un hecho raro, pero al cabo una prueba palpable de que, cuando queremos prescindir de la realidad, acabamos por caer en ella más que nunca, porque entonces caemos sobre sus impurezas y sus podredumbres, se ha dado entre el juicio oral y público en teoría, y el juicio oral y público en la práctica, por lo que se refiere á la veracidad y buena fe de los testigos, pues mientras varios escritores extranjeros, y Rossi á la cabeza, proclamaban las excelencias y ventajas del juicio oral, por cuanto en él los testigos dirían siempre la verdad, ha venido, sin embargo, y por lo menos en España, esta

práctica de diecisiete años á que me refería antes, á demostrar todo lo contrario.

Al segundo año de implantado el juicio oral en España ya tuvo que decir el fiscal del Tribunal Supremo, Sr. D. Santos de Isasa, en la Memoria de 15 de Septiembre de 1884, que los testigos faltaban á veces descaradamente á la verdad, bajo el seguro de la impunidad, y en vista de la justificada alarma con este motivo producida, tuvo que dirigir á los fiscales de las Audiencias una circular para hacerles comprensible y aceptable aquella institución, y aplicasen sin contemplaciones el artículo 715 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. D. Manuel Colmeiro, que también ocupó la fiscalía del Tribunal Supremo, también tuvo que decir en sus Memorias de 1886, 1887 y 1888, que uno de los mayores escollos con que tropieza la administración de justicia, es la prueba del delito mediante la prueba de testigos que rara vez se prestan á declarar la verdad; que hay pueblos tan olvidados del respeto debido á la santidad del juramento, que no forman el más leve escrúpulo de extraviar á la justicia con falsos testimonios, siendo un vicio tan arraigado en las costumbres, que no tiene freno; que tal vez estos hombres de hollada conciencia, digan cuanto sepan por natural impulso á raíz del suceso, sin que este primer movimiento del testigo obste para que se contradiga ó se retracte por haber aprendido que por ello no incurren en el delito de falso testimonio; y en conclusión, que la prueba testifical ha perdido por completo su eficacia á pesar, y quizá pudiera decirse *á causa*, del sistema de la publicidad. El distinguido jurisconsulto D. Rafael Conde y Luque, siendo fiscal de dicho Tribunal en 1892, se lamentaba también en su «Memoria» de aquel año, de que sobre tan débil fundamento descansan con fre-

cuencia los fallos de la justicia humana; de que el perjuicio lo tolere la Ley y de él se sirva en el juicio, y de la esterilidad de los medios empleados para combatir el falso testimonio, que no duda en calificar de *enfermedad incurable*.

¿Qué más? Un maestro tan eminente y un político tan poco sospechoso como el último fiscal del Tribunal, Sr. D. Felipe Sánchez Román, que viene de las filas democráticas y que á su paso por la fiscalía ha dejado en ella impreso el sello de su talento, de su cultura y de su ciencia, decía igualmente en la «Memoria» que elevó al Gobierno de S. M. en 15 de Septiembre de 1898 lo siguiente:

«Coinciden también varios de mis subordinados en lo que es motivo de preocupación, de inquietud y de recelo para cuantos intervienen en las causas criminales, desde la promulgación de la actual Ley de Enjuiciamiento: la falta de sinceridad de la casi totalidad de los testigos, que se trueca á veces en irritante descaro y cínico alarde de perjurio. Están persuadidos de que nos les alcanza responsabilidad por separarse en el juicio de lo que en el sumario habían declarado, porque han aprendido que les faculta expresamente para ello la Ley y no se detienen, antes bien se apresuran á rectificar y contradecir en las sesiones públicas lo que espontáneamente sin premia ni coacción dijeron al juez que instruía el sumario á raíz del suceso. Los mismos fiscales que de eso tratan anuncian que el mal va tomando de día en día mayores proporciones, no siendo raro que llegados al juicio con declaraciones sumariales, concluyentes y prestadas, con las apetecibles garantías de independenciamiento por la presencia del fiscal que inspeccionaba la instrucción, y por las recomendables circunstancias que adornaban al juez instructor,

se encontrase el acusador desprovisto de todas sus armas, porque los testigos aleccionados y dirigidos por mano experta, se retractaban sin tomarse ni aun la molestia de cohonestar de algún modo la contradicción, y cambiaban su cualidad de testigos de cargo, por la de testigos de exculpación».

Los *interrogatorios* se califican de medios sugestivos para averiguar la verdad ¡y tan sugestivos!; como que por ellos los testigos suelen decir siempre lo que los abogados de la defensa quieren. Es cierto que el fiscal puede emplearlos en los juicios, y los emplea no pocas veces con fortuna, pero también lo es que el representante de la Ley tiene muchas menos ocasiones de valerle de ellos, porque por lo general está colocado en mejor situación que el defensor, pues lleva los cargos preparados en el sumario y no tiene que hacer más que esgrimirlos. En cambio el defensor tiene que apelar á todo lo apelable para desvirtuar esos cargos, y unas veces pregunta á los testigos: «¿No es cierto que tal día, á tal hora y en tal parte estaba V. con Fulano de Tal y vió que el procesado era acometido por Mengano de Cual?—¡Sí, señor!—contesta el testigo; y otras se somete al testigo de cargo á un interrogatorio tan largo, que acaba por parecer él el procesado, y al fin no saber lo que se dice, si antes había contestado con firmeza al fiscal.

Se dirá que para evitar cosas tales está la autoridad del presidente del tribunal que tan bien definidas tiene sus atribuciones en la Ley de Enjuiciamiento criminal. Perfectamente; mas á pesar de esto, todos los días estamos viendo y presenciando en los tribunales el mismo espectáculo; testigo hubo en la causa de *Pepe el Huevero*, vista ante la Audiencia de Madrid, que estuvo tres días declarando. Rarísima es la vez que la pregunta se

ajusta al sabio precepto de la ley de Partida en cuanto á «ser de tal natura, que pertenezca al fecho, ó á la cosa sobre que es la contienda. E hase de facer en cierto é por pocas palabras, non embolviendo muchas razones en una; de manera que el preguntado las puede entender é responder ciertamente á ellas». Y si esto ocurre en lo criminal ¿que ocurrirá en lo civil, donde la batalla es más limitada, el campo más estrecho y el interés de mentir mucho más grande?

Varios son, por otra parte, los inconvenientes que existen para que la *sanción penal* logre su apetecido efecto de descubrir la verdad, pues consistiendo ésta en la aplicación de las penas señaladas por el Código á los que á sabiendas faltan á la verdad en declarar ante los tribunales, resulta que no es más que un medio represivo, no preventivo, y por tanto no se dirige á evitar que la falsedad se cometa, sino á que después de cometida se castigue; el único objeto que podía tener era el de intimidar al declarante por la pena que se le podía imponer si mintiese, y tal objeto suscita una cuestión muy delicada, pues es empresa muy difícilísima el probarle á una persona que tiene el propósito de mentir, siendo así, que la inteligencia puede padecer errores y la memoria flaquezas, ya que inteligencia y memoria son falibles y finitas.

Pero con ser dichos inconvenientes grandes, aun falta recoger el más grave. ¿En qué artículo del Código Penal se castiga al testigo que depone falsamente en un testamento? Esta pregunta se contesta con dos palabras que encierran una realidad desconsoladora: *en ninguno*. El artículo 335, que es el que más se acerca, dice textualmente que el «falso testimonio en *causa civil* será castigado con las penas de arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado

medio y multa de 250 á 2.500 pesetas», y añade que «si el valor de la demanda no excediese de 50 duros, las penas serán de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas»; los artículos 336 y 337 acentúan estas penas para los peritos que declaran falsamente en juicio y para los que lo realizan mediante cohecho; el 338 las rebaja, cuando sin faltar esencialmente á la verdad, se altera con reticencias ó inexactitudes, y el 339 dispone que se castigue como reo de falso testimonio al que á sabiendas presentase *en juicio* testigos ó documentos falsos.

Esto es todo. Al único testigo á quien se castiga y para esto con penas muy leves con relación al delito, si con ellas hubiera de condenarse al testigo falso de un testamento verbal, es al que declara en causa civil ó en juicio. Es decir, que para los que declaran en expedientes de jurisdicción voluntaria no hay tal pena ni tal delito, y determinando como determina un expediente de jurisdicción voluntaria el acto de elevar á escritura pública un testamento hecho de palabra, dicho se está que el falsificador puede escaparse con habilidad de las mallas de la Ley, y reirse impunemente de la justicia. ¿Dónde está la sanción penal? Ya veremos en la jurisprudencia de que me hago cargo á continuación la alteza de criterio con que los tribunales han sancionado esta especie de abusos, y por ahora me limito á confirmar y repetir en vista de todo lo dicho la existencia de los grandes peligros que, para el testador de última hora, ofrece el hecho de otorgar su voluntad de palabra y solo ante cinco testigos más ó menos idóneos.

\* \* \*

La jurisprudencia establecida por el Tribunal Supre-



mo, tanto en lo civil como en lo criminal, respecto al artículo 700 del Código Civil, tiene mucho interés, pues determina, de un lado, el verdadero alcance en sentido restrictivo que en todos los casos debe darse al citado artículo, y precave, de otros, muchos de los peligros á que constantemente tiene que estar expuesta la última voluntad, al calor de precepto tan poco escrupuloso. Parece que los dos grandes inconvenientes que acabo de señalar al testamento verbal se han ofrecido ya en la práctica, y, llegando hasta el período de casación, han sido motivo bastante para que en la Sala de lo Civil se anularan algunas disposiciones por la «inobservancia» de formalidades ó solemnidades, y en la de lo criminal se reputaran otras de «falsas» por la mala fe de los testigos que habían intervenido en el otorgamiento.

De la Audiencia de Albacete era el primer pleito que decidió el Tribunal Supremo, anulando un testamento verbal, en sentencia de 16 de Febrero de 1891, para establecer de entonces en adelante el criterio del artículo 702, ó sea el de que siempre que se pueda redactar por escrito la última voluntad, se debe hacer de esta forma, y cuando se pruebe que ha habido tiempo para hacerlo y no se ha hecho, el testamento debe ser declarado nulo.

En el caso á que me refiero sucedió que, hallándose enfermo gravemente un caballero, llamó á un Notario para hacer testamento, y ante él y cinco testigos dió al depositario de la fe pública las instrucciones completas de lo que quería que se hiciese después de su muerte; pero como el Notario notase después alguna perturbación en el enfermo y quisiese aguardar algo para otorgar el documento con mayor número de solemnidades, el enfermo murió en el entretanto, y más tarde se pretendió

protocolizar como testamento *in articulo mortis* lo que el enfermo había dicho, siendo el Notario el que más se apresuró á atestiguarlo con pelos y señales.

El testamento se anuló, sin embargo, y el Tribunal Supremo sentó la siguiente doctrina:

«Considerando que, según el artículo 694 del Código Civil, el testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno á lo menos sepa y pueda escribir; que como únicas excepciones de esta regla general que modifica nuestro antiguo derecho se dispone en los artículos 700 y 701 de dicho Código, que puede otorgarse testamento ante los testigos que respectivamente señalen, y sin necesidad ó sin intervención de Notario, si el testador se hallare en peligro inminente de muerte ó en caso de epidemia; y que comprendiendo ambos casos de excepción se establece en el artículo 702, que se *escribirá el testamento siendo posible*, y no siéndolo, el testamento valdrá, aunque los testigos no sepan escribir».

«Considerando que, conforme estima la Sala sentenciadora, sin que contra su apreciación se cite como infringida ley ó doctrina legal alguna *fué posible* escribir y no se escribió el testamento de que se trata; que era formalidad de la escritura, de la que no cabe prescindir, sino en el caso extremo de imposibilidad material, tiende á impedir que pueda falsearse la voluntad del testador, con arreglo á confabulaciones ulteriores, dando al acto del otorgamiento mayores garantías; y que, en tal concepto, la falta en este caso de ese importante requisito, no puede menos de afectar á la validez del testamento, toda vez que, según prescribe el artículo 687 del Código Civil, será nulo el otorgado sin

observarse las formalidades respectivamente establecidas en todo aquel capítulo».

«Y considerando, por lo tanto, que la sentencia recurrida, lejos de infringir, aplica rectamente los artículos del referido Código, que se invocan por la parte recurrente, porque los dos primeros, ó sea los ya citados 700 y 702, guardan entre sí íntima relación y hay que apreciarlos juntamente; porque el 687, que es además el aplicable, pues el 705 trata del testamento autorizado por Notario, se refiere precisamente á la inobservancia de las *formalidades* establecidas para cada caso; y finalmente, porque la Ley no distingue entre dichas *formalidades* y las *solemnidades* propias de los testamentos, sino que, por el contrario, emplea indistintamente una y otra palabra, por ser sinónimas y referirse ambas á la forma y modo de hacer el otorgamiento; como así lo demuestra el artículo 699 de la misma sección».

«Fallamos: Que debemos declarar y declaramos *no haber lugar* al recurso, etc.»

Otro pleito parecido concluyó el Supremo, por sentencia de 5 de Mayo de 1897, revocando otra de la Audiencia de Burgos, porque tratándose de un testamento escrito, es decir, que hubo tiempo para escribirlo, no se había cumplido con el requisito legal de que fueran cinco los testigos que presenciaran y dieran fe del otorgamiento, pues si bien aparecía suscripto por seis, dos de ellos habían firmado después, y por consiguiente quedó anulado también, lo mismo que el anterior.

Dos casos curiosísimos registra la jurisprudencia de lo criminal del Tribunal Supremo, y los dos revelan un criterio de justicia, digno de aplauso por todos conceptos, puesto que, comprendiendo dicho álto Tribunal la gravedad del delito cometido por los que falsamente

declaran en la protocolización de un testamento hecho de palabra, y dándose cuenta al mismo tiempo de la falta de sanción que para estos casos se apercibe en el Código penal—como decía unas cuantas páginas antes, al ocuparme de los expedientes de jurisdicción voluntaria—ha querido sentar la mano á los falsificadores, y encajando con claro sentido jurídico, el hecho de declarar en falso, en otro artículo de la ley de mejor aplicación para el caso de que se trata, lo ha dejado fuera de los artículos que condenan al que declara falsamente en «causa civil» ó «en juicio», y ha establecido una saludable jurisprudencia que ha de dar alguna más garantía de validez á los testamentos verbales.

Es el primero de estos casos el que dió lugar á la sentencia de 10 de Marzo de 1884, recaída en un recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra un fallo de la Audiencia de Palma de Mallorca, en el que ésta condenó á siete testigos que habian declarado ante el juez de Ibiza en otro expediente de igual naturaleza, y á los interesados que á ello les habian inducido, como autores del delito de falso testimonio en negocio civil comprendido en el repetido artículo 335. El Tribunal Supremo estableció ya entonces la siguiente doctrina: «Considerando que según el artículo 315, el particular que cometiere en documento público ú oficial ó en letras de cambio ú otra clase de documentos mercantiles alguna de las falsedades designadas en el 314, será castigado con las penas de presidio mayor y multa de 500 á 5.000 pesetas; y que las señaladas en el artículo 314 antedicho, consisten entre otras en suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido; Considerando que los hechos probados de haberse elevado por el juez de 1.<sup>a</sup> instancia de Ibiza á escritura el testamento atribuído á Antonio Costa, constituyen un

otorgamiento de instrumento público, al que cooperaron todos los procesados, unos en calidad de testigos, otros en la de inductores de los mismos, y la María N: en la de promotora del expediente instruido; Considerando que al tener la designada participación como autores en el predicho otorgamiento de instrumento público, cometieron la manifiesta falsedad de haber supuesto en el acto sobre que declaraban la intervención de Antonio Costa, que no la tuvo, y además la de haber faltado en absoluto á la verdad en la narración de hechos, comprendiéndose su responsabilidad criminal en el artículo 315 del Código, de que antes se ha hecho mérito, puesto que sin su concurrencia el documento público no había existido; Considerando que el falso testimonio penado en el artículo 335 del Código, se refiere á la aislada manifestación de un testigo, contraria á la verdad, sobre causa ó pleito civil; pero cuando semejante manifestación ó declaración se hace ó presta en relación y concordancia con otras á fin de formalizar un documento especial, para cuya confección requiere la ley, como condición esencial y solemne, la concurrencia, concierto y uniformidad sustancial de dichas declaraciones, no es ya el delito de falso testimonio que comprende el artículo 335 antes dicho, sino el que se define y castiga en los 314 y 315, que es el que se perpetró por los procesados; Considerando por tanto, que la Sala sentenciadora al aplicar el artículo 335 dejando de hacerlo del 315 en relación con los números 2.º y 4.º del 314 ha incurrido en el error de derecho que se le atribuye, etc. Fallamos: que debemos declarar y declaramos *haber lugar* al recurso interpuesto, etc.»

El segundo caso tuvo aún caracteres más curiosos. Tratábase de que, promovido un expediente de juris-

dicción voluntaria por D. José Valdés, marido de doña Josefa Peláez, hija natural de D. Francisco Peláez, para que se elevase á escritura pública el testamento, que según decía, había otorgado de palabra el don Francisco, nombrando heredera á D.<sup>a</sup> Josefa, según acreditaban cinco testigos presentados por Valdés, resultó falso el tal testamento, y todos los que en él intervinieron fueron condenados por la Audiencia de Oviedo, como autores del delito de falso testimonio comprendido en los artículos 335 y 339. Esta sentencia fué casada y anulada por el Tribunal Supremo, declarando que no podía condenarse con arreglo á tales preceptos, porque para ello era preciso que las declaraciones falsas se hubiesen dado en *un pleito* contestado por las partes ante el juez, que es lo que se llama *causa civil*, y además porque no había demanda por valor menor de 50 duros y no se había causado perjuicio.

Pero planteada segunda vez la cuestión ante el Tribunal Supremo, por que hubo necesidad de abrir una nueva causa para depurar si el hecho podía ser punible, con arreglo á otras disposiciones del Código, como se indicaba en la primera sentencia, volvióse á dictar otra en 25 de Junio de 1884, en la que volviendo el Supremo por la buena doctrina, y confirmando una vez más su jurisprudencia, estableció los siguientes fundamentos:

«Considerando que la circunstancia de haberse seguido un juicio anterior contra un acusado sobre los mismos hechos que se le imputan, no es razón suficiente para dar á éstos el carácter de juzgados, al efecto de hacer prevalecer la excepción del número segundo del artículo 666 de la vigente Ley de Enjuiciamiento criminal, si no se demuestra que en el anterior juicio se resolvió, de una manera definitiva, ya sobre la in-

dole de los hechos que motivaron la formación de la respectiva causa, ya sobre la participación que en ellos haya podido tener dicho acusado; Considerando que habiéndose limitado el Tribunal Supremo á declarar en la sentencia de casación á que el recurrente se refiere, sentencia que fué la que puso término al juicio anterior, en el presente caso, que los hechos imputados á D. José Valdés Suárez y consortes no constituían el delito de falso testimonio en causa civil, con arreglo al cual imponía una pena la Audiencia de Oviedo, si bien podían definir otro de los definidos en el Código, es evidente que se limitó á resolver una cuestión concreta de derecho sin prejuzgar, y consiguientemente sin juzgar la verdadera índole de tales hechos, aun cuando en la segunda sentencia emplease la única fórmula que podía emplear, ó sea la de absolución, limitada concretamente por lo mismo al equivocado delito que se atribuía á los acusados; Considerando que no se infringe el principio de la autoridad de la cosa juzgada reconocido en nuestras leyes con determinadas excepciones, cuando el Tribunal Supremo, dentro del círculo estrecho y de los límites que la ley de casación criminal le marca, se ha concretado á resolver la determinada cuestión de derecho que en el recurso se le presenta, si al hacerlo se reservó en juicio definitivo sobre los hechos que hayan motivado aquélla, aunque después se presente en nuevo procedimiento, la cuestión legal sobre los mismos hechos bajo distinto aspecto; pues falta en este caso la condición de *eadem causa petendi*, ó sea la de identidad de acción que ha de concurrir, para que pueda tener aplicación el principio de derecho *non bis in idem*, según este Supremo Tribunal tiene ya declarado en sentencia de 24 de Enero de 1880; Considerando que la Sala de lo criminal de la Audiencia de

Oviedo no ha infringido consiguientemente dicho principio, al condenar un delito frustrado de falsedad en documento público, porque atendidos los términos de la sentencia de casación y los de la que se dictó á continuación, se infiere que éstos no tuvieron más objeto y trascendencia que los de declarar, mal calificados los hechos de la causa, sin haberlos podido juzgar entonces bajo su verdadero aspecto; Considerando que tampoco ha infringido la referida Audiencia los artículos 314 y 315 del Código penal que al presente aplica, porque teniendo las diligencias practicadas y declaraciones que prestaron los testigos procesados y penados, el objeto de elevar á escritura pública un supuesto testamento, hecho de palabra, es indudable que se intentó cometer falsedad de semejante manera en un documento público, como hubiera sido aquél en que constara la última voluntad del difunto D. Francisco Peláez, intento que *se frustró* por virtud de la querrela criminal interpuesta contra dichos testigos por D. Alvaro González Grande, heredero ab-intestato».

«Fallamos: que debemos declarar y declaramos *no haber* lugar al recurso interpuesto, etc.»

Esta jurisprudencia es mucho más previsorá, como á simple vista puede juzgarse, que la establecida para el testamento ológrafo; es todo lo contrario que aquélla; ofrece opuesta tendencia, pues ahí se quiere ir más allá del Código interpretando el precepto legal con toda la amplitud posible aun prescindiendo muchas veces de los requisitos y condiciones más necesarias, y aquí se pretende venir más acá, digámoslo así, restringiendo, cuanto es humano restringir el artículo de la Ley en que tan temerariamente se han abierto las puertas de los abusos y falsedades, sin que en rigor de verdad, y á mi pobre juicio, haya suficiente motivo para



tal distinción, porque tan peligroso es el testamento ológrafo como el *in articulo mortis*, y tanto hay que guardarse del uno como del otro.

\* \* \*

En Francia ha llegado á ser tan grande el rigor que se ha tenido por guardar las solemnidades de los testamentos, cuando estas solemnidades se encuentran expresamente preceptuadas, que puede citarse la sentencia del Tribunal civil de París de 14 de Julio de 1851, en la que resolviendo el modo y forma en que debió hacerse al testador la lectura de un testamento *in articulo mortis*, agravando las disposiciones del Código, declaró que dicha lectura debía ser, bajo pena de nulidad, no sólo de su parte esencial y de aquéllo que constituiría el nervio y el eje de la disposición, sino también de aquélla en que se hacía la mención de que no había podido firmar el testador, sobre todo en los testamentos *in extremis*, según acentuaba y repetía la sentencia.

Mucho más discreto que el español el Código chileno, pero coincidiendo con nuestra jurisprudencia, dispone en su artículo 1.035 que «ha de justificarse que no había modo ó tiempo de otorgar testamento solemne». En la misma precaución concuerda el del Uruguay, mandando secamente en su artículo 954 que «el testamento sea siempre escrito» y únicamente, cuando pueda probarse que fué imposible el otorgarlo de esta forma, es cuando ha de hacerse como ordena el 973 ante la presencia de tres testigos, de los cuales dos deben saber firmar, y si á los ciento ochenta días el testador vive todavía ha perdido todo su valor y fuerza.

«En los pueblos de la campaña y en la campaña,— dice el 34 de la República Argentina—es cuando puede otorgarse, no habiendo escribano en el distrito de la municipalidad, ante el juez de paz del lugar, y tres testigos residentes en el municipio, y si no hubiera juez, ante un miembro de la municipalidad y tres testigos».

El Código civil ruso, que distingue entre testamentos auténticos y privados, dispone en su artículo 633, que en casos extremos y redactándose siempre por escrito la última voluntad, debe firmar el último el que lo haya escrito y con él tres testigos; pero si uno de éstos es el sacerdote que ha confesado al testador, podrán reducirse á dos. El austriaco ordena así mismo en su artículo 585, que se otorgue ante tres testigos por lo menos, y que los tres de acuerdo ó cada uno por separado, escriban y redacten las declaraciones del testador.

En Italia se ha limitado esta facultad de hacer testamento á última hora, al caso de peste ú otra enfermedad reputada de contagiosa, pero debiendo hacerse ante Notario, ó juez ó alcalde, ó del que haga sus veces ó del cura párroco en presencia de dos testigos.

Y Escocia lo ha borrado para siempre de sus leyes.

De propósito he dejado para último término el Código civil de Alemania, que empezará á regir en el imperio desde el año 1900. Las precauciones y los cuidados que en este Código novísimo, llamado á promover una verdadera revolución en el Derecho civil europeo, se dedican á las sucesiones y más especialmente á los testamentos, son delicadísimas. Tratándose del testamento abierto otorgado ante juez ó ante Notario, se exige, además del testamento mismo, la redacción de un acta especial, suscrita por el autorizante, el testador y los testigos instrumentales, sin la cual puede ser nulo el testamento. Con esto está dicho todo, para su-

poner lo que el legislador alemán se habrá preocupado pensando en las demás clases de testamentos especiales, que por imposiciones de la vida y de las costumbres no había más remedio que reconocer.

Ya recogí la sabia medida que tomaba este Código para con el testamento ológrafo, á fin de librarlo en lo posible de asechanzas y pasiones. Legislando ahora sobre los testamentos *in artículo mortis*, dispone terminantemente en su artículo 2.249: «Cuando puede temerse que el que tenga intención de testar muera antes de la confección del testamento ante el juez ó ante el Notario, podrá hacerlo ante el jefe del municipio en que se halle, ó en el caso en que se encuentre en un barrio ó sección municipal, unida por una ley del Estado ó un municipio, ante el jefe ó primera autoridad de esta sección ó barrio. El jefe del municipio ó de la sección deberá llamar dos testigos. Son aplicables á esta materia las disposiciones de los artículos 2.234 á 2.246. El jefe del municipio ó de la sección reemplazará al juez ó Notario». «En el acto deberá hacerse constar el temor de que no sea posible hacer el testamento ante el juez ó ante el Notario. Aunque este temor sea infundado, no por eso se anulará el testamento».

¿Qué podemos deducir al fin, después de este ligerísimo paseo por las legislaciones de los principales países del mundo? Pues que en ninguna parte existe el testamento ante testigos en la forma tan arriesgada que existe en nuestra actual legislación; unas veces se exige por disposición terminante de la Ley, que se haga por escrito, y si no se hace así, no es válido, y otras, en la mayoría de los casos, especialmente en Alemania que va á la cabeza de la cultura jurídica, se exigen tales garantías por parte de la autoridad, que aquel testamento acaba por no parecerse en nada al nuestro.



## IV

Entro ya con esto en los últimos confines y á tocar ya los linderos del trabajo, pequeño, modesto y sin pretensiones, que me había propuesto desarrollar para demostrar el enunciado que con una sola frase escribía en mis primeras cuartillas: la INSEGURIDAD TESTAMENTARIA.

Creo haber patentizado la tal «Inseguridad», y con ella la verdadera y legítima zozobra en que debía encontrarse el ánimo y el espíritu de los ciudadanos, si al ser como debiéramos hombres que se preocupasen de la fuerza de nuestro derecho y del imperio de nuestra Ley, hubiera alguien que se tomase la molestia de pasar la vista por los artículos 688 y 700 del Código civil vigente, de este Código que se promulgó con tan brillantísima aureola, para caer como caerá al poco tiempo de su régimen completamente desprestigiado y hecho pedazos, por que las costumbres están muy lejos de él, ó él está muy lejos de las costumbres; pero desgraciadamente, nuestro pueblo es un pueblo de *snoobs*; su derecho, su cultura, su civilización y sus ideales los funda á veces ¿en qué? ¿en la grandeza de sus oradores? ¿en lo indomable de su valor? ¿en los laureles de su historia? ¡No! En una estocada del *Guerra* ó en la bárbara lucha de un elefante con un toro.

Esto es lo único que atrae, que subyuga, que domina. Aquella hermosa «lucha por el derecho» de que hablaba Von Ihering, es un mito una utopia; el pensar como pensaba aquél sabio jurisconsulto al decir que «los que critican en este sentido el amor á la lucha,

tienen que romper toda nuestra noble literatura y toda la historia de las artes, desde la Iliada hasta Homero, y las famosas esculturas de los griegos hasta nuestros días» en España es casi tanto como estar loco, y el creer como él creía que «la lucha es el trabajo eterno del derecho» y que si es una verdad decir: «ganarás tu pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también: Solamente luchando alcanzarás tu derecho» es cosa que suena en muchos oídos como una cosa extraña, como algo que no se ha escuchado nunca, y únicamente para los pensadores, para los jurisconsultos y para los que empezamos, guiados por ellos, á dar nuestros primeros pasos en las Universidades, es para los que vale y representa lo que debiera valer y representar.

Y no se diga como se dice por algunos que el derecho es un estudio muy complejo, muy enrevesado, que nadie tiene obligación de conocer y que el conocimiento de lo que es verdaderamente «jurídico» sólo debe estar y está sometido á los Abogados, que gozan con esas disquisiciones y disputas, pues fácil será demostrar siempre que lo «jurídico» no es nada extraño, no es nada imaginario que los hombres se han forjado para tener en qué pensar; lo «jurídico» es toda nuestra vida, desde que nacemos y nos ampara con su manto, registrando nuestro nombre y definiendo nuestro estado; después, nos protege si nos ve abandonados, sanciona nuestra felicidad con un vínculo de amor, regula nuestros negocios, señala límites para los contratos y nos entrega la tabla de nuestro derecho, hasta que vela á la cabecera de nuestro lecho para recoger nuestra última voluntad con nuestro último suspiro.

El derecho, pues, «lo jurídico» es toda la vida del hombre.

Esto es muy grande, muy hermoso, significa y representa el más sublime sacrificio que todo Estado y toda sociedad puede y debe hacer por sus ciudadanos, y pese á quien pese, exista ó no la aristocracia del derecho por falta de vulgarización y de entusiasmos, es innegable que tal estado de derecho vive y palpita y que uno de sus más trascendentales aspectos es aquel en que las leyes se preocupan de reglamentar y metodizar todo lo que el hombre puede pensar para después de su muerte; en momentos tan extraordinarios como los que al ver abrirse ante él las puertas de la eternidad ve á su lado, no sólo á aquel que con sus oraciones ha de ayudarle á traspasar para siempre esas puertas, sino también á la figura augusta del Estado, que tiende sus brazos hacia el moribundo para recoger en depósito sagrado su última voluntad y prestarle el calor y la vida que tantos legisladores y tantos juriconsultos dieron con su entendimiento á las leyes.

Las disposiciones *mortis causa* son por tanto á mi modesto entender la parte más interesante de la vida jurídica; regulan, como decía antes, el modo y la forma de manifestar esas disposiciones, son cosa importantísima y trascendental, y ante ellas hemos de vernos por fuerza contristados, después de haber tenido la paciencia de recorrer conmigo todo lo que en esta atropellada Memoria acabo de estampar, si á la postre hemos de sacar en consecuencia, que bien en circunstancias ordinarias como en las que puede darse el testamento ológrafo, ó bien en circunstancias de gran anormalidad y extravío, como en las que se da el testamento *in artículo mortis* ante testigos, la voluntad del testador puede escarnecerse, su postrer pensamiento desaparecer ante los ataques de la ambición y de la malicia, y en definitiva no hacerse nada de lo que él quiso

que se hiciera, porque nuestro Código, el mismo que debiera velar por su tranquilidad, es el que más motivos de inseguridad ofrece con ciertos preceptos á los testadores.

Lo peor del caso es que tales preceptos se ofrecen envueltos en el ropaje que más encanta, en el de la ausencia de todos los formalismos, gastos y requisitos que es preciso tener en cuenta y hacer, para otorgar por ejemplo un testamento ante Notario. ¿Qué duda cabe que habrá muchos testadores que piensen es mucho mejor sentarse en el bufete, ante un pliego de papel sellado que puede costar una peseta, y redactar allí mismo su última voluntad, sin prisas, sin molestias, sin tener que buscar la cédula de vecindad, ni ningún otro papel que hubiera tenido que llevar á la Notaría, y sobre todo sin que nadie más que él se entere de lo que hace? ¿Puede tampoco dudarse que mucho más cómodo que todo esto, sobre todo para los testadores que creen que nunca se van á morir, y que además ignoran que antes pudieron testar ológrafamente, ha de ser siempre el llamar á cinco testigos cuando se encuentran apurados en vez de mandarles un recado al Notario? Evidentísimo.

Por eso precisamente es por lo que hay necesidad de ser más parcios, y rodear de mayor número de garantías y seguridades esta especie de testamentos, procurando siempre, como primera condición, como circunstancia imprescindible, que la «autenticidad testamentaria» sea un hecho; pero no la autenticidad que generalmente se entiende, no la que proviene de que se protocolice un testamento así otorgado y después se eleve á escritura pública, porque este concepto se refiere á las «solemnidades» del testamento y no á las «formalidades» de su otorgamiento, ya que tan lamentable con-



fusión surge á veces de mezclar la idea de lo «auténtico» con la de lo «solemne»; para lo que se necesitan garantías, y para lo que se exige la autenticidad es para el «acto»; para ese acto de colocarse el testador ante el papel sellado y ver el moribundo rodeado su lecho de cinco testigos.

Partiendo de este concepto de la autenticidad es como acabo de estudiar los artículos 688 y 700 del Código Civil. ¿Es que con tales disposiciones de la Ley queda asegurada la última voluntad? Después de haber estudiado el aspecto científico de esta especialísima clase de testamentifacción en la autenticidad; de haber buscado el origen histórico de ambas instituciones en nuestros cuerpos legales; de haber seguido de un lado el movimiento de la codificación y jurisprudencia extranjeras, y de otro la discusión en nuestras Cámaras del Código Civil y el movimiento seguido á su vez en la jurisprudencia española, rematando todo ello con las opiniones de sabios jurisconsultos que, por sus talentos, sus afanes y sus estudios, han dado días de gloria á la fiscalía del Tribunal Supremo, á la tribuna forense y á la literatura jurídica de España, concluyo repitiendo que no, y afirmando que, si algo han conseguido, es colocarnos en un estado de *inseguridad testamentaria*.

Parecía, en efecto, que desde la Novela 107 de Justiniano se había ido deslizándose por las legislaciones la idea del testamento ológrafo, aun pasando por encima del testamento otorgado *in calatis comicis* y á través de los codicilos había llegado á solidificarse algo en las inmortales «Partidas» de D. Alfonso el Sabio, para cristalizar al fin en las memorias testamentarias, buscando siempre los testadores libertad y expansión para otorgar las últimas voluntades; pero no contábamos

con la huésped, y es que en cuanto nuestros legisladores lo vieron escrito en el Código de Napoleón, lo transplantaron de golpe y porrazo al proyecto de Código Civil de 1851 primero, después al de 1882, más tarde al Código de 1888, y por último al reformado y vigente de 1889, sin tener para nada en cuenta aquella máxima verdaderamente inmortal de nuestro derecho patrio, que aconseja hacer reformas, lenta y pausadamente, *sin ruido que las estorbe* y como

*«puedan los hombres entendidos y sabidores del derecho.»*

Si es que hubo el propósito de introducir una novedad con el testamento ológrafo, tomándolo del Código francés, hay que convenir en que este propósito no se ha realizado porque, como ya se ha visto en tiempos de San Isidoro, ya daba este ilustre varón, en sus célebres *Etimologías*, alguna idea de lo que pudiera ser el testamento mencionado, y además demostrado queda que también se siente palpitar la misma idea desde los romanos hasta la época de Napoleón. Lo que no podía esperarse es que, á pesar de la ruda y brillante oposición de que fué objeto en el Senado español, por parte de oradores y jurisconsultos eminentes, no lograra salir de allí con más garantías para la autenticidad, ya que no hacerlo desaparecer completamente, porque acordado estaba en la ley de bases; y, sobre todo, mucho menos podía esperarse todavía que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que después lo sancionase, viniera á desatar más aquellas garantías, habiendo quedado patentizada en la citada discusión parlamentaria la ineludible necesidad de estrecharlas á restringirlas.

De igual modo me parece haber demostrado que el testamento ante testigos, en la forma que hoy permite

y consiente el Código Civil, es una amenaza constante contra el éxito de las últimas voluntades, toda vez que, ya sea por la ignorancia de este país, tan atrasado para el bien, ó ya sea por los inconvenientes y peligros que la prueba testifical ofrece también en este país, tan avanzado para el mal, no es lógico pensar que en la mayoría de los casos puedan ser ciertos y válidos estos testamentos, y si lo es, que con ello puede resultar atropellado uno de los derechos más legítimos y sagrados de los conquistados por el hombre. En este punto me acompaña, por fortuna, el Tribunal Supremo, que lo mismo en lo civil que en lo criminal ha establecido una jurisprudencia enérgica, serena y justa, tanto para exigir, restringiendo el precepto legal, más formalidades de las exigidas por la misma Ley, como para imponer á los captadores de herencias el castigo que por su delito merecen.

He hecho hincapié en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y la he puesto de relieve copiando textualmente no pocas veces los mismos Considerandos de las sentencias, no solamente porque se trataba de comentar y criticar dos artículos sumamente débiles del Código civil y mi deseo era buscar en la jurisprudencia los apoyos necesarios para robustecerlos y comentarlos con su interpretación oficial, sino también porque á pesar de haber introducido el Código civil la extravagante novedad de suprimir de un plumazo, esta fuente de derecho, es lo cierto que al hacerlo se ha padecido uno de los mayores errores jurídicos que padecieron, dicho sea con todos los respetos debidos, los redactores de dicho cuerpo legal, pues no pudiendo ser las leyes casuísticas, no llegando hasta el detalle de los mil casos que puedan presentarse en la vida, el articulado resulta siempre un cuerpo inerte y frío, sin el soplo vivi-

ficante de los Tribunales y sin el contacto fragoroso de la realidad que palpita.

De manera es, que la idea de la *inseguridad* ha ido agigantándose á cada paso que he dado, en los precedentes, en la jurisprudencia, en las opiniones de los jurisconsultos, sobre los artículos 688 y 700. La falsificación está y estará siempre despierta entre nosotros contra el testamento ológrafo, porque España, ¡triste es decirlo! produce los mejores falsificadores del mundo; ninguna estadística de lo criminal registra tan frecuentes y extraordinarias falsificaciones realizadas por habilísimos y expertos criminales. Y como si esto no fuera bastante todavía puede preguntarse: ¿dónde está la seguridad para el testador que escribe su testamento en papel sellado y lo guarda en su *secrétaire*, de que cuando él muera no ha de haber un pariente ambicioso, de esos que á última hora rodean como cuervos los cadáveres, que al encontrarse con el testamento y verse en él desheredado, raje en cuatro pedazos el pliego ó lo arroje iracundo sobre las llamas de una chimenea?

¡Y así es cómo se quiere que se teste! Exponiendo al testador á toda esta serie de peligros, clavando en su alma una espina dolorosa, cuando estremeciéndose ya por los escalofríos de la muerte, no tenga una prueba evidente de que los testigos que apresuradamente llegaron hasta él para escuchar de sus labios su última voluntad, hayan de decir ó no después la verdad de lo que han oído, y acaso perezcan de hambre aquella mujer amorosa, que se aflige ante el solo anuncio de su muerte y aquel hermano cariñoso que vino de luengas tierras por recoger su postrer mirada. ¡No! La Ley no puede ser tan tirana, tan inhumana, tan desconsiderada; la Ley tiene que amparar y proteger á los testadores

sobre todo en sus últimos momentos; y si esa Ley guarda tan pocos respetos para cosa tan grande, fuerza es reformarla, borrando de ella preceptos tan absurdos ó revistiéndolos de fórmulas más serias, más categóricas y más terminantes.

Por fortuna, ocupa hoy el Ministerio de Gracia y Justicia un ilustre maestro y experto juriconsulto que, puestos los ojos en el nuevo Código promulgado en Alemania, se propone dar á España una nueva legislación civil más conforme con todos los adelantos del derecho, que tan vivísimo progreso ha emprendido de poco tiempo á esta parte en el imperio Germánico. «Hay que empezar por abolir—decía el ministro á un periodista,—ese anticuado sistema de clasificar el derecho en personas, cosas y acciones, que tanto combatimos en el Senado»; y siendo el pensamiento del señor Durán y Bas tan radical, lógico es pensar que los dos testamentos de que me vengo ocupando han de sufrir reformas importantes, más en armonía con el modo de ser de nuestras costumbres, de nuestros ideales, y de las nuevas corrientes del derecho, que en estos tiempos de decadentismo tanto tiene que guardar de la maldad de los hombres.

Ya hemos visto lo previsoros que estuvieron los legisladores alemanes en los dos artículos de su Código que he dejado apuntados, ordenando en uno que, para ser válido el testamento ológrafo escrito todo él de puño y letra del testador, había de cumplirse con el requisito necesario y la condición indispensable de que el mismo testador lo depositase previamente en manos de la autoridad, y para que también tuviera validez el otorgado ante testigos, se exigía que la autoridad presenciase el otorgamiento, llegando la escrupulosidad del Código en este punto á establecer una verdadera

jerarquía de autoridades, según los casos y las circunstancias, para que en ningún momento pudiera faltar condición tan importante, pues fácilmente se deduce, que si faltara alguna vez, el testamento sería nulo, pues por lo visto en aquel sensato país se tiene cabal idea de la importancia del acto testamentario y de las violaciones de que puede ser objeto.

De esta forma ya podría aceptarse semejante testamentifacción; con ella no cabe hablar de inseguridades, tratándose de un pueblo tan culto y que tan bien sabe mirar por sus derechos; pero todavía habría que pensar si lo que allí produce tan excelente resultado, lo produciría también en España; habría que medir antes la cultura general de uno y otro pueblo para decidirse á transplantar la institución, y á buen seguro que á poco que nos fijemos, hemos de caer en la cuenta de que no estamos á la misma altura, y de que aún hay necesidad de adoptar mayor número de precauciones, para que la planta pueda desarrollarse con vigor, sin peligro de que al crecer se atrofia como se ha atrofiado el testamento ológrafo, y cuando dé frutos sean éstos tan perversos y tan envenenados como los que han dado aquí, para mal de todos y desprestigio de la institución, ambas clases de testamentos.

¿Qué hacer, en una palabra? Allá discutan tratadistas, pensadores y jurisconsultos, y allá redacte la nueva ley la comisión codificadora recientemente reorganizada, para bien del derecho patrio, y que con tanta actividad parece que pretende comenzar sus trabajos; pero lo que no puede negarse, lo que salta á la vista y deslumbra como deslumbra el resplandor del relámpago anunciando la tormenta, es que este estado de cosas no puede seguir, esta «inseguridad testamentaria» no puede continuar; y no habrá medio alguno de reforzar

los resortes como el de reforzar también el principio de autoridad, para que esta sea quien quiera, un alcalde, un juez, un concejal y hasta un párroco, si por autoridad puede tomarse, intervenga en los actos de última voluntad, ya para recibir en sus manos el testamento ológrafo de las mismas manos del testador, ya para certificar con los cinco testigos las palabras del moribundo tal como fueron escuchadas primero de sus labios é inmediatamente escritas.

Esta, por lo menos, es mi pobrísima opinión, lanzada al azar después de haber llegado hasta esta cuartilla examinando todo lo que ha sido y debe ser la autenticidad testamentaria y contando desde luego al lanzarla con la tacha que á esta opinión se la ha de poner por lo desautorizado de su origen, preciso me ha de ser, para concluir, el recordar la frase que D. Francisco de Quevedo ponía en labios del conde de Lemos, al terminar el más brillante de sus sueños:

«por la boca de una sierpe de piedra  
sale un caño de agua».

HE CONCLUÍDO.

*Madrid 29 de Mayo de 1899.*











Esta obra se vende al precio de **dos pesetas** en las principales librerías, y en casa del autor *Barquillo, 45 entresuelo izquierda.*



87

