

# EL TESTAMENTO FONOGRAFICO

POR

DON PUBLIO HEREDIA Y LARREA

PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE CÁCERES



MADRID

IMPRENTA DE LA «REVISTA POLITICA»

Oficinas: Bola 8, pral. dra.

1895

2

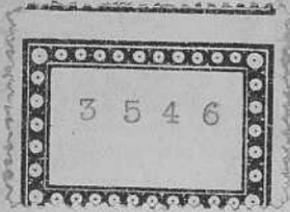


1.392

1950

8-3-

EL TESTAMENTO FONOGRAFICO



3 5 4 6

# EL TESTAMENTO FONOGRAFICO

POR

DON PUBLIO HEREDIA Y LARREA

PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE CÁCERES



MADRID

IMPRESA DE LA «REVISTA POLÍTICA»

Oficinas: Bola 8, pral. dra.

—  
1895.



# INTRODUCCION

## I.



SIEMPRE fué atrevida empresa y peligroso trance sacar á la luz pública novedades jurídicas, por ser materia en la que, comúnmente, lo bueno no es nuevo, y lo nuevo no es bueno, como dijo cierto viejo maestro cuando fué interrogado acerca del mérito de la música de un joven competidor que le salió en la esfera del arte y que, no obstante, esta acerba crítica de sus primeras obras, ha llegado también á adquirir justa fama de gran maestro. Pero si en todos tiempos han sido y serán espinosos tales atrevimientos, hoy que el mero anuncio de una reforma legis-

lativa pone en brasas á las gentes de buen vivir, en acecho á los que han descubierto el arte de no vivir mal explotando las minas de la Novedad, y en pié de guerra á los que nunca han dejado vivir á nadie sin hacerle sentir el peso de su autoridad y de su ciencia desde el memorable día en que la creación se pudo ya considerar perfecta y acabada con el advenimiento al mundo del primer erudito, se necesita, en verdad, acreditado valor para decidirse á proponer innovaciones en terreno tan espigado, por modestas é inofensivas que sean, sobre todo si el que se arriesga en semejantes aventuras es hombre obscuro y nada ducho en navegar por los revueltos golfos de la política y del periodismo; y no digo de escasas letras y de menguadas luces, por ser muy justo que por estas faltas sufra el castigo que Dios y el público sensato tengan á bien imponerle.

En cuanto á la prevención de los hombres de bien contra todo conato de reforma, hay que reconocer que es justificadísima, pues son los que sufren las consecuencias de este perpétuo desasosiego y de esta aversión, efectiva ó convencional, á todo lo existente, fomentada por la prensa callejera que ensalza como más meritorio y glorioso el deslumbrador, aunque infecundo trabajo de destruir para redificar, que la humilde aunque seguramente más útil tarea de ir mejorando aquello de que se está en posesión, y que pregona con entusiasmo todo anuncio de novedad, por descabella-

da que sea, como cebo de lectores tan apetitoso, por lo menos como la noticia fresca y estupenda. Las revistas científicas y profesionales, que parecía natural que, en materias tan graves, fuesen las encargadas de contener los extravíos de la llamada opinión pública, adulan también éstas pasiones convirtiéndose en algo muy parecido á los *Magasins des demoiselles* ó periódicos de modas ya por interés de empresa, ya por rendir culto á la vulgaridad científica que, aunque más aparatosa, es una vulgaridad tan corriente como las demás. Y hasta los mismos autores de libros serios caen no pocas veces en la estravagancia y en el desvarío, persiguiendo el fantasma de la originalidad con olvido de más altas exigencias de lo que hemos convenido en llamar su sacerdocio. Fácil es, por consiguiente, comprender que el concurso de tantos intereses poseídos del mismo vértigo es un peligro constante y gravísimo para la legislación; pues con tal estado de ánimos la palabra más impremeditada, la proposición más atrevida, pueden alcanzar en el momento menos pensado un éxito asombroso, aunque funesto, no ya en los ateneos de café y en las academias de casino, sino hasta en ese sagrado recinto, que en un tiempo se llamó templo de las leyes, y que designarlo hoy con el nombre de fábrica constituye una suprema galantería. De aquí se origina necesariamente que no haya interés ni derecho sólidamente asegurados y que hasta los hombres de más reposado juicio, recelosos

siempre del porvenir, vayan perdiendo en él toda confianza y con ella la serenidad de espíritu que es base fundamental de la tranquilidad, del bienestar y hasta del decoro y crédito de las naciones.

## II.

Hasta ahora el derecho civil se había visto libre de la influencia innovadora, ó cuando menos, muy débilmente combatido por ella; pero dos italianos ilustres, Enrique Cimbali y José D'Aguanno han entrado ya por ese camino. El primero de un modo discreto y medurado, en un libro de indiscutible mérito (1) en el que, después de un interesante trabajo crítico de todas aquellas instituciones de la legislación de su patria que, á su juicio, no responden á las verdaderas necesidades de la sociedad moderna, indica los términos y dirección en que convendría modificarlas, y plantea por último la cuestión del método racional para la distribución de las materias que deben formar parte de un futuro código de derecho privado social; es, sin embargo, una obra del más acabado corte moderno, de esas en que se prescinde del estudio de toda cuestión concreta, trabajo árido y desairado que no es del

---

(1) *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales.* — Traducción de D. Francisco Esteban García, Juez de instrucción y de primera instancia por oposición.

gusto de los autores del día, y se adopta el método de la generalización y de la crítica en conjunto, que es más cómodo y lucido. El segundo afronta el problema de una manera resuelta y radical en otro libro (1) no menos notable, que es un formidable arsenal de citas de obras científicas, filosóficas y jurídicas sobre los más recientes adelantos de la antropología, sociología, geología, paleontología, palenología y demás ciencias de la familia, para venir á sostener en síntesis que la sociedad es un grande organismo regido por leyes semejantes á las que gobiernan todo el mundo orgánico, pero que pueden reducirse á dos, *la herencia y el ambiente*; que el derecho como fenómeno psicológico pertenece al campo de la psicología experimental, y como fenómeno social al de la sociología, pero en uno y otro caso á la antropología científica y que, por consiguiente, su estudio, como parte del estudio antropológico, corresponde al orden de los conocimientos que se adquieren por medio de la observación y que lejos de haberse seguido este camino se ha adoptado por las escuelas filosóficas un método puramente subjetivo que es tanto como decir artificioso y arbitrario; habiéndose desarrollado la antropología científica y el derecho en terrenos completamen-

---

(1) *Génesis y evolución del derecho civil según los resultados de las ciencias antropológicas é histórico-sociales.* — Traducción de D. Pedro Dorado Montero, Profesor de derecho en la Universidad de Salamanca.

te distintos, sin embargo de la conexión que entre estas ciencias existe y de que ni una ni otra pueden darse más que sobre datos de *hechos*, no sobre entidades hipotéticas, siendo por consiguiente indispensable variar radicalmente el rumbo de los estudios jurídicos y fundar en bases absolutamente 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, quedarán resueltos de un modo ya definitivo todos los problemas jurídicos y sociales relativos á la verdadera igualdad, constitución de la familia, derechos de la mujer, matrimonio, divorcio, propiedad, expropiación, sucesiones, condiciones del trabajo y demás polémicas que traen desde hace siglos trastornado el mundo por culpa de la esterilidad de los sistemas filosóficos que, hasta ahora, han pretendido en vano, con falsos é inseguros criterios, buscar por las nubes la noción de la justicia y del derecho, siendo así que son hechos psicológicos y sociales que están al alcance de nuestros sentidos, y casi de nuestra mano, sin necesidad de abstracciones metafísicas que los saquen de quicio.

Para esta nueva escuela (si es que puede llamarse nueva á una cruz del antiguo utilitarismo y del positivismo de Comte y Littré con atavíos de Spencer y amenidades antropológicas) todo lo que no sea ir á buscar la raíz de las instituciones y costumbres de los

pueblos en las cavernas donde están sepultados los venerables restos de las eminentes personalidades jurídicas del período cuaternario y deducir el fundamento racional de dichas instituciones de las excitaciones de los ganglios, del desdoblamiento de las células ó de otros fenómenos fisiológicos semejantes, es signo evidente de una superficialidad incompatible con las exigencias actuales de la ciencia. Todas las opiniones emitidas sobre las más profundas y capitales cuestiones de la filosofía y del derecho por Puffendorf, Binkershoe, Mably, Rousseau, Tronchet, Merlin, Domat, Guelfi, Bentham, Bacon, Grocio, Gabba, Mattiolo y otros muchos ilusos metafísicos (1) y caprichosos juristas que la inagotable erudición del autor pone en la picota para escarmiento de sus errores, sin perdonar á ninguno y con altruismo algo escaso para un admirador de Spencer, son opiniones *aprioristas* que no sirven para la verdadera investigación científica y que dejan sin solución satisfactoria todos esos problemas y sin base sólida todas las leyes hasta hoy conocidas en las cinco partes del mundo.

Esto del *apriorismo* es por lo visto la más negra y hedionda excomunión que le puede caer encima en estos tiempos á un hombre de ciencia ó con pujos de serlo, y aunque yo bien sé que, en el fondo, estos apo-

---

(1) Nombre con que los antropólogos parece que quieren designar genéricamente á todos los que han escrito sobre filosofía y ciencias morales y jurídicas.

dos científicos no son por lo general más que una trivialidad, preciso es, sin embargo, reconocer que hay que mirarlos con respeto, pues han causado más estragos en el sentido común que los sofismas mejor hilados y son el dardo más certero y venenoso que se puede disparar contra la vanidad humana. Jurisconsultos muy sesudos y muy ilustrados ha habido en España que hartos de oírse llamar doctrinarios se han lanzado de la noche á la mañana, con universal asombro, por el despeñadero de las reformas y de las novedades, y sin consultar la opinión, pues en realidad no había para que, toda vez que sólo se trataba de poner á salvo su particular decoro científico, sin el más pequeño conato de ensayo, sin empezar siquiera por términos medios, han realizado tales proezas legislativas, que los que pasaban por radicales de abolengo y reformistas de pura sangre se han quedado tamañitos, hasta el punto de que hay quien piensa que ahora van á ser éstos los que emprendan la novísima obra de misericordia de poner término á tan interminable desbarajuste y de volver el alma al cuerpo á la pobre y asendereada justicia histórica.

Pero dejando á un lado esta digresión que no he querido omitir porque espero me habrá de ser perdonada, siquiera en gracia de que con ella se explican cosas inexplicables, tal vez mejor que con serias y meditadas razones, y volviendo á coger el aspado y rastrellado hilo del método antropológico, diré al lector

que según el dogma fundamental de la escuela, el único procedimiento seguro y positivo de investigación, el criterio infalible y exclusivo de verdad, consiste en no partir nunca de hipótesis, sino de *hechos* ciertos y evidentes. Mas hay que tener mucho cuidado de no incurrir en la ligereza de creer que entran en esta categoría los que han servido de base á ese infinito número de respuestas y sentencias de los juriconsultos romanos sobre cuestiones precisas, concretas y genuinamente jurídicas con las que se ha formado el derecho que, sin saber por qué, se ha llamado hasta ahora la razón escrita; ni siquiera los acontecimientos históricos que han dado origen á las Constituciones de los Príncipes de los diversos países que han tenido la pretensión de sacar de tales acontecimientos consecuencias jurídicas y de condensarlas en una regla común á la que pudieran sus súbditos ajustar sus actos, ni mucho menos pensar que merecen el nombre de hechos de esa índole las costumbres que han llegado á alcanzar sanción solemne en los fueros, cartas y ordenanzas de tantos pueblos, villas y lugares que hacen alarde de ese timbre de gloria.

No: los hechos indiscutibles y seguros, los que están completamente libres de toda sombra de vanas hipótesis, son aquellos que no se hallan escritos en ningún libro susceptible de mixtificación, ni han llegado á nosotros por medio de visionarias tradiciones, aquellos en fin que están grabados por la mano del tiempo

en el seno de las rocas antdiluvianas y que hablan con solemne é incorruptible elocuencia á todo el que sabe consultarlos. Así, pues, el hallazgo de un hueso humano con una fractura consolidada, es dato concluyente de la existencia de un Nélaton pitecoide; la proximidad de dos grupos de habitaciones palustres pone fuera de discusión nada menos que el origen del derecho internacional en aquella edad venturosa de la matriarquía en la que el amor libre era la fuente pura é indiscutible de la soberanía, y en la que gracias á la hábil política de las madres ancianas, se logró lo que nuestros Meternichs no han alcanzado todavía, que es entenderse con los vecinos; por último, el encuentro de sílex aguzados ú otros restos del genio industrial de los contemporáneos del gran oso de las cavernas y del mammoth, construídos con primeras materias distintas de las naturales y ordinarias del terreno en que se descubren, es, así mismo, signo evidente del comercio y hasta precedente del que no puede prescindir el que quiera saber algo de derecho mercantil, pues ciego ha de ser quien no vea ahí el gérmen de los contratos de comisión y de transporte y, hasta si me apuran, del de cambio.

Creo que con estos ejemplos hay tela cortada para calcular lo mucho que puede ganar el derecho auxiliado con datos y elementos tan interesantes y, sobre todo, tan concretos, para su investigación y estudio; y aun es más fácil de adivinar todavía el partido que

sacará un hombre de ciencia de los que pican en prehistoria, que á nadie se le oculta, que es cosa mucho más seria que picar en historia á secas, de la averiguación de lo que ocurrió en tiempos tan remotos y primitivos en los que, sin temor ni recelo de ser desmentidos, se pueden meter las manos hasta los codos en todo cuanto sean inducciones antropológicas, pues como dice la Gatomaquia (y ruego que no se eche la cita á mala parte, porque al fin y al cabo es de un clásico)

..... si de tierras extrañas  
tales gazapas las historias cuentan,

¿qué sucederá en ese fertilísimo campo de prehistorias y en ese mar sin orillas de atrevidas conjeturas y nebulosas fantasías acerca del momento en que el hombre *debió* darse cuenta de su virginal personalidad jurídica, de cómo *debían* ser las condiciones sociales en la edad del reno y de otra multitud de *hechos* de tan deslumbradora claridad científica como éstos? Por lo que no parece aventurado afirmar que un método inductivo que en tan descomunales hechos se apoya, es mucho más falso y atrevido que todas las hipótesis y sutilezas de todos los metafísicos habidos y por haber, pese al desdén con que los modernos antropólogos dan este nombre á todos los demás pensadores que por diversos caminos, no han hecho otra cosa que meterse, como ellos, por los trigos de la filosofía, pues, según dice Vinio, es de hombres ignorantes juzgar del dere-

cho natural por las costumbres de algunos pueblos constituidos en la infancia ó, lo que es peor aún, en estado salvaje.

Tal vez parecerá excesivamente prolija y hasta innecesaria, esta sucinta noticia que me permito dar sobre tan curioso libro; pero resalta en él de tal modo la nota predominante en la mayor parte de los trabajos científicos modernos, que no era de perder ocasión tan favorable de evidenciar las demasías á que conduce el inmoderado afán de notoriedad tan dañosamente difundido, por el ambiente social que respiramos, entre todos los hombres que se sienten con algunos alientos para tomar parte en las empeñadas luchas de la inteligencia que han venido á substituir á las de la fuerza y el valor personal de las que surgieron los héroes de la leyenda y de la historia; por lo que, á los que bajo semejantes impresiones escriben, pudiera llamárseles, sin agravio, aventureros de la ciencia; y si bien sería injusto vituperar estos intentos, en atención á que algo tienen también de caballerescos, esto no obsta para que sus hazañas se miren con la prevención que debe ser mirada toda obra, cuyo fin principal es sencillamente llamar la atención á todo trance y por cualquier medio.

Lo que no podrán nunca conseguir estos libros de sensación, sea cual fuere la escuela á que pertenezcan, es ejercer durable y verdadera influencia en el desenvolvimiento del derecho, precisamente por sus des-

comedidas aspiraciones á lo transcendental y á lo sintético; pues generalmente se reducen al desarrollo más ó menos difuso de cualquier idea tan escasa de novedad como esprimida de sustancia. á la que los racionalistas armónicos é inarmónicos venían designando con el alto y significativo nombre de *concepto*, y los positivistas antropólogo-experimentales han dado en llamar *génesis*, palabras que alguna extraordinaria y sebnatural virtud deben encerrar cuando hay cada día mayor número de privilegiados ingenios á quienes con cualquiera de las dos les basta, y aun les sobra, para explicar un curso ó para escribir un grueso tomo. Bien es cierto, que con la explicación es lo corriente que los estudiantes se queden á oscuras, y con el libro los lectores á media miel, á causa de que todo se vuelven enrevesadas razones del corte sintáxico de las que aguaban las sesos de los hidalgos desvelados y antojadizos del siglo xvii y que ahora crispan los nervios de sus sucesores los burgueses neuróticos del siglo xix, y porque lo principal es demostrar las excelencias del método de cada especialista é inspirar horror profundo contra toda heregía, apurando el catálogo de los más desdeñosos calificativos; pero las aplicaciones del supremo principio, que todo el que lee estas maravillas, espera conteniendo el aliento desde el comienzo de la explicación ó del libro, esas por milagro llegan, y hasta hay gentes bien enteradas que aseguran que vale mucho más que no lleguen



y que se queden tan condenados libros con esta segunda semejanza con los de caballerías, cuya principal gracia y más picante interés estaba en dejar sin acabar la más interesante aventura, á fin de que cada cual imaginase el desenlace á su gusto.

Algo debe haber de cierto en esta malignidad, cuando autores de tanta ciencia y conciencia como D'Aguanno flaquean de la manera más triste é incomprendible en cuanto salen del génesis, quizás por falta de un éxodo de unos cuantos años por Tribunales y Juzgados que los purgue de sus idolatrías naturalistas. Y si alguien dudare de la exactitud rigurosa de esta observación, ahí está el capítulo de la parte especial de la dicha obra que trata de las sucesiones (y lo cito con preferencia por la importancia de la materia y por ser el que se relaciona con los testamentos) que deja desconsolado y perplejo al que, con la lectura de la primera parte, haya ido cobrando más confianza en el descubrimiento de *los nuevos horizontes*. Y no es ciertamente porque la historia no la tome el narrador de largo, pues para explicar la herencia biopsicológica y el organismo doméstico y social dentro del que afirma que se originan y desarrollan todas las sucesiones, sea cualquiera su naturaleza, descien- de nada menos que al estudio del proceso bio-genético de los organismos unicelulares, habla de los fenómenos del crecimiento y la reproducción con una copia de citas y de datos que para si quisieran muchos mé-

dicos y naturalistas, y que es de esperar que con el tiempo envidiemos también los juristas; afirma que lo mismo en los hombres que en los animales se heredan todos los caracteres físicos, psíquicos y morales, no sólo de la especie, sino de la raza, con otras mil curiosidades de lo más á propósito para entretener y hasta para encantar al que no tenga mucha prisa por consultar alguna duda ó buscar el *quid* de alguna dificultad; todo, por supuesto, á fin de substituir ventajosamente el enorme trabajo de abstracción empleado por los filósofos que sin base verdaderamente científica se han venido mezclando en estas cuestiones ajenas á su competencia. Y, por último, deduce de todo ello que si es verdad, hablando biológicamente, que todos los hombres renacen en sus descendientes, claro es que la ley debe reconocer esta no interrumpida cadena que liga á los padres con los hijos y la intimidad biológica que existe entre los unos y los otros, y que si la ley admite y garantiza la propiedad personal en el individuo, debe reconocer también el derecho de transmitir esta propiedad á los descendientes que son una continuación fisiológica y psicológica de los padres. Esta continuación es cabalmente una de las varias cosas que, á mi humilde entender, no han de digerir á tres tirones los socialistas y anarquistas, aunque se volviesen antropóides los antropólogos para meterles en la cabeza la pangénesis de Darwin y la perigénesis de Hæckel, por lo que si todos los capítulos del progra-

ma de soluciones sociales del antropologismo obtienen el mismo éxito, es seguro que vamos á quedarnos como estábamos, pues esto de que es ley de naturaleza que los hijos hereden á los padres, y lo de que el órden de suceder se funda en la intimidad del vínculo de la sangre y del vínculo de los afectos, ya nos lo explicó hace muchos años Justiniano en sus Novelas con empirismo impropio de un Emperador que presumía de legista, pero en cambio de un modo muy claro, muy natural y muy completo.

Mas donde el autor decae hasta el punto de que ni el más lince llega á ver por dónde va el zurcido antropológico entre la *solución* de la dificultad y los principios fundamentales de la *génesis y evolución del derecho civil*, es en la debatida cuestión del derecho de testar, sobre la que tanto han escrito á ciegas los desdichados metafísicos; pues, echando por la calle de enmedio, dice en resumen que la testamentifacción debe limitarse, pero no suprimirse, sin dar más perfiles ni explicaciones, deficiencia que, teniendo en cuenta la solidez de los cimientos doctrinales de esta escuela y el rigorismo irreprochable de su método, no se puede atribuir á otra cosa más sino á que el punto de la dificultad estará todavía pendiente de determinar la clase de bienes á que pertenecieron los objetos prehistóricos que se encontraron en la cueva de Feldhofer á pocos metros de distancia del famoso esqueleto de Neanderthal.

## III.

Desconocer, sin embargo, que en todas esas revistas, libros y publicaciones con que nos inundan Alemania, Francia é Italia, y hasta en lo poco que se hace en España, aparecen con frecuencia trabajos no sólo de un mérito indiscutible, sino de un interés positivo que merecen llamar seriamente la atención de los hombres dedicados al estudio y de los que, más ó menos directamente, están en situación de tomar parte en la delicada labor de legislar, sería negar insensatamente la evidencia y cerrar uno de los más copiosos veneros del saber. Pero deducir de esto que la organización judicial de un país y los monumentos tradicionales de la legislación de cada pueblo pueden estar á merced de las veleidades científicas y de los alambicados conceptos de un pensador ocioso ó de un filósofo atareado, es uno de los errores más funestos de estas épocas llamadas de transición y de estos países donde los organizadores de repúblicas, si no constituyen una clase del Estado, han adquirido tal importancia, que con una traducción aleve, con un artículo bibliográfico ú otro alarde semejante de estar algo al corriente de los últimos adelantos del movimiento científico extranjero, logra cualquier vividor moderno y majadero antiguo, imponerse, no ya al incauto vulgo, sino á

hombres de verdadero saber por halagos de la lisonja, por travesuras de la moda, que hasta con la vanidad de los hombres graves quiere hacer su comercio, ó lo que sería más cristiano creer, por justo castigo de nuestras muchas culpas.

La influencia del progreso científico en la legislación para que sea duradera y beneficiosa tiene que dejarse sentir lenta y oportunamente, sin que esté á merced de los hombres acelerar su marcha; entre otras razones, porque una de las condiciones esenciales de la ley es la estabilidad, y si se admitiese la posibilidad de que su fundamento llegase á estar alguna vez en las inacabables disputas de escuela, en las vacilaciones de una exagerada investigación filosófica ó, lo que es peor todavía, en el programa de sensación de cualquier comunión política, la tranquilidad de las familias y los derechos del individuo correrían grave riesgo de no encontrar nunca terreno firme en donde echar sus cimientos, porque estas disputas y estos programas se originan siempre del choque de las opiniones de los hombres que son falaces, apasionadas y tornadizas, no de la oposición real de los principios de ninguna ciencia que son, ó por lo menos deben ser, sólidos é inmutables. Perdería, en fin, el sello que debe tener de lo divino y de lo eterno, puesto que según dijo un santo que algo tuvo de legista y mucho de filósofo: *nihil est á lege justum quod ab aeterna non derivetur*, y se convertiría en la estimable ex-

presión del criterio jurídico del Sr. Martínez ó del Sr. Fernández, envuelto temporalmente en los ropajes de la votación, sanción y promulgación, pero quedando expuesta constantemente, como el asno vestido de león, á ser despojada de ellos por el primer candidato á la inmortalidad que volviera á presentarse.

No es menos perturbador y desastroso el prurito de imitación en materias legislativas al que es de suponer que los discípulos de Darwin le tengan ya buscado el origen y dado un nombre especial y característico, que bien lo merece. Que Inglaterra tenga jurado, Francia consejo de familia y testamento ológrafo, Rusia separación de bienes entre los cónyuges y Portugal el incomparable sistema de las multas pagadas en los tres célebres plazos de tarde, mal y nunca, jamás puede ser motivo suficiente para introducir en un país, aunque se le suponga más atrasado, tales reformas, si no existen otras razones de evidente y positiva conveniencia que contrarresten los inconvenientes casi inevitables de la aclimatación de toda institución legal exótica. Y sin embargo, aunque parezca increíble esa razón de orden tan secundario y tan vulgar, ha sido la decisiva para traernos novedades, cuyo fracaso estaba tan previsto como los eclipses de sol y de luna; pero ante la malaventurada tentación de alcanzar la gloria de ponernos al nivel de las naciones cultas ¿qué tonsurado de legislador, de los muchos que han salido en estos últimos tiempos, hubiera podido

atreverse á comprometer su reputación de hombre docto é ilustrado alegando ninguna razón en contra de estos trasplantes aunque hubiese tenido más calibre que las que se atribuyen al propio Pero Grullo?

Lo que no es fácil averiguar es por qué sùtiles artes de filosofía ó por qué conjuros de naturalismo, todos estos descendientes de Solón que sueñan con la última teoría jurídica como puede soñar la dama más ligera de cascos con el último figurín, y que hacen punto de honor que no les quede Código extranjero por conocer ni costumbre ajena por averiguar, no muestran el más pequeño rubor científico, ni el más débil escrúpulo patriótico, por el imperdonable pecado de tener tan en olvido, ó lo que es peor, en tan poco aprecio aquellas rancias pero sapientísimas reglas que el más clásico de nuestros Códigos da á los fazedores de leyes en sus dos primeros títulos con una sencillez y claridad de expresión sólo comparables á la rectitud y pureza de sus intenciones, previniéndoles que *«la ley non deve seer fecha por semeianza solamiente, mas por verdad, é que non sea fecha por sotileza de silogismos, nin por desputación, mas sea fecha de buenos é de honestos comendamientos»* (1) como si hace doce siglos hubiese ya doctores con obra de texto, ateneistas asegurados en las sociedades de elógios mútuos, traductores con notas, periodistas sin más letras que las de

---

(1) Ley 1.<sup>a</sup>, tít. 1.<sup>o</sup>, lib. 1.<sup>o</sup> del Fuero Juzgo.

imprensa, oradores de flores cordiales científico-parlamentarios y demás gentes de esas de quienes hasta los mismos diablos están empalagados y aun ahitos como de los mercaderes de las zahurdas de Plutón, capaces todas, no sólo de hacer leyes á ojo de buen cubero y por sutilezas ó disputas del oficio, sino de no dejar títtere con cabeza con tal de hacer sobresalir la suya cuatro dedos por encima de las de los demás mortales.

Y á tanto llega la previsión admirable del primer monumento de la legislación española, que atendiendo á la posibilidad de que se pretendiese alguna vez introducir por imitación en una ciudad leyes extemporáneas ó contrarias á su manera de ser, recomienda también *«que la ley sea guardada segund la costumbre de la cibdad, é que deve seer convenible al logar é al tiempo, é deve tener derecho y igualdad, é deve seer honesta é digna é provechosa é nescesaria, etc.* (1) con otra porción de saludables preceptos contenidos en esos dos títulos sobre la honrada y recta manera de hacer las leyes que debieran saber de memoria los aficionados á recoger laureles legislativos y que convendría en extremo que estuviesen grabados con letras indelebles en los Palacios de la representación nacional. Y por si alguien arguyese que estas antiguallas son inaplicables á pueblos regidos por sistemas constitucionales, bastará presentar como práctico y vivo ejemplo de lo con-

---

(1) Ley 4.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 1.<sup>o</sup> del Fuero Juzgo.

trario á la nación inglesa que con sus viejas leyes y añejas costumbres marcha á la cabeza de la civilización sin preocuparse gran cosa de novedades, y como argumento teórico de mayor excepción, las célebres Cartas persas de Montesquieu en las que, si bien desde muy diverso punto de vista, pero de un modo no menos enérgico y elocuente que el Fuero Juzgo, condena esos desmanes legislativos, no obstante haber sido el primer campeón de las modernas formas de gobierno y de no ser gran admirador del Codex Wisigothorum.

Y como quiera que dichas cartas están hoy un tanto olvidadas y pasadas de moda, no creo inoportuno recordar, como más del caso, la 79 en la que Usbek, después de referir á Redhi, con cierto epigramático asombro, lo que veía por esta revuelta Europa, al empezar á discurrir por su cuenta, le dice con orientalismo algo descortés y brusco, 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 na-*

*turalmente que son santas puesto que tantas formalidades son necesarias para abrogarlas.* En cuanto á los pecados de este género cometidos en España en estos últimos años, no hay para qué señalarlos por no venir ahora á cuento hacer una crítica de las reformas realizadas, y por ser además historia muy sabida de letrados, no ignorada de profanos y celebrada y aun reida de curiales desalmados, litigantes de mala fé, catecúmenos de presidio y demás ilustres personalidades que han sido capaces de apreciar en todo su mérito y aun de aprovechar en todo su valor estas nuevas conquistas del saber.

## IV.

Mas dirá, y no ciertamente sin razón, el que haya empezado por leer el título de este librejo, que tales preámbulos para venir á proponer á renglón seguido nada menos que la introducción de una nueva forma de testar, no son el mejor medio de prevenir el ánimo de quien los leyere en favor de una reforma tan atrevida como la de adaptar las Instituciones del Sacratísimo Príncipe Nuestro Señor Justiniano y las leyes del muy noble Rey Don Alfonso el Sábio y de la Novísima Recopilación á los últimos adelantos de la física experimental, pensamiento que podría ser medianamente tolerable en Nueva-York ó en Chicago, pero que en la vieja España no cabe que se le tome en serio.

Me apresuro á hacer esta observación, porque quiero hacer constar cuanto antes que ni por un momento se me ha ocurrido poner mano sacrílega en las formas y solemnidades de los testamentos, porque las considero tan esenciales, tan necesarias y tan insustituibles, que no hay físico experimentado ni antropólogo por experimentar que pueda quitarles ni ponerles un canto de uña; pero no creo que, de modo alguno, sea gran atrevimiento pensar de la misma manera y por igual razón que los antiguos legisladores tuvieron el buen acuerdo de introducir los testamentos escritos tan luego como se generalizó el arte de la escritura, hoy que el maravilloso invento de Mr. Edison ha realizado el prodigio de aprisionar la voz humana con su timbre, su acento y sus inflexiones infalsificables, existe una razón de perfecta analogía para utilizar el fonógrafo con igual fin, sin que por ello se atente en lo más mínimo al respeto que merecen esas solemnidades tradicionales, antes bien se refuerzan y garantizan por este medio y hasta parece que los destellos del genio que resplandece en Menlo Park saludan y reverencian á los todavía no apagados astros de la antigua Roma en los espacios infinitos de la eterna ciencia.

Seguramente no faltará quien tache la idea cuando menos de algo prematura, fundándose en que los aparatos fonográficos no han alcanzado todavía el suficiente grado de perfección, y sobre todo en que en España no se han generalizado lo bastante para que el

empleo del fonógrafo sea tan familiar, tan seguro y tan barato como necesita serlo para que se pueda utilizar con provecho en un acto tan usual y tan importante como el de la testamentifacción. Respecto al primer fundamento de la objeción habré de decir, aun á trueque de renunciar á toda aspiración de originalidad, que ya hace algún tiempo los periódicos americanos nos trajeron la noticia de que el riquísimo Stephen Anderson, que poseía en Nueva-York nada menos que 40 casas y una fortuna de 100 millones de dollars, estando paralítico desde hacía seis meses é imposibilitado de escribir su última voluntad, pero no de expresarla por medio de la palabra, hizo traer á su lecho de muerte un fonógrafo del último sistema é *in fla suprema hora*, dictó en él su testamento con el más completo éxito, hizo cerrar después el aparato y que pudiesen en él sus sellos, y algunos días después el fonógrafo fué solemnemente abierto en casa de un Notario á presencia de todos sus herederos, que oyeron por sus propios oídos la voz del que les designaba claramente como tales por un medio tan nuevo y tan extraordinario, que justo era que se emplease por primera vez en la transmisión de uno de los mayores caudales del mundo.

En España no son posibles esos actos *out law* y cualquier Creso atenuado de los pocos que aquí se conocen que se permitiese un lujo de esa naturaleza no conseguiría otra cosa que dejar un soberbio legado

á abogados, procuradores, peritos y curiales, y en definitiva un pequeño remanente para los herederos legítimos si los tuviese. Por eso precisamente es por lo que considero necesario dar cabida dentro de los moldes legales á esa importante forma de testar, y un ligero estudio sobre la manera de realizarlo es la única novedad que me propongo ofrecer al público con el fin de someterlo al crisol de la discusión, á fin de que con el tiempo y la calma necesarios, *sin ruido que les estorbe* como dice la Ley 9.<sup>a</sup>, título 1.<sup>o</sup> de la primera Partida *puedan los hombres entendidos y sabidores del derecho* ir meditando los medios más convenientes para la realización de esa idea, si la consideran aceptable, á fin de que pueda llevarse á la práctica sin las precipitaciones habituales en España; y por eso el segundo fundamento de la repetida objeción carece igualmente de fuerza, pues aunque es cierto que en nuestro país los aparatos fonográficos no han alcanzado todavía otra aplicación que la de empolvase en las vitrinas de los gabinetes de física y servir de un rato de entretenimiento á algunos amigos curiosos de los encargados de su custodia, como mi atrevimiento no llega á proponer el inmediato establecimiento de la indicada forma de testar, dando desde luego por bueno é indiscutible el pensamiento, según es costumbre, sino que se limita á la modesta aspiración de que la cuestión se medite y estudie por los que saben hacerlo, es casi seguro que mucho antes de que ese trabajo de la cien-

cia termine, si es que llega á empezarse, la actividad de la industria nos inundará de máquinas parlantes, como Singer ha inundado hasta las más obscuras aldeas con sus máquinas de coser, que no hace muchos años eran miradas como muebles raros y hasta inútiles y molestos.

No terminaré esta deshilvanada introducción sin hacer constar que al someter á la apreciación del público en general y de las personas competentes en particular, este seco, exíguo y desabrido pensamiento, imágen fiel del infecundo ingenio de donde surge, no he de eludir la natural obligación de exponer las razones que á mi entender le abonan dentro de la esfera legal; procuraré además explicar, previamente y como Dios me dé á entender, con los datos que, no sin trabajo, he podido reunir, lo que es el fonógrafo y el estado de adelanto en que se halla en el día ese famoso invento, y por último haré algunas indicaciones referentes á los requisitos ó solemnidades que convendría establecer para el otorgamiento de los testamentos fonográficos, pues ya que tengamos que conformarnos con que nos envíen desde extranjeras tierras las admirables máquinas encargadas de recoger la expresión de la última voluntad del hombre con el último aliento que exhale sus pulmones y el último sonido que articule su garganta, siquiera que al menos no tengan que remitirnos también hasta los formularios para esa nueva forma de testar, que una de las reformas de

nuestro Código civil ha venido á convertir en una necesidad apremiante por las razones que habré de exponer en el lugar correspondiente, reservándonos exclusivamente para recibir la sorpresa del establecimiento del testamento antropológico cuando venga á dar al traste con todas estas niñerías.





## CAPÍTULO PRIMERO

### APARATOS PRECURSORES DEL FONÓGRAFO



GENESIS del fonógrafo debiera haber intitulado este primer capítulo si estas desaliñadas páginas pudieran pasar por libro y si además hubiese yo tenido un adarme siquiera de enjundia de escritor, y con ello su epígrafe habria ganado mucho en brevedad y sobre todo en conceptualismo; pero estos nombres altisonantes ó *cultisonantes*, parece regular que se respeten y guarden para materias importantes y de verdadero nervio científico, y como lo que yo puedo ofrecer al lector en esta primera estación del calvario de su paciencia son unos cuantos recortes de periódicos, de revistas y de folletos que es donde únicamente, y con no pocos sudores, he logrado hallar algo relacionado con el moderno descubrimiento, no me he atrevido á darle el susto de que creyese que tenía que echarse al cuer-



po unas cuantas páginas de profundos estudios anatómicos de los órganos vocales, de teorías sobre la formación, retención y reproducción de los sonidos, y de escrupulosas investigaciones, acerca del cual fué el primer aparato con que se intentó realizar esta maravilla de la ciencia, para que al fin de la jornada se encontrase con que todo ello no era más que un mal urdido resumen de esos artículos instructivo-sensacionales con que los periódicos de gran circulación obsequian, una vez por semana, á sus habituales lectores.

2. También he considerado otro deber de conciencia, evitar á los míos, si es que llego á tener algunos, un segundo sobresalto, no aplicando el nombre de *razón del método* á las pocas explicaciones que tengo que dar respecto al motivo de empezar este breve estudio por aquí, y no por otro lado, pues todos aquellos á quienes la necesidad ó la afición obligan á andar á vueltas con los libros, saben, por dura experiencia, que la tal razón suele muchas veces ser sin razón, y no pocas, abuso de razonamientos que deja tan molido y quebrantado al que intenta desentrañarlos que apenas le quedan fuerzas para seguir con el libro en la mano, exponiéndose, como es natural, á quedarse sin lectores el que, sin una reputación literaria ó científica muy bien sentada, tiene la mala idea de empezar con semejantes amagos, con tanto más fundamento cuanto que lo frecuente es que todo lo que suele decirse con relación á este punto, se puede callar muy

bien sin el más mínimo menoscabo para la obra, pues á mi juicio, la mejor explicación del método, cuando es bueno, es el método mismo, y si es malo ya se debe suponer, sin pecar de maliciosos, cómo serán sus explicaciones.

3. Si en España (y aun pudiera decirse en Europa) estuviésemos más familiarizados con el fonógrafo, con gran gusto habría yo suprimido estos dos primeros capítulos ahorrando al lector enojos y á mí un trabajo para la realización del cual carecía y carezco de conocimientos técnicos y de elementos imprescindibles para presentar datos de algún valer respecto al famoso invento, habiendo tropezado por consiguiente con dificultades de tal entidad para mí, que, varias veces, he estado á punto de desistir de mi empresa, con lo cual ya se me alcanzaba que no se habría perdido gran cosa, pero cuando se tiene el hábito del trabajo y de la lucha, aunque sea en muy diversas esferas, duele mucho la confesión del vencimiento y, bien ó mal, he preferido seguir adelante.

4. De no haber sido indispensable suministrar algún dato acerca del descubrimiento de Mr. Edison y más principalmente de su extraordinaria importancia, todavía no bien apreciada, lo natural hubiera sido, en un libro cuyo principal y único asunto es el testamento fonográfico, empezar por exponer las razones demostrativas de la conveniencia de introducir esa novedad en la testamentifacción, y quizá todavía haya

quien piense que, aun dada la necesidad de presentar esos datos, debiera preceder á éstos aquella justificación, pues no habiendo hechos que narrar, el orden lógico indica que se debe pasar desde luego á la demostración de la tesis ó proposición, dejando para más tarde la explicación de los medios de ejecución.

5. Pero es el caso, que los principales argumentos de dicha demostración he de fundarlos precisamente en las excelencias del fonógrafo y en la importancia incalculable de sus aplicaciones, y como, sin agraviar á nadie, pocas serán en nuestro país y aun en el viejo continente, las personas que hayan tenido ocasión de ver por sus ojos el prodigioso aparato, menos aún las que se hayan detenido á examinarlo, y rarísimas las que se hayan tomado el trabajo de estudiarlo y de meditar acerca del extraordinario alcance de sus aplicaciones, pudiera muy bien suceder que, sin este previo estudio, mis apreciaciones se tomaran por exageradas y aun por fantásticas, siendo esta la razón, á mi juicio muy atendible, que me ha obligado á seguir este orden ó método si así quiere llamársele. Y dicho esto que, aun siendo tan breve, temo que todavía haya parecido larguísimo, hora es ya de entrar en materia.

6. El problema del aprisionamiento de la voz y de la conservación y reproducción de la palabra, no es una aspiración tan nueva y tan reciente como pudiera creerse. Por el año de 1632 se publicaba en París un pequeño periódico mensual de cuatro páginas en 4.º que

se conserva en la Biblioteca Nacional, el cual periódico cultivaba ya el ramo socorridísimo de las noticias extraordinarias y sorprendentes, y en el número correspondiente al mes de Abril de dicho año se encuentra la siguiente: «El capitán Vasterloch que ha regresado de su viaje á las tierras australes que había emprendido por orden de los Estados de Holanda, hace dos años y medio, nos refiere entre otras cosas, que habiendo pasado por un estrecho que hay más abajo del de Magallanes, tocó tierra en aquel país en el que la naturaleza ha provisto á los hombres de unas esponjas que retienen el sonido y la voz articulada á la manera que las nuestras lo hacen con los líquidos. De suerte que cuando quieren disponer cualquier cosa ó conferenciar desde lejos, hablan de cerca sobre una de esas esponjas, las envían después á sus amigos y éstos al recibirlas las oprimen suavemente y haciendo salir todas las palabras que hay dentro, saben por este medio admirable todo lo que sus amigos desean.»

7. Un escritor humorístico, también del siglo xvii, Cyrano de Bergerac, en su *Historia cómica de los Estados y del Imperio de la Luna*, cuya primera edición se remonta á 1650, llega á describir un verdadero fonógrafo diciendo: «Al abrir la caja encontré un yo no sé qué de metal muy semejante á nuestros relojes, lleno de no sé qué pequeños resortes y máquinas imperceptibles. Era un verdadero libro, pero un libro

»maravilloso, que no tiene ni hojas, ni caracteres;  
»un libro en fin en el que para aprender, los ojos eran  
»inútiles, no hacían falta más que los oídos. Cuan-  
»do alguno deseaba leer en él no tenía necesidad más  
»que de extender esta máquina con una gran can-  
»tidad de toda especie de nerviecitos; después daba  
»vuelta á una aguja sobre el capítulo que deseaba en-  
»contrar y enseguida salían como de la boca de un  
»hombre ó de un instrumento músico todos los soni-  
»dos distintos y diferentes que sirven entre los habi-  
»tantes de la luna para la expresión del lenguaje.»

8. Por último, un curioso ha averiguado que un tal Walchius, que también vivió á mediados del siglo xvii, había descubierto el medio de almacenar la voz y de reproducirla enseguida á voluntad, ó lo que es lo mismo, que poseía un perfecto fonógrafo como el moderno de Edison. Y en efecto, en la *Magia matemática* del Obispo John Wilkins (uno de los fundadores de la Sociedad Real de Londres) publicada en 1648. hay el siguiente pasaje: «Walchius pretende que es posible conservar enteramente los sonidos vocales, es decir, toda la palabra articulada de la voz, sea en una caja sea en un tubo, y que abiertos enseguida esta caja ó este tubo, las palabras saldrán seguramente por el orden mismo en que han sido pronunciadas, á la manera como, según se dice, acontece en ciertos países glaciales, en los que las palabras proferidas por las gentes se hielan al salir de la boca y no pue-

»den ser oídas hasta el próximo verano, salva la eventualidad de un grande y súbito deshielo; pero esta »conjetura, concluye el reverendo Obispo, refiriéndose á la de Walchius, no necesita ser refutada.»

9. Claro es que todas estas anécdotas y noticias no son más que fábulas de viajeros, fantasías de escritores ó delirios de soñadores sin la menor base de realidad ni el más remoto fundamento científico, pero todas ellas y alguna otra que pudiera citar y que omito por no llenar papel con referencias de escasa utilidad, revelan de una manera evidente que el hombre, no satisfecho con haber logrado perpetuar sus hechos y hasta sus pensamientos valiéndose de la escritura jeroglífica y de la ideográfica, ni contento todavía con haber llegado hasta la representación convencional de los sonidos con el invento de la escritura fonética, ha entrevisto desde muy antiguo la posibilidad del apriisionamiento de la voz humana auténtica, genuina, vibrante y ese sueño casi fantástico lo encuentra hoy convertido en un hecho positivo por medio de un aparato sencillísimo en su esencia, como lo son generalmente todos los grandes descubrimientos, aunque complicado en sus detalles de perfeccionamiento. Ha conseguido sujetar el vuelo del pensamiento y de la palabra, pero todavía no ha logrado realizar otra de las aspiraciones constantes de la humanidad que es dar alas á la materia encadenada á su centro de atracción por invisibles y poderosas fuerzas naturales, y

quizá más todavía por supremas leyes de orden moral que le retardan el momento de hacerse rey de los espacios.

10. Más volviendo de éstos á la tierra y ya en ella, á la cuestión que interesa conocer, ó sea los primeros ensayos reales, positivos y bien encaminados para la solución de tan árduo é interesante problema, el primero de que tengo noticia es el intentado en 1852 por Mr. León Scott simple obrero tipógrafo francés que consagró diez años de su existencia á la resolución del seductor problema de conseguir que la palabra se inscribiese por sí misma. Estando un día del expresado año en la imprenta de Martinet corrigiendo las pruebas de la primera edición del *Tratado de fisiología* del profesor Longet, al leer la parte referente al aparato auditivo, le ocurrió la idea de aplicar los medios acústicos que la naturaleza ha utilizado en el oído humano para la fijación gráfica de los sonidos, de la voz, del canto y de los instrumentos que era su preocupación constante. Partiendo de las experiencias del físico inglés Young que había llegado á conseguir trazar sobre un cilindro metálico las vibraciones de una hoja de metal, y de las de Duhamel y de Werteim, que habian inscrito por el mismo medio las vibraciones de las cuerdas y de los diapasones, León Scott llegó á imaginar en 1857 un aparato que denominó *Fonoautógrafo*.

11. En la comunicación que en 28 de Octubre de dicho año de 1857 dirigió á la *Socièté d'Encouragement*

*pour l'industrie nationale*, explica el dicho León Scott con cierto entusiasmo elocuente cómo llegó á concebir la posibilidad de realizar lo que hasta entonces había venido atormentando su imaginación como un problema insoluble, y considero de suma conveniencia transcribir íntegra dicha explicación porque es la más clara de cuantas he leído respecto á la teoría fundamental del fonógrafo, al menos para lectores imperitos que, sólo en la forma expresiva y gráfica empleada por Mr. León Scott, podemos hacernos cargo de cuestiones de esta naturaleza. Dice así:

12. «Señores: vengo á anunciaros una buena nueva. El sonido, lo mismo que la luz, suministra á distancia una imágen permanente: la voz humana se escribe por sí sola (en la lengua propia de la acústica, se entiende) sobre una capa sensible; después de largos esfuerzos he llegado á recoger la huella de casi todos los movimientos del aire, que producen ya sonidos, ya ruidos. Los mismos medios me permiten también obtener, en ciertas condiciones, una representación fiel de los movimientos rápidos, de los movimientos inapreciables á nuestros sentidos por su pequeñez, de los movimientos moleculares, en fin.»

13. «Se trata, como veis, en este nuevo arte de obligar á la naturaleza á constituir por sí misma una lengua general escrita de todos los sonidos.»

14. «Cuando hace cuatro años me ocurrió el pensamiento de fijar en una capa sensible la huella del

»movimiento del aire, durante el canto ó la palabra, las  
»personas á las cuales confié mi proyecto, no dejaron  
»de calificarlo, en su mayor parte, de sueño insensato.  
»La contestación, señores, no me sorprendió: es la  
»bienvenida que se da ordinariamente á las más her-  
»mosas conquistas de la inteligencia humana, y mis  
»débiles esfuerzos tenían ya esto de común con mu-  
»chas de las grandes cosas que en su cuna han comen-  
»zado por parecer utopías.»

15. «Debo convenir, sin embargo, en que este jui-  
»cio superficial no carecía de apariencias de razón.  
»¿Qué es la voz, en efecto? Un movimiento periódico  
»del aire que nos rodea, provocado por el juego de  
»nuestros órganos; pero un movimiento muy comple-  
»jo é infinitamente delicado, sutil y rápido. ¿Cómo lle-  
»gar á recoger una huella clara, precisa, completa de  
»un movimiento semejante incapaz de hacer que se  
»extremezca ni una pestaña de nuestros párpados? ¡Ah!  
»si yo pudiese posar sobre este aire que me rodea y que  
»encierra en sí todos los elementos del sonido, un es-  
»tilo ó una pluma, este estilo ó esta pluma trazarían  
»una huella sobre una capa flúida apropiada. ¿Pero en  
»dónde encontrar un punto de apoyo? ¡Fijar una plu-  
»ma en este flúido impalpable, fugitivo, invisible, esto  
»es una quimera, esto es imposible!... Aguardad. Este  
»problema insoluble está ya resuelto en parte. Consi-  
»deremos atentamente esta maravilla entre todas las  
»maravillas, el oído humano: Digo que nuestro proble-

»ma está resuelto en el fenómeno de la audición. y  
»que los artificios empleados en la estructura de la  
»oreja deben conducirnos á nuestro objeto. Encontra-  
»do este punto las cosas van á hacerse de una sencillez  
»extraordinaria. ¿Qué es lo que primeramente se vé en  
»la oreja? Un conducto. Este conducto lleva sin alte-  
»ración, sin merma ni disminución la onda sonora por  
»compleja que sea de un extremo á otro preservándola  
»de todas las causas accidentales que pudieran turbar-  
»la. Prosigamos el exámen de la oreja. A continuación  
»del conducto auditivo externo encuentro una peque-  
»ña membrana, tensa é inclinada. ¿Qué significa en la  
»arquitectura física que nos ocupa una membrana  
»como esta? Es según la exacta definición de Müller  
»una cosa mixta, mitad sólida y mitad fluída, que par-  
»ticipa de lo uno por la coherencia y de lo otro por la  
»extremada facilidad del desplazamiento de todas sus  
»moléculas.»

16. «Tenemos ya, señores, en todo su esplendor el  
»hilo luminoso que debe conducirnos: ese punto de  
»apoyo de nuestra pluma, de nuestro estilo sobre el  
»fluído en movimiento porque yo clamaba hace poco.  
»ya ha sido encontrado, hélo aquí: es una delicada  
»membrana que colocamos á la extremidad de nuestro  
»conducto auditivo artificial y el estilo colocado sobre  
»la membrana (mejor dicho estaría *debajo*) marcará  
»sus huellas sobre una capa negra de humo deposita-  
»da sobre un cuerpo cualquiera (metal, madera, papel)

»animado de un movimiento uniforme á fin de que las huellas formadas no caigan unas sobre otras.»

17. Partiendo de esta exacta y racional teoría, el *fonoautógrafo* de Scott se componía de una gran corneta ó receptor acústico en forma de parabolóide, cerrado en su parte más angosta con una membrana provista de un aparato de tensión, á la cual estaba sujeto un estilo muy ligero que iba marcando las vibraciones de la voz en cilindro de cristal dotado de un movimiento giratorio uniforme que se cubría con una tenue capa negra de humo por medio de una lámpara especial destinada al efecto, y en la cual se iban inscribiendo los sonidos articulados. Como se vé, con este aparato sólo se resolvía la mitad del problema, ó sea la fijación de las vibraciones sonoras sobre el cilindro ahumado, bien es verdad que Mr. León Scott no se preocupó ni por un solo instante de la resolución de la segunda parte, pues como tipógrafo el principal y único objeto que perseguía era descubrir un procedimiento que, sustituyendo ventajosamente á la escritura y á la imprenta, diese por resultado que la palabra quedase grabada por sí misma en la superficie ahumada del cilindro, mas como no tuvo en cuenta que la huella de las vibraciones sonoras consistía en unos surcos extraños y casi imperceptibles, sin la menor analogía con ninguno de los signos ó caracteres conocidos en las diversas escrituras ideadas por los hombres antiguos y modernos, y en los cuales surcos era

sumamente difícil percibir las diferencias de dirección y forma y todavía más difícil determinar á qué sonido, á qué silencio, á qué inflexión y por consiguiente á qué letra ó á qué sílaba correspondía cada uno, el problema de la lectura de las huellas de las vibraciones sonoras ofrecía dificultades de tal magnitud, que su admirable descubrimiento resultó de escasísima utilidad, pues habría sido preciso para resolver aquél, cambiar en todas las lenguas y en todos los países del globo cuantas ideas fundamentales existen de gramática, de ortografía, de prosodia y hasta de música, empresa verdaderamente irrealizable, pues es mucho más fácil arrancar á la naturaleza sus más impenetrables arcanos, que á los hombres sus errores y sus rutinas. A esto sólo debe atribuir su fracaso el desgraciado Mr. León Scott, que no obstante su innegable talento y el mérito de su descubrimiento, murió en la miseria el 26 de Abril de 1879, según lo refiere el ingeniero monsieur A. M. Villon en su curioso folleto *Le Phonographe* de donde tomo gran parte de estos datos.

18. El fonógrafo, por lo tanto, aun después de perfeccionado por Mr. Hopkins y por Mr. Berliner, nació sin vida por la poderosa razón que acabo de indicar de no ser más que la mitad de un invento, y precisamente la mitad de menos utilidad práctica y, sin duda, por haberlo comprendido así, Mr. Charles Cros pensó en la resolución completa de la dificultad, y en 30 de Abril de 1877 depositó en la Academia de Cien-

cias de París un pliego cerrado que contenía la descripción de un sistema, según el cual podía lograrse que, la inscripción de los sonidos obtenida por el fonógrafo, reprodujese las vibraciones sonoras originales, consistiendo esencialmente dicho sistema, según expresa el inventor en su memoria, en obtener el trazado del *va-y-viene* de una membrana vibrante, que fué el problema resuelto por el fonógrafo, y servirse de ese trazado para reproducir el mismo *va-y-viene* con sus relaciones intrínsecas de duración y de intensidad sobre la misma membrana ó sobre cualquiera otra apropiada para repetir los sonidos y ruidos que resulten de esta serie de movimientos. Pero Mr. Cros no se ocupó jamás de realizar su proyecto, ya por falta de recursos pecuniarios, ya porque no tuviese una completa seguridad de que el mecanismo ideado por él para conseguir la resolución de esa importantísima segunda parte del problema llegase á dar el resultado que presumía, por más que la teoría fundamental fuese, como en realidad lo era, perfectamente acertada.

19. A esta altura habían llegado los preliminares ó primeros ensayos del famoso descubrimiento, cuando en aquel mismo año de 1877 los periódicos norte-americanos trajeron la noticia de que Mr. Edison había resuelto el problema de una manera definitiva y perfecta, y tanto por su mucho interés como por el sello característico que el periodismo yankee imprime á todas estas referencias, voy á transcribir en este lugar algu-

nos párrafos de un artículo publicado por *The Daily Graphic* refiriendo la visita hecha al inventor por uno de sus reporters.

20. «Nos trasladamos, dice, á Menlo Park (1) en la Nueva Jersey; éramos dos para ver á Edison y sus maravillosas invenciones.»

«—¿Usted ha hecho numerosas y bellas invenciones?—preguntamos á Mr. Edison.»

«—Sí, contestó con el acento nasal del Oeste. He ideado algunas máquinas, pero he aquí mi niño mimado, exclamó tocando con la mano el fonógrafo parlante y sentándose delante del aparato.»

21. «Y con el pié tocó una palanca, desenganchó una correa que colocó sobre el cilindro del fonógrafo, para que á través del suelo recibiese movimiento de una máquina de vapor. El cilindro tiene tres pulgadas de diámetro y da de unas cuarenta á cincuenta vueltas por minuto próximamente. Está cubierto de una capa fresca de estaño perfectamente unida.»

22. «En una sencilla embocadura colocada á un lado, Mr. Edison habló con voz sonora á un caballero español que acababan de presentarle, diciendo estas

---

(1) Menlo Park, según dice la conocida revista científica *La Nature*, tomo de 1878, es el lugar donde Mr. Edison tiene su domicilio y laboratorio en Nueva Jersey: está próximo á la vía férrea de Pensilvania y no es ni un parque ni una ciudad, ni siquiera tiene estación del ferrocarril, componiéndose en total del laboratorio, los talleres y una docena de casas para los empleados.

»palabras en la embocadura: *¿Buenos días, señor, cómo está usted?* El caballero tomando á su vez su sitio en »el fonógrafo, respondió al momento: *Setze judges »mentjan festa d'un penjat*. Este cambio de cumplimiento duró próximamente un minuto (1).»

23. »De seguida Edison volvió á tocar la palanca »con el pié, paró el cilindro y retiró la embocadura. »Entonces examinamos la hoja de estaño. La mitad de »esa hoja que momentos antes estaba tan lisa, se ha- »llaba rizada por líneas apretadas las unas contra las »otras; había quince líneas en la superficie de una pul- »gada; muchos de estos surcos ó pliegues están mar- »cados por escotaduras tan pequeñas que apenas son »perceptibles.»

24. «Edison toca de nuevo la palanca y cambia la »rotación hasta que el cilindro, siguiendo el filo del »tornillo, vuelve á su punto de partida. Vuelve enton- »ces á instalar la embocadura y hace de nuevo girar »al cilindro. El estilo descende otra vez y recorre la »espiral donde están las escotaduras. Y he aquí que la

---

(1) Es chistoso que el reporter americano haya tomado por un cumplimiento ese dicharacho mallorquín, cuya verdadera ortografía tengo entendido que es como sigue: *Setza jutjes menjan fetja d'un penjat* y que significa: «Siete jueces se comieron el hígado de un ahorcado». Dicharacho que en cualquier rincón del mundo donde se halle un mallarquín ha de salir a relucir indefectiblemente, porque su correcta pronunciación se considera como cosa imposible para todo el que no es isleño, é indudablemente el gentleman mallorquín creyó que ni el fonógrafo podía realizar tal proeza.

»máquina habla por sí sola! La embocadura pronuncia  
»por sí misma el saludo español *Buenos días, señor*, et-  
»cétera. La sonoridad de la voz queda reducida esta  
»vez á unas tres cuartas partes de su emisión primiti-  
»va, pero la voz es perfecta en su articulación y en su  
»inflexión; hasta el timbre de la voz de cada persona  
»se distingue de la manera más perfecta.»

25. «La hoja de estaño no se echa á perder por este  
»uso; puede ser conservada para ser expedida á un  
»destinatario cualquiera, y colocada sobre el cilindro  
»fonográfico reproducirá exactamente la voz que lleva  
»grabada. La máquina puede silbar lo mismo que ha-  
»blar: Edison silbó en la embocadura un aire de ópe-  
»ra que fué repetido sin gran disminución aparente de  
»sonoridad. Después añadió Edison que en aquellos  
»días había venido un perro á ladrar en la embocadu-  
»ra; he guardado la hoja de este registro y vamos á  
»hacer ladrar la máquina: el ladrido fué admirable-  
»mente reproducido. Este perro, dijo, podrá cesar de  
»vivir, pero nosotros conservaremos sus ladridos: todo  
»lo que es vocal sobrevive.»

26. «Yo dirigí á Edison esta pregunta:

»—Si un amigo viniese á hablar en esta embocadu-  
»ra durante vuestra ausencia, ¿reconoceríais su voz re-  
»petida por la hoja de estaño?

»—Yo he hecho esta experiencia y he reconocido la  
»voz, no obstante que el fonógrafo está todavía en su  
»infancia; tiene necesidad de ser perfeccionado para



»que llegue á ser todo lo que de él se debe esperar.» Y por último explicó al periodista las reformas que pensaba introducir en el maravilloso aparato, y que no reproduzco en este lugar por no hacer demasiado extensos estos datos, y porque en el último modelo de que yo puedo dar noticia han sido de tal modo superadas que ya carecen de todo interés las explicaciones que en dicha entrevista dió al reporter del periódico neoyorkino *The Daily Graphic*.

27. Mr. Puskas, concesionario de los privilegios de invención de Edison en Europa, fué el primero que trajo de América el fonógrafo, y Mr. Du Moncel el que lo presentó en la Academia de Ciencias de París en la sesión de 11 de Marzo de 1878 (1). El representante del inventor aplicó los labios á la membrana móvil y pronunció en voz alta y con marcado acento inglés: *Le phonographe présente ses compliments à l'Académie des Sciences*. Un instante después, en medio de un profundo silencio, se oye, con una especie de estupor, repetir al pequeño aparato con todas las inflexiones de la voz, incluso el acento inglés, pero con un tono especial de falsete, algo nasal, fielmente las antedichas palabras, obteniendo el experimentador este resultado tan nuevo y, en apariencia, tan extraño sin más que dar vueltas á una manivela.

---

(1) *La Nature*, tomo de 1878, pág. 255.

28. Mr. A. M. Villon, en el interesante folleto de que ya de jo hecha referencia, va un poco más lejos en eso del estupor, pues dice que los buenos de los académicos creyeron sencillamente que aquello era una mixtificación, creencia á la que vino á contribuir una torpeza de Mr. Du Moncel, pues habiendo reemplazado al operador y dicho delante de la membrana: *L'Académie remercie Mr. Edison de son interessante communication*, al hacer girar la manivela no salió voz alguna del fonógrafo, á causa de que, poco familiarizado con el instrumento, no había hablado lo suficientemente cerca de la membrana para producir la impresión en la placa de estaño. Y, por último, cuando el mismo Mr. Du Moncel presentó á la Academia de Ciencias en 30 de Septiembre de 1878 su obrita titulada *Telephone, microphone et phonographe*, Mr. Bouilland tomó este pretexto para declarar su perfecta incredulidad.

29. El primitivo fonógrafo de Mr. Edison tenía, sin embargo, muchos y graves defectos que él mismo reconoció de la manera más sincera y categórica, manifestando en un artículo que publicó el *New-York World* en 1887, «que el aparato pesaba próximamente cien libras; que costaba muy caro, sin que por ello pudiese »nadie sacar de él el menor partido á menos de tener »una competencia especial; que el trazado de la punta »de acero sobre la hoja de estaño no podía servir sino »muy corto número de veces; que hasta dudaba que »hubiese un fonógrafo capaz de almacenar la voz or-

»dinaria y reproducirla de una manera clara é inteligible; pero que estaba seguro de que si ahora no se llegaba á perfeccionar el invento, la generación siguiente lo conseguiría. He dejado ahora el fonógrafo, concluye diciendo, para ocuparme en la luz eléctrica, seguro de que he sembrado una semilla que habrá de fructificar en su día».

30. Mr. Edison dió con estas palabras una prueba insigne de modestia, propia exclusivamente del más sólido y superior talento, pues no sólo no ha sido necesario aguardar á la generación siguiente para que el invento haya alcanzado un grado de perfección suficiente para obtener de él numerosas é inapreciables aplicaciones, sino que el mismo inventor ha corregido todos sus defectos y ha alcanzado la satisfacción y la gloria, á muy pocos hombres concedida por la Providencia, de ver coronada su obra con el éxito más completo. Es cierto que durante algún tiempo abandonó estos trabajos por dedicarse al estudio del alumbrado eléctrico, pero entretanto el profesor Tainter y su colaborador el Dr. Chichester Bell intentaron nuevos ensayos, que mientras se limitaron á la *indentation* (palabra inglesa que significa el registro de los sonidos por medio de un estilete que corre sobre una hoja metálica) no adelantaron gran cosa. El Dr. Bell abandonó pronto sus investigaciones; pero el profesor Tainter las continuó con perseverancia é interés, y como resultado de su trabajo adquirió el convencimiento de que

el único procedimiento seguro para almacenar los sonidos era grabarlos sobre la cera ó sobre un cilindro de cartón recubierto de cera.

31. Mr. Tainter, por medio de este procedimiento, construyó un *grafófono*, del que más adelante daré una ligera idea, que alcanzó los más satisfactorios resultados, hasta el punto de que Mr. Edison confirmó el acierto del descubrimiento del profesor Tainter adoptando los cilindros recubiertos de cera para su *fonógrafo perfeccionado* (modelo de 1888), del cual procuraré en el capítulo siguiente no hacer una descripción, sino dar una idea lo más clara y exacta que me sea posible, por ser la base capital de la demostración de su utilidad para los fines que intento proponer, pues sin un perfecto convencimiento de que reúne todas las condiciones para el desempeño de las interesantes funciones en que está llamado á intervenir, no habríamos de cometer la ligereza de conferírselas, ni el desafuero de igualar de ese modo á un mueble con un hombre de la época, haciéndole extensivo el privilegio de dispensarle de estas molestas é indiscretas investigaciones de aptitud.







## CAPÍTULO II

### DEL FONÓGRAFO Y SUS APLICACIONES



MAESTRO P. G. Tait, profesor de Física en la Universidad de Edimburgo, en sus notables *Conferencias sobre algunos de los progresos recientes de la física*, que están reputadas como la última palabra en la materia, dice que cuando se pasa revista á todos los descubrimientos que pueden ser designados bajo el nombre de *Progresos recientes de la física*, es bueno recordar que la mayor parte de las nociones científicas que se han vulgarizado casi universalmente durante estos últimos veinticinco años, eran ya familiares á los grandes sabios de las épocas precedentes, y hasta figuran en sus obras, por lo que no pueden exponerse de una manera inteligible sin referirse más ó menos, y algunas veces enteramente, á los conocimientos de nuestros antepasados, no debiendo por ello extrañar que se tenga que citar

siempre á Davy. á Rumford y hasta el mismo Newton.

33. Esta opinión, que Dios me libre de atreverme á analizar por mi cuenta, es posible que á los hombres versados en el estudio de las ciencias físicas les parezca extraña y hasta paradógica, pero quizá pudieran explicársela leyendo con atención el violento prólogo contra los alemanes, que precede á la obra, y relacionándolo con la nacionalidad del autor y la de los tres sabios que cita en el párrafo transcrito. Cuestión es ésta, por lo tanto, muy buena para que la ventilen los que andan por las alturas de la ciencia y, mejor todavía, para que la dejemos á un lado los que sólo podemos ocuparnos en la ingrata y prosaica tarea de idear trabas que oponer á la mala fe, á la codicia y á la osadía de los hombres.

34. Pero sin ser sabio, ni escocés, ni alemán, ni siquiera alumno de la Facultad de Ciencias, se puede asegurar que la afirmación del eminente profesor de Física de la Universidad de Edimburgo no afecta, ni puede afectar, en lo más mínimo á los asombrosos descubrimientos de Mr. Edison, á los que supongo que no se les negará el título de verdaderos progresos de la física, y cuya originalidad es tan saliente que está muy por encima de estas apreciaciones genéricas, que pueden sintetizarse en el tan traído y llevado proverbio del Eclesiastés de *nihil sub sole novum*, que aunque sea de Salomón, pierde todo su efecto, y lo mismo las apreciaciones vaciadas en su turquesa, cuando choca de

frente con un hecho concreto que tan abiertamente le contradice, pues no es presumible que se pretenda hacer argumento, en favor de la dicha afirmación, de la circunstancia de que con mucha anterioridad á Edison fuesen ya conocidos los fenómenos de la electricidad y la teoría de las vibraciones sonoras, toda vez que esto no disminuiría en un ápice, no ya su mérito indiscutible, pero ni siquiera el sello originalísimo de inventos tan nuevos y tan importantes como la divisibilidad de la luz eléctrica y la reproducción de los sonidos, suponiendo que su inscripción en cilindros metálicos ó de cera sea copia del fonógrafo de Scott y Kœning, lo que no puede afirmarse de una manera absoluta.

35. Nos hallamos, pues, en posesión de un descubrimiento no sólo de una importancia y un mérito científicos de primera magnitud, sino de una trascendencia social tan extraordinaria que ha de influir poderosamente en todos los órdenes de la actividad humana y que, á mi juicio, ha de superar con mucho á la imprenta en consecuencias sorprendentes para el verdadero progreso de los pueblos, bastando para convencerse de ello reflexionar que apenas nacido el invento, se adivinan mil importantísimas aplicaciones, mientras que ni Gutenberg ni sus contemporáneos sospecharon siquiera que aquellos pequeños caracteres movibles con que sustitúan la letra manuscrita habían de llegar á ser algún día la palanca más poderosa de la civilización; por lo que los aficionados á hacer frases ya pueden ir

discurriendo alguna que sustituya á la famosa que Victor Hugo puso en boca de Claudio Frollo: *Esto matará á aquello*.

36. Es por consiguiente indispensable irse acostumbrando á la idea de que el fonógrafo es algo más que un auxiliar más ó menos útil que las ciencias físicas han descubierto y que la industria ha puesto á nuestro alcance para facilitar diversos actos de la vida. Hay que considerarlo como un nuevo y potentísimo elemento de la actividad humana en la mayor parte de las relaciones sociales que, no sólo las ensancha y facilita, sino que las transforma por completo, por lo que en cada una de las diversas esferas de esa actividad se impone un profundo y detenido estudio de las consecuencias de su aplicación. En el orden jurídico, que es el que á nosotros nos incumbe examinar, trae consigo una verdadera regeneración de los actos verbales, que aunque sean la forma más primitiva de constituirse las relaciones de derecho, hay que convenir en que es la más natural y expedita y que, solamente por la perversión de los hombres, ha venido en no interrumpida decadencia y lamentable descrédito con grave perjuicio del fomento y desarrollo de esas mismas relaciones. El fonógrafo al perpetuar la palabra, que antes disipaba el viento, apartará de una vez los peligros de la inseguridad de las formas verbales, y éstas tendrán que recobrar su antigua y verdadera importancia, para lo cual los hombres dedicados al estudio del derecho no

deben ser los últimos en emprender dicha tarea, cuya utilidad sólo puede apreciarse mirando la cuestión desde su verdadero punto de vista, y ha de ser siempre mucho mayor que la que reportan esas estériles polémicas que engendran las vanidades de escuela y en las que tanto se despilfarra el trabajo y se derrocha el talento.

37. Preferible en sumo grado sería para mí haber podido intentar siquiera ese estudio general acerca de la influencia que la vulgarización del fonógrafo tendrá que ejercer necesariamente en todas las relaciones jurídicas basadas hoy casi exclusivamente en los documentos escritos, y que para estos efectos pueden dividirse en tres grupos, que son: contratos, testamentos é informaciones de todo género lo mismo en el orden civil que en el penal; pero ni el tiempo de que dispongo ni las escasas facultades de que me siento alentado me han permitido hacerlo, y sólo á título de ejemplo me he decidido á hacer este ensayo circunscribiéndolo al segundo de esos tres grupos, porque es lo que salta desde luego á la vista, y sobre todo porque una reforma introducida en esta importante materia de los testamentos por nuestro moderno Código civil, ha venido á convertir en una necesidad apremiante toda indicación y todo esfuerzo, por modestos y desautorizados que sean, encaminados á poner remedio á las consecuencias de esa que, más que reforma, es mutilación de un órgano muy esencial de la legislación patria. Pero aun

reducido el problema á estos límites tan estrechos y á un punto cuya utilidad se demuestra por sí misma, son tantas las dificultades que para mí presenta, que aún me parece demasiado grande.

38. Tengo sobre mí en primer término el grave compromiso de dar al lector una idea, si no perfecta y acabada, al menos suficientemente clara de lo que es el fonógrafo, y desde luego me sale al paso el insuperable inconveniente de mi absoluta falta de conocimientos técnicos para describir una máquina complicada, hallándome, por consiguiente, en situación semejante á la del que pretendiese redactar un escrito en un idioma para él desconocido. Podría salvar esta dificultad limitándome á transcribir en este lugar alguna de las descripciones del aparato que tengo á la vista; pero resultarían demasiado largas y minuciosas para el objeto que me propongo, y además sería necesario intercalar en el texto viñetas y diseños que completasen la explicación, sin las cuales resultaría incomprendible; y aunque esto de un tratadito de derecho con planos y perfiles de máquinas y con fórmulas químicas para la preparación de los clichés fonográficos y la composición de las ceras con que se recubren los cilindros, constituiría tal vez la más alta novedad del día que se pudiera ofrecer al público, renuncio á la gloria tentadora de ser su iniciador, al menos hasta que se constituya definitivamente la escuela *jurídico-físico-matemática* para hacer frente á las que hoy nos explican los derechos

de familia con la descripción previa de los aparatos de la generación, la propiedad con la de los órganos de la digestión y resuelven, con cargo á los fenómenos del sistema nervioso, cuantas cuestiones civiles y penales no saben resolver de otra manera, si bien todavía no tengo noticia de que hayan llegado á publicar con grabados anatómicos ni una mísera monografía jurídica.

39. Mi deseo es únicamente dar á conocer las partes esenciales del mecanismo y su manera de funcionar para que se comprenda bien el grado de perfección que alcanza el invento, la utilidad de su uso y la facilidad de su manipulación, y para ello considero que lo más claro será empezar por describir el primitivo aparato de Edison, que era de gran sencillez y que contenía, como no podía menos de suceder, los elementos fundamentales del invento, que después no han sido modificados ni alterados, sino meramente perfeccionados en sus detalles accidentales.

40. El fonógrafo presentado en 1878 á la Academia de Ciencias de París y á la Sociedad Francesa de Física, y que durante aquel invierno hizo las delicias del público parisién, que no se cansaba de hacer repetir hasta la saciedad al pequeño aparato: *Allez-vous au Trocadero? Comment-vous portez-vous, monsieur ou madame?*, consistía únicamente en una membrana ó diafragma semejante al de los teléfonos, sostenida por su circunferencia con un anillo metálico; esta membrana llevaba fijo en su superficie inferior un pequeño estilo

metálico colocado en sentido perpendicular al plano de aquella y muy rígido. Se hablaba delante de aquella membrana por medio de una corneta ó bocina de forma cónica colocada en sentido inverso, ó sea su vértice truncado sobre el anillo que rodeaba la membrana, y la parte ancha junto á la boca del operador, y el estilo, impulsado por los movimientos de aquella, iba inscribiendo las vibraciones sobre un cilindro metálico que se movía por medio de una manivela. El eje del cilindro estaba tallado en forma de tornillo y uno de sus soportes ó puntos de apoyo en la de la tuerca, de suerte que cuando se daba vueltas á la manivela del cilindro, no solamente giraba éste sobre su eje, sino que avanzaba de derecha á izquierda. En la superficie del cilindro había una huella ó ranura en espiral dispuesta en forma que la punta del estilo se encontraba, durante el movimiento de rotación del cilindro, en la ranura practicada en su superficie.

41. Cuando se quería emplear el instrumento era preciso comenzar por colocar sobre el cilindro un papel de estaño semejante al que se usa para envolver objetos ó substancias que hay necesidad de preservar de la humedad atmosférica, y este papel se pegaba al cilindro siguiendo una de las generatrices hasta dejarlo completamente envuelto, cuidando de adherirlo en términos que penetrase en la ranura hasta dejarla perfectamente dibujada al través del estaño, y hecho esto se colocaba la membrana en su lugar de acción sujetán-

dola sólidamente con un tornillo, apoyando el estilo ligeramente en el fondo de la canal helizoidal que presentaba el papel. Dispuesto así el aparato se hablaba delante de la bocina inversamente colocada sobre el diafragma, dando al mismo tiempo vueltas al cilindro con la manivela, y por consecuencia de las vibraciones producidas por la palabra sobre la membrana, el estilo sujeto á la parte inferior de ésta hacía en el papel de estaño una serie de marcas más ó menos profundas y más ó menos rectas y prolongadas que sólo eran perceptibles con una lente poderosa.

42. Esta era la inscripción del sonido, ó sea la primera parte del invento de Edison que, como se ve, está fundada en la misma teoría científica y guarda gran semejanza con el fonoautógrafo de Scott y Kœning, sin más diferencia esencial sino la de que éstos no se cuidaron de recubrir el cilindro con una materia poco elástica en la que pudiese quedar una huella algo profunda y permanente de las impresiones del estilo, base principalísima del invento del insigne americano, sino meramente de presentar una superficie ahumada en la que aquél pudiese ir inscribiendo automáticamente los sonidos de la misma manera que la pluma escribe las palabras en el papel, por ser esta escritura el límite y exclusivo objeto de su invención.

43. Edison, por el contrario, llevó sus aspiraciones mucho más lejos, y por ello pensó desde luego en que la huella marcada en la superficie del cilindro por el

estilo fuese lo suficientemente perceptible para que, obrando en sentido inverso, reaccionase sobre aquél, obligándole á hacer vibrar la membrana á que está sujeto en igual forma que lo hizo la voz, y causando, por consiguiente, en el aire los mismos movimientos vibratorios reprodujese la palabra como lo consiguió de la manera más perfecta y admirable, y sobre todo más original que jamás pudieron imaginar los hombres.

44. Para alcanzar este maravilloso resultado bastaba en el primitivo aparato, á que me vengo refiriendo, apartar la membrana y hacer girar la manivela al revés para que obrando el tornillo del eje del cilindro en sentido contrario á su primer movimiento de avance volviese á colocarse en la posición que ocupaba al principio de la experiencia, y hecho esto se situaba de nuevo en su sitio la membrana, provista siempre de su estilo, cuya punta se apoyaba, lo mismo que al comenzar la operación, en la ranura helizoidal en contacto ligero con el papel de estaño, y haciendo girar otra vez en el primitivo sentido el cilindro, la membrana, empujada por el estilo, que iba entonces guiado por las marcas ó cavidades impresas anteriormente en la hoja metálica adherida al cilindro, vibraba de nuevo reproduciendo los determinados por la inscripción, los cuales eran amplificados por la misma bocina ó tornavoz colocado sobre el anillo que sujetaba la membrana ó diafragma.

45 Edison pensó desde el principio en introducir al-

egunos mejoramientos en esta máquina por demás sencilla, tales como el de sustituir el papel de estaño con hojas de cobre rojo muy delgadas, el de uniformar el movimiento del cilindro con un pesado volante para evitar las variaciones de velocidad consiguientes á la acción desigual de la mano, y hasta llegó á variar la disposición del mecanismo no colocando la hoja metálica sobre uu cilindro, sino sobre una plancha en la que había trazada una ranura que tenía la forma de una espiral de Arquímedes, estando combinado el movimiento de esta plancha de manera que el estilo colocado en la membrana trazase sus inscripciones en la ranura espiral, con el fin de que se pudiese colocar más pronta y cómodamente la hoja metálica, y sobre todo para alcanzar la importante ventaja de que, una vez grabada por el estilo, se la pudiese colocar en otro aparato idéntico que estuviese en cualquiera otra ciudad y hacer posible de ese modo una comunicación fonográfica en distintos puntos del globo enviando la hoja dentro de una carta.

46. Pero aun con todas estas mejoras, el aparato adolecía de los inconvenientes y deficiencias que el mismo Mr. Edison señaló en el artículo publicado por el *New-York World* en 1887, y del cual traduje la parte más esencial en el capítulo anterior: así es que tan pronto como terminó sus trabajos para el alumbrado eléctrico, se dedicó seriamente al perfeccionamiento definitivo del fonógrafo, y en 12 de Mayo de 1888 Mr. Gilliland



presentó el nuevo modelo al *Electrical Club* de New-York, siendo traído por primera vez á Europa el fonógrafo perfeccionado en Septiembre de aquel mismo año de 1888, ante el Congreso de la Asociación Británica que tuvo lugar en Bath, por el coronel Mr. Gourand, amigo de Edison, y en Francia fué presentado ante la Academia de Ciencias por Mr. Janssen en 23 de Abril de 1889, el año de la Exposición Universal.

47. La competente revista titulada *La Lumière Électrique* publicó una extensa relación de esta memorable sesión de la Academia, que aun cuando es interesantísima, no me atrevo á reproducirla por no hacer interminable esta noticia del invento, considerando indispensable únicamente transcribir algunas palabras de la apología que del mismo hizo ante la Academia el coronel Mr. Gourand, porque dan cabal idea del grado de perfección á que llega el modelo de 1888. «El juego de las ondas sonoras, dijo el amigo y representante de Mr. Edison, os es conocido: recibimos hasta 20.000 vibraciones por segundo y reproducimos todas las variedades de timbres, los gritos de los animales, las lenguas de todos los países; en una palabra, todos los sonidos susceptibles de impresionar el oído. Todo es inscrito con tal precisión, que el maestro Gounod, después de haber cantado y oído enseguida su *Ave Maria*, exclamó: ¡Qué fidelidad! ¡Qué dichoso soy de que no tenga ni un defecto! Después de una primera audición, todos los discursos, todos los cantos, las orques-

»tas más completas se pueden reproducir un número  
»ilimitado de veces.»

.....  
«En mi casa, en Inglaterra, oía la voz de Edison con  
»todas sus inflexiones: su primera *carta parlante* me  
»hizo percibir su voz, los ruidos de su laboratorio, el  
»martillo golpeando sobre el yunque, los ¡hurra! lan-  
»zados por los obreros en honor de este primer viaje  
»de la voz humana al través del Océano.»

.....  
«Desde mi llegada á París expido y recibo todas las  
»mañanas *cartas parlantes* que percibo á tres metros de  
»*distancia del aparato* sin perder una sílaba.»

48. Por las palabras transcritas se comprende evidentemente que el fonógrafo está hoy en estado de prestar los servicios más importantes y delicados, pues reproduce toda clase de sonidos con la más absoluta fidelidad, hasta el punto de que, no sólo recoge la voz del que habla delante del diafragma, sino cuantos ruidos se dejan sentir en el lugar ó estancia donde se le coloca, como sucedió con todos los del taller de Mr. Edison en la primera comunicación fonográfica que envió al través de los mares, y alcanza además la inestimable condición de que el destinatario de un fonograma no necesita aplicar al oído los tubos acústicos que rodean el aparato, ni siquiera acercarse á éste, pues á más de tres metros se percibe la voz del comunicante; ventajas ambas importantísimas para los usos judicia-

les, y sin las cuales la utilidad del invento quedaría notablemente reducida; pero desde el momento en que (circunscribiéndonos á los testamentos), no sólo se oye clara y distintamente la voz del testador, sino cuantos ruidos se produzcan y palabras se pronuncien á su alrededor, la garantía que ofrece la reproducción fonográfica del acto es verdaderamente inapreciable.

49. Deseoso de cerciorarme por mí mismo de la completa exactitud de las anteriores apreciaciones acerca del mérito y perfección del citado modelo de 1888, he procurado presenciar sus experiencias y he visto con satisfacción y, no he de negar que también con no poco asombro, que no hay en ellas la menor exageración, pues es completamente cierto que sin necesidad de hacer uso de unos tubos ó cordones de caucho, semejantes á los de los teléfonos, de que también está provisto el fonógrafo, y sólo con colocar sobre la membrana una corneta acústica, se perciben todos los sonidos y todas las palabras con la mayor facilidad á más de los tres metros de distancia. Es cierto que, verificada la audición en esa forma, la voz humana resulta aminorada y de timbre agudo y nasal semejante al de la transmitida por el teléfono, aunque no en tanto grado como en éste y en el primitivo fonógrafo, pues conserva la fuerza y claridad suficientes para que sin gran trabajo se pueda distinguir la de una persona conocida; pero aplicándose á los oídos los cordones que rodean al aparato, la audición es tan perfecta que la voz lle-

ga á nosotros con toda su intensidad, todo su timbre, todas sus inflexiones, hasta el punto de que sin la menor vacilación todos los oyentes distinguieron, en el día de la experiencia á que me refiero, la voz de cómicos, cantantes y oradores conocidos; fueron repetidos de admirable manera trozos de música, ejecutados unos por piano y otros por orquesta; y la prueba para mí más decisiva y concluyente del grado de perfección increíble que ya alcanza el invento, fué la reproducción exactísima del bullicio infernal de un café cantante con las coplas de los cantadores, acompañamiento de guitarras, bastoneo y palmadas de los jaleadores, voces del público, contestaciones de los camareros y hasta el ruido de vasos, bandejas y vajilla, sin perderse un detalle ni confundirse un sonido.

50. Pero aún ha obtenido Mr. Edison en este nuevo modelo otras ventajas que, aunque de diversa índole, no por eso son menos importantes para el mejor y más cómodo uso del prodigioso mecanismo. Gracias á una desviación operada por una sencilla palanca, se puede hacer repetir á voluntad una palabra, una frase, un pasaje cuantas veces se quiera. En cada banda de cilindro de 25 milímetros se pueden inscribir 200 palabras; el cilindro puede registrar, por consiguiente, un millar de éstas, y, en su consecuencia, diez cilindros bastan para contener la lectura de un tomo en 18.<sup>o</sup> ordinario. Las repeticiones no gastan las huellas impresas por el estilo, pues se ha comprobado que se puede obtener de

un cilindro 6.000 repeticiones sin alterar ni debilitar los sonidos. Por último, la sensibilidad del aparato es tan extraordinaria que el menor cuchicheo, la menor articulación, son fielmente reproducidos.

51. Explicada la teoría fundamental del fonógrafo con la descripción del antiguo aparato, y consignados sin la menor exageración los adelantos realizados y ventajas obtenidas con el modelo perfeccionado de 1888, sólo me resta dar una idea del nuevo mecanismo, que habrá de ser muy ligera por no ser necesario para mi objeto descender á minuciosidades técnicas, y porque siendo este modelo de suma complicación me habría de ser muy difícil, si no imposible, hacer exacta reseña de todas sus partes y de su manera de funcionar, y como ya he dicho que en lo esencial no difiere gran cosa del primitivo, considero lo más claro para el lector y lo más fácil para mí señalar las diferencias entre uno y otro modelo, remitiendo al que deseare más precisas explicaciones al folleto de Mr. A. M. Villon, que ya antes he mencionado.

52. Se compone el nuevo aparato de una caja de 50 centímetros de larga por 20 de alta, en una de las extremidades de la cual se ven sumergirse los reóforos de una pila que acciona más ó menos rápidamente sobre un electro-motor encerrado en la misma caja, con el fin de comunicar al cilindro del fonógrafo un movimiento lento y regular sin ninguna trepidación, merced á una hábil y complicada combinación mecánica. El cilindro

fonográfico recubierto de cera, con arreglo al procedimiento de Tainter de que antes hablé, no tiene más movimiento que el de rotación sobre su eje, pues los movimientos laterales los tienen en el último modelo; los aparatos receptores y emisores, á los que están sujetos los estilos, en lo cual es quizá en lo que más difiere el moderno del antiguo fonógrafo, pues en aquél el estilo estaba fijo y no tenía más movimiento que el vibratorio que le imprimía la membrana, y el cilindro estaba animado de un movimiento de traslación lateral, además del de rotación.

53. Los operadores receptor y emisor están colocados sobre un armazón movable que se desliza á lo largo del aparato, y están dispuestos á semejanza de un par de anteojos que giran alrededor de tornillos micrométricos para regularizar con la mayor exactitud la distancia de los operadores al cilindro. El aparato receptor, ó sea aquel que contiene la membrana delante de la cual se habla, se compone de un anillo que lleva un diafragma de vidrio, al cual no está inmediatamente sujeto el estilo, como sucedía en el primitivo fonógrafo, sino á una pequeña palanca, que tampoco recibe directamente las vibraciones del diafragma, sino mediante una diminuta almohadilla de caucho, teniendo por objeto esta nueva é ingeniosa disposición del receptor que el estilo verifique muy neta la inscripción de las vibraciones que se le transmitan y que se amortigüen las vibraciones parásitas ó anormales, que-

dando la punta perfectamente libre y sensible á las menores ondulaciones sonoras. El aparato emisor ó parlante tiene el diafragma de seda; el estilo, que es más corto que el del receptor, tiene la punta algo redondeada con el fin de que no deteriore las huellas trazadas en el cilindro por el estilo del receptor, y tampoco está directamente sujeto al diafragma de seda, sino mediante un pequeño ligamento de caucho. Por último, ambos sistemas, receptor y emisor, pueden moverse hacia adelante ó hacia atrás, según convenga, con la mayor facilidad por medio de un tornillo y una polea destinados á ese objeto.

54. El cilindro, según ya he indicado, en vez de estar envuelto en papel de estaño como en el modelo de 1877, está cubierto de una capa de cera, cuya preparación exige el mayor esmero. La cera pura de abeja es demasiado blanda y los surcos del estilo se borrarían fácilmente, y lo mismo sucedería con la parafina, la ozokerita y las ceras minerales. Para evitar este inconveniente ha recurrido Edison á la cera de Carnauba, que se recoge en forma de polvo en las hojas de esta planta en las provincias septentrionales del Brasil, que es muy dura y quebradiza; pero no se puede emplear sola á causa de esta última cualidad y de que las huellas trazadas en esta cera producen un sonido nasal y estridente, por lo cual la mezclan con la cera de abeja, con la parafina ó con ambas á la vez, en proporciones que no es del caso conocer, pero cuidando de emplear-

las en el mayor estado de pureza y evitando la mezcla de todo cuerpo extraño, y preparadas así las ceras, se funden al baño de maría y se filtran por una franela humedecida al vapor.

55. Hecho esto, se moldea la cubierta ó capa de cera en un aparato especial y se tornea en el mismo fonógrafo con la mayor perfección, debiéndose observar que por la parte exterior es exactamente cilíndrica y por el interior algo cónica para que pueda ser más fácilmente colocada en el árbol de transmisión del movimiento del fonógrafo. El cilindro así preparado gira á razón de 60 vueltas por minuto para la palabra y de 100 para la música; se coloca el receptor delante del cilindro, se habla de una manera clara y algo fuerte delante del pabellón; el estilo inscriptor traza en la cera unos surcos que son imperceptibles á la simple vista, pues su mayor grueso no alcanza á la décima parte de un milímetro, pero con esto basta para fijar los menores detalles de las vibraciones producidas y para que en el cilindro quede indeleble la palabra con todo su sello más personal, la entonación, el timbre, la velocidad, la lentitud, la pronunciación y el acento. Para hacer revivir la palabra se reemplaza el aparato receptor por el emisor ó parlante; el estilo de éste sigue las huellas de aquél, y un tubo de caucho que se ramifica en tantos cordones cuantos son los oyentes, hace llegar á éstos los sonidos con la más delicada exactitud, á no ser que se quiera hacer uso de la corneta acústica pa-

ra apereibir aquéllos sin necesidad de aproximarse al aparato (1).

56. Hablar del fonógrafo en un libro escrito en castellano y no mencionar el fotofonógrafo Larrañaga, sería un olvido quizá muy español, pero de todo punto imperdonable. Una verdadera casualidad me hizo encontrar una descripción de este complicado é ingenioso aparato en el número 1.º, vol. VII, del periódico hispano-americano que se publica en Londres, titulado *El Ingeniero y ferretero español y sudamericano*, correspondiente al mes de Enero de 1892; y aunque no he de molestar al lector con su reproducción íntegra, considero necesario transcribir por lo menos la explicación de su fundamento científico, ya que no tengo noticia de que ningún periódico español de los de gran circulación se haya cuidado de hacerlo.

57. «Este invento, dice la citada publicación, consiste principalmente en la combinación de fuerzas conocidas desde hace tiempo, pero aplicadas á la producción de un efecto enteramente nuevo. De una parte la fuerza concusiva de las vibraciones sonoras de la voz humana es tal, que Edison llegó á construir

---

(1) No deja de ser coincidencia extraña que en este novísimo modo de fijar la palabra humana se hayan venido á adoptar exactamente los mismos medios que los antiguos empleaban en sus *codicillus* ó libritos de memoria que, según Calepino, consistían en unas tablitas *en-ceradas* en las que *con un estilo de hierro*, sin más aparejo, apuntaban para memoria ó escribían para ausentes.

»un motor, cuya fuerza motriz es la voz; por consi-  
»guiente, un volumen de gas encerrado en una recá-  
»mara, de la que sólo escapa por una boquilla peque-  
»ña, puede ser susceptible de variaciones, de presión é  
»intercadencias por la acción de las vibraciones de la  
»voz sobre un punto de la recámara formado por una  
»membrana vibratoria. De aquí que las alteraciones  
»del foco de luz, tan acentuadas en el aparato Larraña-  
»ga, son perceptibles á la simple vista. De otra parte, la  
»exquisita sensibilidad á la acción de la luz en las plan-  
»chas fotográficas secas, que llega hasta el punto de im-  
»primir en la obscuridad de la noche el reflejo de los as-  
»tros que no alcanza la vista humana á distinguir, per-  
»mite que se fijen en un trazado fotográfico todas las  
»variaciones de un foco de luz al pasar por una línea  
»continuada un rayo ante un punto de la plancha. Es-  
»tos dos principios fundamentales se enlazan en el fo-  
»tofonógrafo para reproducir la voz humana. Bien  
»obvio está, pues, ahora el mecanismo de los fonógra-  
»fos Edison y otros, así como el del grafófono. Las on-  
»das sonoras se registran en un cilindro cubierto de  
»cera, que gira rápidamente por incisiones practicadas  
»con un punzón agudo fijo en una membrana vibra-  
»toria, reproduciéndose el sonido con un movimiento  
»inverso. En el grammáfono Berliner se registra el so-  
»nido en un disco circular de cinc cubierto con una  
»capa delicada de grabar que corta el punzón. Luego  
»se somete la plancha al ácido, que muerde las inci-

»siones y las hace permanentes. El Sr. Larrañaga ha  
»observado que en esta clase de aparatos sólo pueden  
»registrarse las vibraciones de avance, al paso que las  
»de retroceso, que son tan necesarias como las otras  
»para obtener la total reproducción del sonido, no ha-  
»cen en el cilindro efecto perceptible. De aquí la im-  
»perfección de la reproducción del sonido que se nota  
»en el fonógrafo tal como al presente se construye. Pa-  
»ra obviar esto el Sr. Larrañaga, como una modifica-  
»ción del fonógrafo, fija el punzón, que está fijo en el  
»diafragma vibratorio, á una palanca articulada que  
»lleva en su extremo inferior una pieza transversal en  
»forma de segmento, en cuyos extremos va una aguja  
»de marcar en ambas esquinas. Las vibraciones de  
»avance aprietan así contra el cilindro una de las  
»aguja, mientras que las de retroceso producirán el  
»mismo efecto en la otra aguja, y los trazados hechos  
»en el cilindro representarán completos los movimien-  
»tos del diafragma, proporcionando una reproducción  
»completa de los sonidos emitidos delante de la mem-  
»brana.»

58. «Con todo, el invento del Sr. Larrañaga regis-  
»tra las vibraciones por un sistema enteramente nue-  
»vo. Hace que las ondas sonoras afecten una llama  
»sensitiva, ó contra el diafragma de un teléfono de  
»gas, que tiene una llama de gas por la cual se va-  
»ría el grado de la luminosidad. Mediante un meca-  
»nismo de relojería, hace entonces pasar delante de

»esta llama una placa de gelatina bicromatizada, y á  
»la acción de aquélla se descompone la gelatina, ac-  
»tuando después del desarrollo en la parte de la pelí-  
»cula expuesta según la intensidad de la llama. Colo-  
»cándose la placa en un receptáculo conveniente, re-  
»produce el sonido original. En verdad, el aparato es  
»una de las más bellas ilustraciones del equilibrio y  
»unidad de las fuerzas naturales, equilibrio tan bien  
»balanceado, que ningún cambio, por insignificante  
»que sea, puede efectuarse en una de ellas sin un cam-  
»bio correspondiente en las demás. Las diferentes con-  
»versiones de energía se demuestran en este invento de  
»una manera sin igual hasta hoy día. La energía lu-  
»minosa en energía química, y ésta se vuelve mecá-  
»nica.»

59. Además del fonofonógrafo Larrañaga de que acabo de hacer mención, hay otros diversos aparatos que, derivados del principio fundamental del fonógrafo, están llamados á hacerle la más seria competencia, unos por ser menos costosos, otros por su mayor sencillez y facilidad de manipulación, y otros por ir encaminados á obtener mejoramientos de importancia, de los cuales me limitaré á hacer una ligera reseña con el objeto de que se comprenda la fuerza inmensa de que viene impulsado este asombroso invento, que apenas nacido, está en vías de un perfeccionamiento y de una vulgarización por ningún otro descubrimiento igualadas, y para que las personas á quienes pueda

interesarse vayan acostumbrando á apreciar las ventajas de cada aparato.

60. Figura en primer término el grafófono de Bell-Tainter, del que ya dejo hecha alguna indicación: sus ventajas consisten en que es un aparato sencillo y poco costoso, habiendo suprimido el motor eléctrico, reemplazándolo por un pedal y un regulador, siendo tan fácil su manejo que cualquier persona, con pocos minutos de ensayo, puede servirse de él con la mayor facilidad; su forma y tamaño se asemejan extraordinariamente á una máquina de coser, y parece llamado á ser el fonógrafo familiar y casero; por último, la membrana del receptor es de mica; éste está dispuesto de manera que hace innecesario que el que habla delante del aparato tenga que esforzar la voz, y el aparato emisor ó parlante es tan original é ingenioso que reproduce la voz con la mayor perfección, como lo aseguran cuantas personas lo oyeron en la Exposición de 1889.

61. El micrografófono de Mr. Gianni Bettini, teniente de la Marina italiana, ha tenido por principal objeto reproducir las palabras con la mayor exactitud en su timbre y en su fuerza vocal, haciendo desaparecer por completo la voz de polichinela, defecto del que hasta ahora adolecían los aparatos más perfeccionados. El aparato es de motor eléctrico y no difiere gran cosa de los fonógrafos conocidos, consistiendo principalmente la novedad en los diafragmas ideados por

Mr. Bettini. Según las noticias que acerca del particular dan *The Electrical World* y *The Scientific American*, el invento se funda en la observación de que todo tejido, toda membrana, toda columna de aire vibrantes presentan puntos, sinuosidades y nudos, en las que unas veces las ondas sonoras son más acentuadas y otras son nulas, y, por consiguiente, cuando se trata de una membrana circular algo extensa sujeta por un anillo, los movimientos que en ella se producen son muy complejos. Sujetando un estilo al centro de una membrana de este género no se recogen más que las vibraciones del centro, y éstas influidas además por las ondas de reflujó de otros puntos puestos en movimiento. Para salvar esto, el citado oficial de la Marina italiana emplea diafragmas de muy pequeñas dimensiones, en los cuales las primeras vibraciones no tienen que sufrir las influencias provenientes de una segunda zona activa; pero como estas membranas pequeñas no producirían vibraciones suficientes para obrar eficazmente sobre el estilo, ha multiplicado su número, colocándolas en grupos de cuatro ó de cinco membranas pequeñas, y el estilo se subdivide en una garra ó pata de araña de tantas puntas cuantas son las membranas, empleando también otras veces un sólo diafragma de mayor dimensión, colocando sobre él el estilo de garra, cuyas patas apoyan en diferentes lugares de la membrana, con los cuales medios ha conseguido la reproducción perfecta de la voz con su timbre

exacto y la potencia suficiente para que se oiga en todo el ámbito de una gran habitación sin aproximarse al aparato.

62. Por último, el *grammáfono* es otra especie de fonógrafo de la invención de Mr. Berliner, de Wáshington, que es una feliz modificación del fononautógrafo de Scott, y cuya nota distintiva es también la sencillez de su construcción y la facilidad de su manejo, por lo que comienza á extenderse considerablemente en Alemania. La principal novedad consiste en que el *grammáfono* se compone de dos aparatos: 1.º, el registrador ó receptor; 2.º, el reproductor, emisor ó parlante. Este último es únicamente el que está de venta, pues para hacer uso del registrador, el inventor se propone ir estableciendo poco á poco en las diferentes localidades estaciones para el registro de la voz ó de los sonidos que se deseen conservar, á las cuales se irá á *grammáfonarse*, exactamente como quien va á casa del fotógrafo á retratarse, y media hora después de la operación podrá cada cual en su casa reproducir sus discursos, producciones musicales, etc., en el aparato emisor de que tendrá que estar provisto. Como se ve, este procedimiento, á pesar de su originalidad y suponiendo que resulte más económico que los otros, es de menor utilidad por lo embarazoso, puesto que en realidad sólo se dispone de medio aparato, y, por consiguiente, para los usos judiciales y notariales absolutamente inaplicable.

63. Réstame sólo hacer una sencilla enumeración

de las aplicaciones que pueden tener el fonógrafo y sus aparatos similares, y aunque entre las numerosas aplicaciones que sus propagadores le atribuyen hay algunas de fantasía completamente americana, la mayor parte de ellas son indiscutibles y todas infunden el convencimiento de la inmensa esfera de acción que ha de alcanzar el descubrimiento, siendo las principales las siguientes:

I. La correspondencia epistolar será sustituida por la fonográfica, con gran ahorro de tiempo y gran ventaja para los que tengan mala letra, y sobre todo para los enfermos impedidos, ciegos y personas que no sepan escribir. Los cilindros fonográficos son muy ligeros, y metidos en un estuche pueden con gran facilidad ser remitidos por el correo.

II. Las conversaciones de los hombres de negocios pueden ser fonografiadas, evitándose así retractaciones y dudas acerca de lo que cada uno dijo.

III. Servirá de un modo efficacísimo para la enseñanza de los ciegos, facilitándoles el aprendizaje de la lectura y escritura y de todos los conocimientos humanos por medio de libros fonografiados.

IV. Hay quien pretende que será un eficaz estímulo para la adopción de un idioma universal; pero esto, más que á la categoría de las aplicaciones, pertenece á la de los buenos deseos.

V. El fonógrafo, y esto sí que es evidente, reemplazará con mucha ventaja á la taquigrafía para reco-



ger *in extenso* toda clase de discursos, evitando que los periódicos lo verifiquen á su gusto, como no sea aceptando la responsabilidad de cualquiera alteración (1).

VI. Con el nuevo descubrimiento se realizará el verdadero milagro de que los siglos venideros oigan la voz auténtica y genuina de tribunos, hombres de Estado, guerreros, sabios y artistas célebres, que no sólo dejarán la huella de sus ideas, sino su palabra viva para dar doble realce á sus pensamientos.

VII. Se conservará también la de padres, amigos y parientes, como el mejor y más vivo recuerdo de su existencia.

VIII. Servirá para enseñar los idiomas y para que los niños aprendan el alfabeto y se perfeccionen en la lectura.

IX. Facilitará extraordinariamente el aprendizaje de los dialectos de los pueblos bárbaros, recogiendo de los labios de los hombres salvajes frases y palabras que ellos son incapaces de enseñar, y por eso añaden los entusiastas del invento que el fonógrafo tendrá que formar parte integrante del equipaje de los exploradores.

X. Será igualmente un auxiliar poderoso de la declamación, haciendo que los actores y oradores oigan

---

(1) Esto ya se ha ensayado con el mejor éxito en el Auditorium de Chicago, pues antes de que M. Depeu hubiese terminado su discurso, los periódicos tenfan ya corregidas las pruebas del exordio.

sus propios defectos de pronunciación y entonación, y los corrijan.

XI. Servirá para reproducir dramas, comedias, óperas, sinfonías y piezas de concierto, proporcionando distracción en su propio domicilio á las personas que por cualquier causa no les sea posible concurrir á espectáculos de esa especie.

XII. Se pretende también que habrá de ser un medio para facilitar y acelerar la composición á los cajistas de imprenta.

XIII. Se publicarán libros fonografiados por un buen lector, lo que dará doble mérito á las obras; así, pues, una novela fonografiada por el famoso lector Mr. Legouvé, tendrá un doble mérito para las personas inteligentes y buenos aficionados.

XIV. Habrá periódicos fonografiados, por medio de los cuales los suscriptores se enterarán de las noticias, cogidas verdaderamente al vuelo, sin fatigarse la vista.

XV. Para obtener el más absoluto secreto en la correspondencia bastará adoptar un diámetro especial en los cilindros de cera y una velocidad convenida en el movimiento del mismo, sin el conocimiento de los cuales requisitos será imposible penetrar en la comunicación criptográfica.

64. Y... ¿á qué seguir? Se le atribuyen especiales aplicaciones militares, médicas, diplomáticas, bancarias, industriales y cuantas puede idear la fantasía

humana, sin contar las judiciales, porque han de ser la principal, mejor dicho, la materia exclusiva de este ensayo, y para ello he de empezar por exponer las razones de orden puramente legal y jurídico que aconsejan la aplicación del fonógrafo á la testamentifacción.





## CAPÍTULO III

### RAZONES DE CARÁCTER GENERAL

#### QUE ACONSEJAN EL ESTABLECIMIENTO DEL TESTAMENTO FONOGRÁFICO

**D**ICE el apriorista Mr. Demolombe con la superficialidad propia de los que no tienen lumbre de la verdadera fe antropológica, que el origen del testamento está íntimamente ligado con el origen mismo de la propiedad, y que la facultad de disponer de los bienes á título gratuito, sea entre vivos, sea por testamento, le parece uno de los efectos más directos del derecho de propiedad, pues ésta no sería nada si no fuese perpetua, y no sería perpetua si no fuese transmisible; deduciendo de aquí, que no corresponde al legislador conceder el derecho de hacer esos actos de liberalidad, pero que es deber suyo organizar y reglamentar su ejercicio, pues las disposiciones de esa in-

dole, por lo mismo que nos despojan sin compensación de lo que es nuestro, ofrecen peligros de una naturaleza especial que importa mucho prevenir, y todavía más particularmente en los testamentos que en las donaciones entre vivos, porque en ellos el otorgante no está advertido ni protegido por su propio interés.

66. Mr. Dalloz, en su conocido *Repertorio de Legislación*, hace casi idénticas consideraciones sobre este particular, exponiendo que, en los contratos á título oneroso, está defendido el hombre por su interés particular, que ordinariamente le impulsa á querer recibir lo equivalente á lo que da, pero que en los contratos de beneficencia ó disposiciones á título gratuito no encuentra la misma salvaguardia, porque nada le ampara entonces contra los impulsos de su corazón ni contra la temible seducción de las pasiones, peligros que adquieren mayor importancia en las disposiciones testamentarias por el estado de debilidad física y abatimiento moral que traen consigo la proximidad de la muerte, las flaquezas de la avanzada edad ó las sugerencias y hasta las violencias que pueden ejercer sobre un anciano ó un valetudinario las personas que le rodean en esos tristes y angustiosos momentos en que el hombre, llevando su pensamiento y su voluntad más allá del sepulcro, quiere realizar el último acto de dominio sobre todo aquello que durante su vida ha constituido su bienestar y su fortuna; siendo ésta la razón por la que los legisladores han reglamentado esta fa-

cultad de una manera más vigorosa que la establecida para disponer á título oneroso, y sin coartar, antes bien favoreciendo estos sentimientos generosos, han prescrito formas protectoras. han establecido prudentes restricciones y han creado, en una palabra, un sistema en el cual las partes interesadas, y hasta los mismos favorecidos, encuentran saludables garantías. Y, por último, D'Aguesseau emite una opinión semejante de acuerdo con gran número de publicistas de no menor autoridad, de cuyas citas no resultaría, por consiguiente, más que una inútil y molesta repetición.

67. Otro distinguido escritor y comentarista del Código Napoleón, Mr. Laurent, profesor de la Universidad de Gante, hace derivar la importancia y la necesidad de la solemnidad de formas en los actos de última voluntad de consideraciones de otra naturaleza, pero no menos dignas de atención que las que sumariamente dejo indicadas, fundándose esencialmente en que los testamentos derogan la sucesión legítima y arrebatan, por consiguiente, al heredero de sangre los bienes que Dios le había destinado haciéndole nacer en determinada familia; pues según los principios de las antiguas costumbres de Francia. *Dios sólo puede hacer un heredero, el hombre no puede hacerlo*, 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.

68. Aparte de la falsedad de este argumento, puesto que es inadmisibile suponer que sobre la suprema voluntad de Dios pueda ni deba prevalecer ninguna voluntad humana ni cierta ni dudosa (en el caso de que á los hombres les fuera dado alguna vez tener seguridad absoluta en el orden jurídico de cuáles preceptos de sus leyes tenían ese indiscutible origen divino), esa opinión de Mr. Laurent podrá tener su apoyo en las antiguas costumbres de Francia, pero está en evidente contradicción con la de la generalidad de los jurisconsultos franceses, que, como se ha visto, consideran el derecho de testar como una emanación directa del de propiedad, que vendría á quedar limitado en su parte más esencial, ó sea la facultad de disponer de ella, subordinándola á un derecho primordial de los sucesores designados por la Naturaleza. Designación que, para conocerla y determinarla, han tenido los legisladores que recurrir á la voluntad presunta del sujeto que no habiendo podido ó *no habiendo querido* hacer testamento, se conforma tácitamente con esa sucesión de verdadero carácter subsidiario, puesto que sólo á falta de su voluntad expresa llega á ser admisible según dichas opiniones y los principios fundamentales del derecho romano, que no obstante las afirmaciones de Mr. Laurent, son los que en realidad predominan en la legislación francesa, la cual, no pu-

diendo cerrar los ojos al hecho evidente de que, aun cuando fuese cierto, la sucesión legítima debiese ser la regla general, y la testamentaria la excepción, ésta prevalece sobre aquélla (puesto que en la misma Francia el abintestato sólo se abre á falta de disposición testamentaria), ha creído salvar la dificultad reduciéndola á una cuestión de nombre, no llamando nunca heredero al instituido en el testamento, sino meramente legatario universal.

69. Muy contrario es también á todo esto la autorizada opinión de Mr. Montesquieu en su conocida obra *L'esprit des lois*, en la que dice: «La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants; *mais elle n'oblige pas de les faire héritiers*. Le partage des biens, les lois sur ce partage, les successions après la mort de celui qui à en ce partage, tout cela ne peut avoir été réglé que par la société et par conséquent par des lois politiques ou civiles.» Stuart Mill en sus *Principios de Economía Política*, sustenta una teoría más opuesta aún á la de que el testamento sea una derogación de la ley de Dios en materia de sucesiones, pues admite como muy racional y como consecuencia del derecho de propiedad la sucesión testamentaria, pero afirma que en la moderna organización de la familia no tiene justificación la sucesión legítima, aduciendo razones que, aun extractadas, serían demasiado largas para este lugar, en que sólo interesa hacer constar cuáles son los verdaderos fundamentos de la facultad de testar y el

especial estudio y atención que merece todo cuanto se relaciona con las solemnidades que la ley ha querido establecer para garantizar sólidamente su ejercicio.

70. De dicha prevención contra los testamentos en general dependerá tal vez que aun en aquellas provincias de Francia regidas por el derecho escrito inspirado en los precedentes romanos, no se admitiesen los hechos de palabra sin intervención de Notario, que tampoco eran lícitos en las provincias de derecho consuetudinario; no obstante que, por predominar en ellas el principio de *paterna paternis, materna maternis*, no se consideraba necesaria la institución de heredero, y las disposiciones testamentarias valían sólo respecto á la cuota de que el testador podía disponer libremente según la costumbre. En vista de todo ello, sin duda, la Ordenanza de 1735 acabó por decretar de un modo terminante su prohibición para toda Francia, aceptándola después tácitamente el Código Napoleón. Esta aversión de la nación vecina hacia los testamentos hechos de palabra se comunicó á otros países, inclusa la misma Inglaterra, tan poco dada á imitaciones, y que, esto no obstante, los suprimió también en 1837, y ha influido, como no podía menos de suceder, en el ánimo de los redactores de nuestro moderno Código civil, en el que se ha establecido la prohibición casi absoluta de testar en esa forma, como se deduce del conjunto de las disposiciones contenidas en la sección V, capítulo I, título III de su libro III, y en especial del con-

texto terminante de los artículos 694 y 695, en los que se establece la forma precisa en que se han de otorgar los testamentos abiertos.

71. Pero no son solamente las indicadas doctrinas y los extraños ejemplos los que han conseguido despertar entre nosotros la prevención contra los testamentos hechos de palabra, sino también, y quizá de una manera más poderosa, la falta de fijeza ó, más propiamente hablando, la confusión lamentable de términos que, no sólo en España, sino en todas partes, existe entre lo auténtico y lo solemne, pues indistintamente se llaman á los documentos de carácter oficial, y con especialidad á los otorgados bajo la fe notarial, documentos auténticos ó documentos públicos y solemnes, involucrando la verdadera idea de la autenticidad con la de la prueba de lo auténtico; siendo hoy muy difícil fijar el alcance y sentido legal de dichos términos, y más difícil aún buscar la solución en las definiciones de la ley ó en las explicaciones de los comentaristas.

72 Dice Covarrubias (1), que es el que más se ajusta á la significación propia y genuina de las palabras, que los instrumentos son auténticos, públicos y privados; que el auténtico es el que firman y sellan el Rey, los Arzobispos, Obispos, Prelados, Duques, Condes, Marqueses, Maestres de las Órdenes militares y otros

---

(1) *Pract.*, cap. XIX, núm. 1.

grandes señores, y los Cabildos, Universidades y Consejos, y que se llama así 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. Como se ve, la verdadera definición de lo auténtico está en la última parte del párrafo que queda copiado, no obstante que se da como mera explicación de la primera en la que se hace depender la autenticidad de la calidad de la persona ó corporación de quien procede el documento, y no de la circunstancia esencial de aquélla, que consiste únicamente en que esté autorizado por el mismo que lo hizo. Pero la mayor duda surge 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>, pues prescindiendo en absoluto de la significación etimológica de la palabra, dice que los instrumentos auténticos son de tres especies; primera, 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 de Rey ó de Arzobispo, Obispo, Cabildo, Abad bendito y demás personas que enumera la ley 114 del mismo título y Partida; segunda, los que están hechos ó confeccionados por cualquier Oficial ó funcionario en los asuntos pertenecientes á su oficio; y tercera, 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; entendiéndose también por escritos au-

ténticos los que llevan mucho tiempo de observación y están corroborados por la autoridad de muchas personas ó por la costumbre del lugar.

73. La confusión procede, á mi juicio, de que tanto la ley como la glosa se refieren á la autenticidad de las escrituras y no á la del acto ó manifestación (1) á que las mismas sirven de prueba, y en este sentido claro es que todos los documentos de las tres especies que menciona Gregorio López son auténticos siempre que reúnan los requisitos correspondientes y *que estén hechos por mano de Escribano público de Concejo ó sellados con sello de Rey ó de otra persona auténtica*, alias honrada, como dice la glosa. Por eso me parece lo más aproximado á lo exacto la distinción que establece Febrero entre el instrumento auténtico y el instrumento público, diciendo que el primero está autorizado por el mismo que lo hizo, y contiene un hecho privativo suyo y no ajeno, mientras que el segundo está autorizado por persona en quien reside autoridad, y contiene hechos y cosas ajenas que pasan á su presencia. Mas el

---

(1) En Francia la tergiversación de este concepto llega al extremo de que Mr. Laurent dice que son *actos*, no documentos auténticos aquellos que se hacen constar por un Oficial de la fe pública con facultad para elevarlos á instrumento público. En sentido muy análogo se expresan Mr. Troplong y Mr. Pothier; y Mr. Larousse, en su nuevo Diccionario, dice: «Authentique-adj. (grec authèntes, qui agit par soi même), y no obstante esta etimología, añade: «Acte revêtu des formes requises.» Se comprende, pues, que en dicho país los testamentos hechos de palabra se hayan considerado como actos de la más completa ineficacia.

verdadero daño está en que esa impropiedad y falta de fijeza en el tecnicismo legal, ha dado lugar á la creencia y, hasta convendré en decir, al axioma jurídico de que no hay más testamentos auténticos que los otorgados ante Notario, porque son los que revisten el carácter de instrumentos públicos; pero esto es sólo cuando desde el primer momento los reduce el mismo Notario á escritura pública, pues si no lo hace así necesitan, como los otorgados sólo ante testigos, someterse á las formalidades establecidas en el título VI de la parte 1.<sup>a</sup> del libro III de la ley de Enjuiciamiento civil para adquirir solemnidad y fuerza legal, y los efectos de la intervención del Notario quedan reducidos en estos casos á que no sea necesaria más que la presencia de tres testigos, como claramente lo expresa el artículo 1945 de la misma ley relacionado con la ley recopilada; pues hoy es dudoso que valga ni aun ese mismo testamento verbal hecho ante Notario, toda vez que el artículo 695 del Código civil exige, como requisito preciso, que se lea en voz alta ante el testador para que manifieste si está conforme con su contenido; lo que demuestra que, erróneamente, se hace consentir la autenticidad, no en las solemnidades y garantías del acto en sí, por grandes y autorizadas que sean, sino en las del documento en que se consignan.

74. De esa falta de verdadero análisis de dichos conceptos dimana el menosprecio en que han caído las formas verbales; pero la cuestión no es, sin embar-

go, tan clara ni tan sencilla que justifique, ni siquiera disculpe, el radicalismo con que se ha procedido al suprimir de raíz los testamentos verbales, en razón á que en ellos los testigos no son meramente presenciales, sino verdaderos testigos instrumentales de cuya calidad y número depende la validez del acto; y por eso Antonio Gómez, refiriéndose á la ley 3.<sup>a</sup> de Toro, dice que si el testamento hecho ante cinco testigos sin Escribano vale, es porque los testigos tienen igual fuerza que los instrumentos, de cuya misma opinión es Covarrubias; y que si en dicho caso la ley exige dos testigos más que cuando interviene Escribano, es en equivalencia de éste, 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 hoy mismo nadie se atreverá á negar el carácter de documentos públicos y solemnes, con arreglo al número 7.<sup>o</sup> del art. 596 de la ley de Enjuiciamiento civil á las actuaciones judiciales practicadas ante dos hombres buenos, á falta de Escribano actuario.

75. Por consiguiente, la eficacia intrínseca de los testamentos hechos de palabra y sin intervención de Notario, no depende ni puede depender del acto de elevarlos á escritura pública, que es un hecho secundario reducido á recoger por escrito las manifestaciones de los testigos instrumentales; acto que si la ley, sabia y oportunamente, ha revestido de requisitos y rodeado

de precauciones, no es porque pretenda derivar de ellos la virtualidad testamentaria, sino para precaver los fraudes y evitar los peligros que puede encerrar un testamento confiado á la buena fe y á la memoria de unos cuantos hombres, del valor de cuyos testimonios me he de ocupar en breve con la necesaria extensión, por ser su estudio fundamento principal de este trabajo.

76. Antes conviene llamar la atención de quien esto leyere, acerca de ese alarde de rigorismo y de amor á las garantías testamentarias, que ha originado la supresión de los testamentos hechos de palabra, en un Código en el que se establece el testamento oló-grafo, sin precedentes serios en nuestro país; que en la misma Francia es de origen consuetudinario, por lo que no había sido aceptado antes de la codificación en más provincias de derecho escrito que Auvernia y el Màconnais, y que la *única* razón decisiva que, según Mr. Laurent, hubo para introducirlo en el derecho común, fué la de que estaba en las costumbres, razón que no es fácil comprender cómo habrá podido ser alegada entre nosotros. Pero aún resulta más inexplicable y anómala la supresión del testamento hecho de palabra ante testigos, si se tiene en cuenta que de los dos casos de excepción que contra esa prohibición admite el Código civil, el del art. 700 es precisamente el del testamento *in articulo mortis*, ó sea uno de los que más justa desconfianza han inspirado siempre á los legisladores y á los prácticos; por lo que no faltará

algún malicioso que crea que el tal artículo 700 lo ha redactado algún Notario precavido, pues no son pocos los que suelen enfermar de repente cuando son llamados para estos trances, porque saben de sobra que son semilla fecunda de pleitos, cuando no de causas criminales. Por esto, sin duda, la legislación de Escocia cortó por lo sano en esta materia y prohibió en absoluto estos testamentos de última hora, pasando por encima del aforismo jurídico de que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte, y que no se le debe privar de disponer de lo suyo mientras tenga un impulso de voluntad y un rayo de inteligencia, pudiendo la ley, cuando más, aumentar las solemnidades y garantías del acto, sin cerrar por completo las puertas de la testamentifacción en estos casos peligrosos; pero precisamente nuestro Código ha creído que no podía darse mejor ocasión que ésta de suavizar sus rigores, y ha dejado que sigan testando de palabra á los que con frecuencia apenas pueden hablar; por lo que, si ésta es la lógica de la excepción, valiera más no meterse á desentrañar la metafísica de la regla general, si las exigencias de la argumentación no me obligasen á ello (1).

77. Entrando, pues, en ese terreno y prescindiendo de examinar si la supresión de una de las cuatro for-

---

(1) Como prueba del mayor rigor de solemnidades adoptado por la ley y la jurisprudencia de otros países para el otorgamiento de esta clase de testamentos, puede citarse, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal civil de París de 14 de Julio de 1851, en la que, resol-



mas de testar expresamente establecidas en la famosa ley 1.<sup>a</sup>, título XIX del Ordenamiento de Alcalá, confirmada en este punto por la 3.<sup>a</sup> de Toro y adicionada por la Pragmática de D. Felipe II, se ajusta ó no escrupulosamente á la base 15 de la ley de 11 de Mayo de 1888, que habla de ordenar, metodizar y completar lo existente con cuanto tienda á asegurar la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades, pero que nada indica de derogaciones ni mutilaciones, aun cuando conspiren al mismo fin. hay que reconocer, en primer término, que la mencionada innovación no es posible apoyarla en España en el consabido principio de que *Dios sólo puede hacer un heredero*, pues los precedentes de nuestra legislación no consienten tal argumento; y en segundo lugar, es preciso convenir también en que las mencionadas leyes no partieron tan de ligero, como quizá se pretenda alegar, al aceptar de la legislación romana el testamento hecho nuncupativamente ante testigos, ni al facilitarlo en los términos que lo hicieron, pues hay que tener muy en cuenta que se trata del ejercicio de un derecho capitalísimo en la vida civil, y que el mayor y más trascendental de todos los peligros en esta materia es el de

---

viendo 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, sino de aquella en que se hacia la mención de que no había podido firmar, *sobre todo en los testamentos in extremis*, según acentuaba la sentencia.

que pueda llegar un caso en que por la dificultad de llenar formalidades de la ley más ó menos meditadas, se imposibilite á un individuo que por su edad, su carácter ó sus achaques no puede valerse por sí mismo, y se encuentra á merced de las personas que le rodean, de disponer de lo suyo fácil y libremente, privándole del único medio eficaz de recompensar á los que le sirven ó de castigar á los que le atormentan, olvidando que si en estas circunstancias le sobreviene la muerte, el daño, además de gravísimo, es de todo punto irreparable, mientras que los fraudes y engaños que alguna vez lleguen á cometerse por efecto de las deficiencias de los testamentos verbales, que á nadie pueden ocultarse, cabe la posibilidad de que sean combatidos y deshechos por aquellas personas á quienes perjudiquen, y esta sola consideración quita buena parte de su importancia á las razones de pura precaución en que, indudablemente, ha debido inspirarse esta enérgica resolución de suprimir de tajo una de las formas tradicionales de testar reconocida y aceptada por nuestras antiguas leyes.

78. Estos remedios tan excesivamente heroicos no pueden menos de hacer pensar que en casos tales el que legisla, á semejanza de la Reina Maguncia, parece que antes está obligado á desmayarse que á morir, por aquello de que con la vida muchas cosas se remedian, mientras que con la muerte todo acaba; así es que cualquiera habria encontrado más prudente y

equitativo, y sobre todo más ajustado á la antedicha base 15.<sup>a</sup> de la ley de 11 de Mayo de 1888, el que se hubiese exigido como requisito previo para testar nuncupativamente en cualquiera de las tres últimas formas establecidas en la ley 1.<sup>a</sup>, título XVIII, libro X de la Novísima Recopilación, que se acreditase la imposibilidad ó dificultad insuperable de encontrar Notario ante quien otorgar el testamento, dificultad mucho más frecuente de lo que pueden presumir los que no han tenido necesidad de sufrir por esos Juzgados de Dios cuantas inclemencias caben en la constante variedad de la vida oficial, ni de ver por sí mismos que las nieves y ventisqueros del Pirineo y de las montañas de Asturias y de León, los inexplorados matorrales de las Urdes, los derrumbaderos de Sierra Nevada y la Alpujarra, y las gruesas mares y duros vendavales que de ordinario reinan en los canales que separan de Tenerife á las islas de la Gomera y el Hierro, incomunican por largos períodos de tiempo con toda población de medianos recursos á gran número de hombres que son españoles, que tienen bienes y fincas de alguna importancia de que disponer y que también se ha escrito para ellos el Código civil, siquiera existan no pocos que á estas horas no se habrán enterado de la novedad, pues residen en aldeas y caseríos donde no sólo no hay Notarios en muchas leguas á la redonda, sino que apenas tienen noticia de cómo se vive en los demás rincones del mundo.

79. Y no se arguya conque el testamento ológrafo ha venido á dar soluciones á esta dificultad, pues aparte de que no es posible, desapasionadamente pensando, reconocer mayores garantías contra el fraude en esa nueva clase de testamentos, que apenas nacidos han dado ya alguna ruidosa muestra de lo que son susceptibles. los inconvenientes anteriormente indicados existen en las comarcas rurales donde la instrucción es rara y escasa, y si imposible es en ellas otorgar testamento de los llamados auténticos, más difícil es hallar hombres que, aun sabiendo escribir, sepan además formalizar un testamento ológrafo que no adolezca de nulidades, viniendo por todas estas circunstancias á quedar imposibilitados de testar precisamente aquellos individuos que más lo necesitan, pues no tienen por lo general más bienes de fortuna que la propiedad territorial, que, más que otra alguna, necesita para su transmisión del título testamentario. En países de mayor densidad de población, de más riqueza agrícola y de gran movimiento industrial, hay posibilidad de que trabajen y vivan mayor número de Notarios en menor número de kilómetros cuadrados; pero en España hay grandes extensiones de terreno en las que no es posible que se sostenga un Notario, no ya con el debido decoro, sino con los elementos más indispensables para la vida, y aumentar las Notarías para salvar aquellas dificultades sería dar lugar á absurdos de peor género y de mayor trascendencia. Por eso tampoco

se puede buscar la solución por ese camino, y, lejos de pensarse en ello, el clamor unánime del Cuerpo notarial es que se supriman aquellas Notarías que conocidamente se encuentran en esa situación precaria.

80. De todos estos antecedentes y consideraciones se deduce que si bien es indudable que las solemnidades externas de los testamentos son esenciales y de rigor porque tienen que atender á dos fines á cual más importantes, que son asegurar la libertad del testador y constituir una prueba especial é irrecusable á fin de que el acto lleve en sí mismo la demostración de su autenticidad, *probatio probata et non probanda*, que decían los antiguos, hay que cuidar también de que dichas solemnidades no degeneren en un formalismo exagerado que, lejos de ser una garantía, se convierta en una traba odiosa é insuperable ó en un lazo para el mismo testador, porque la malicia de los hombres de todo saca partido, y porque tampoco debe olvidarse aquel sabio precepto de Modestino de que *ninguna razón de derecho ó de benignidad de la justicia permite que las cosas introducidas saludablemente por la utilidad de los hombres las convirtamos en severidad, interpretándolas con mayor rigor contra sus mismas comodidades* (1). Por eso, cualquier medio que permita restablecer esa an-

---

(1) *Nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, se nos duviore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.* Ley 25, título III, libro I del Digesto.

tigua y necesaria forma de testar, procurando al mismo tiempo dar garantías eficaces de autenticidad al acto para evitar sus conocidos peligros, contra lo que no se ha encontrado otro recurso más hábil que el expedito y radical de la supresión, entiendo que merece la pena de ser examinado con algún detenimiento, siendo estas poderosas razones y esta difícil situación legal las que desde hace mucho tiempo me hicieron pensar en el testamento fonográfico y las que al fin me han decidido á lanzar esta idea, buena ó mala, á los vientos de la publicidad, á lo que jamás me habría dedicado si no fuese tan firme mi convencimiento de que puede contribuir á poner eficaz remedio á los serios inconvenientes de la antedicha supresión.

81. Para que se comprenda bien, no sólo la utilidad práctica de la aplicación del fonógrafo al otorgamiento y celebración de los testamentos, sino hasta su poderosa influencia para hacer más claros y perceptibles los confundidos é involucrados conceptos de la autenticidad, solemnidad y publicidad de los instrumentos en que se hacen constar los actos jurídicos y las de estos mismos actos en sí, creo necesario hacer observar que el origen principal de esa inseguridad de criterio, que antes he procurado hacer notar, depende, á mi juicio, de que las manifestaciones verbales de la voluntad, generatrices de casi todas las relaciones de derecho, son actos que no dejan tras sí rastros materiales porque la palabra se la lleva el viento, y no ha sido posible

hasta ahora pensar siquiera en que la voz pudiera aprisionarse y quedar, por consiguiente, huella auténtica y perpetua de dichas manifestaciones. De esta impotencia se ha derivado naturalmente el error de atribuir la idea de autenticidad, no al acto jurídico en sí, sino al documento escrito en que se ha consignado, y de aquí se ha originado á su vez el escaso valor de los actos verbales por la dificultad de acreditar con exactitud y verdad, pasado algún tiempo, su existencia ó, llamándola por su verdadero nombre, su *autenticidad*.

82. Así, pues, desde el momento en que los adelantos científicos é industriales han salvado esa dificultad material, y la voz humana, no sólo puede ser grabada, sino reproducida en cualquier época de la manera más fiel y exacta, los actos verbales recobran su verdadera importancia; los errores de concepto, respecto á lo auténtico y lo solemne, no pueden prevalecer; la autenticidad del testamento ó contrato se puede ir á buscar al acto mismo, sin necesidad de testimonios escritos, y las prevenciones contra los actos verbales tienen que ceder hasta el punto de que tal vez no sea imposible que obtengan la primacía sobre los documentos escritos. En último término, es por lo menos indudable que la proposición no es de aquellas que pueden desecharse sin examen, sino que, por el contrario, parece que encierra la importancia suficiente para que merezca ser estudiada por aquellos á quienes su misma autenticidad y competencia les impone el deber de hacerlo,

pues no tiene otra tacha que la de su desautorizado origen; pero como, según decía D. Francisco de Quevedo al conde de Lemos al terminar el más ingenioso de sus sueños, «por la boca de una sierpe de piedra sale un caño de agua», confío en que los discretos habrán de prestar benévola atención à mi atrevido intento de demostrar que el susodicho testamento puede llenar cumplidamente las dos anteriormente expresadas indicaciones de volver à la vida legal los hechos de palabra y de evitar los inconvenientes que dieron lugar à su supresión, aunque para sus adentros, y advertidos por el instinto de la más sana prudencia, cuenten de antemano con el riesgo de quedarse sin apagar la sed de su curiosidad después de haberla despertado con el engañoso ruido de un imaginario manantial.







## CAPITULO IV

### UTILIDAD DEL FONÓGRAFO

#### PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS SOLEMNIDADES TESTAMENTARIAS



ANTE todo deseo dejar sentado, en términos que no den lugar á duda, que el testamento fonográfico no es realmente una nueva forma de testar con solemnidades especiales y distintas de las hasta aquí conocidas que hagan de él una verdadera novedad jurídica en nuestra legislación, como ha sucedido con el ológrafo: es ó, mejor dicho, debiera ser sencillamente un testamento abierto ó nuncupativo otorgado sin intervención de Notario, pero con el auxilio del admirable invento de Mr. Edison para obtener por su medio la garantía inapreciable de la más fiel reproducción de las palabras pronunciadas por el testador, conservando en todo lo demás su antiguo

carácter, y observándose, por consiguiente, todas las solemnidades establecidas por la citada ley 1.<sup>a</sup>, título XVIII, libro X de la Novísima Recopilación. La cuestión queda reducida únicamente á averiguar si esa garantía podrá bastar para compensar los inconvenientes que han motivado la supresión de los testamentos verbales, y si se puede, en su consecuencia, volver á poner éstos en vigor en la forma y con los indispensables detalles de adaptación que he de proponer para concluir, confiado en que se han de estimar adecuados para salvar las antiguas dificultades y alejar, en cuanto humanamente es posible, los riesgos justamente temidos de confiar á la falacia y á la frágil memoria de unos cuantos testigos acto tan importante como la expresión de la última voluntad de un hombre respecto á lo que haya de hacerse de sus bienes y de sus derechos después de su muerte.

84. Pero conviene tener muy presente, para examinar con la debida detención y claridad este punto, que los fraudes y abusos á que solían dar origen los testamentos hechos de palabra y sin intervención de Notario, se pueden reducir exclusivamente á dos clases, consistiendo los de la primera en la omisión voluntaria ó impremeditada de alguna ó algunas de las solemnidades esenciales del acto, y dependiendo los de la segunda de los vicios y deficiencias inherentes á la prueba testifical, que son los que propiamente pueden aducirse como argumento contra los testamentos de

que se trata, porque, á consecuencia de la falta de garantías positivas para precaver la torpeza ó mala fe de los testigos, queda á merced de éstos desnaturalizar y hasta anular un acto válido, legítimo y de la mayor trascendencia, por criminales complacencias ó por olvidos, omisiones ó ligerezas lamentables.

85. En cuanto á los inconvenientes de la primera clase, desde luego se comprende que no son exclusivos de los testamentos verbales, pues consintiendo en la omisión de las solemnidades establecidas por la ley, lo mismo se puede prescindir de ellas por malicia, ignorancia ó abandono en los indicados testamentos, que en los otorgados ante Notario, en razón á que el peligro no depende en estos casos de la imperfección de la forma establecida por la ley, sino, por el contrario, de la inobservancia de esa misma forma, pudiendo citar como prueba de que esto no es una suposición aventurada, ni siquiera un recelo que peque de excesivo, diferentes casos reales y positivos que demuestran hasta qué extremos llegan algunas veces la despreocupación ó la ignorancia, sin necesidad que intervenga la malicia, mereciendo ocupar el primer lugar el de un Notario, de honradez no puesta en duda, que, por un error inexplicable, no creía necesaria, para el otorgamiento de los testamentos nuncupativos, más que la asistencia de dos testigos, como si se tratase de una simple escritura; siendo todavía más notable el de otro depositario de la fe pública que, no queriendo

tomarse el trabajo de ir por caminos agrios y montañosos á una aldea algo distante del punto de su residencia, hizo venir montado en una mula á un aldeano de más de setenta años, casi paralítico, algo sordo y no muy largo de vista, pero en cambio bastante corto de entendimiento, á las puertas de su Notaría, y desde el balcón (pues, á lo que parece, no era fácil tarea desmontar al otorgante de su cabalgadura, ni hacer bajar al tabelión de las alturas de su oficio) leyó éste un testamento que ya tenía redactado, por instrucciones remitidas por el buen anciano, que en realidad deseaba testar en favor de su mujer, sin más testigos que ésta, el zagal ó criado que los acompañaba y un Procurador diligentísimo, tan hábil dissipador de dificultades cuando convenía, como fecundo engendrador de obstáculos cuando era del caso, y el cual, á más de testigo, sirvió en dicha ocasión para allanar todos los inconvenientes y para apaciguar los conatos de escrúpulo notarial que se atrevieron á dar señales de vida, según todo ello hubo que ponerlo en claro en un proceso criminal; y, por último, para nadie es un misterio la deplorable frecuencia con que se deja de exigir la presencia efectiva de los testigos, contentándose con que un oficial de la Notaría recoja las firmas de las personas designadas como tales.

86. He creído conveniente dar á conocer estos casos, precisamente porque en ninguno de ellos hubo ni siquiera intento de falsear ni torcer la voluntad de los

otorgantes, sino, por el contrario, de favorecerla, salvando obstáculos legales más ó menos molestos, siendo ejemplares elocuentes de la facilidad con que se llega algunas veces á prescindir de las solemnidades más capitales por motivos frívolos y pequeños; y aunque es innegable que hoy, por fortuna, la creciente ilustración del Cuerpo notarial hace cada vez más raros los casos de abuso y que la intervención de esos funcionarios es una poderosa garantía del exacto cumplimiento de la ley, la posibilidad de tan graves omisiones no puede desaparecer en absoluto mientras no se encuentre medio de hacer variar la condición humana, y claro es también que cuando esos actos se realizaban sin otra intervención que la de personas imperitas, audaces ó despreocupadas, era mucho más frecuente que, sin tratarse de un caso de intencionada y abierta falsedad, el testamento consistiese en una simple cédula extendida por un amigo ó allegado que, ocurrido el fallecimiento, se encargaba de buscar los testigos necesarios para que el pretendido testamento fuese elevado á escritura pública, sin que, ordinariamente, pudieran lograr los Jueces comprobar el fraude, por precaución y esmero que empleasen al practicar las diligencias establecidas en el título VI de la parte 1.<sup>a</sup> del libro III de la ley de Enjuiciamiento civil, porque, desgraciadamente, la ignorancia osada y abandono ingénito de los autores de tales amaños no es incompatible con una particular y admirable sagacidad para

encubrirlos; habiendo sido todavía más común el caso de que otorgado un testamento sin el indispensable número de testigos, ó habiendo fallecido alguno de los que en realidad concurrieron al acto, cuando llegaba el momento de la elevación á escritura pública se añadiese el que faltaba, ó se sustituyesen los fallecidos (1) por otros que no presenciaron el otorgamiento, salvando, con tan expeditos recursos, dificultades á veces insuperables, ó por lo menos entorpecimientos enojosos.

87. Para este primer género de abusos, consistentes exclusivamente, como se ve, en prescindir, por despreocupación ó incuria, de las solemnidades de la ley, es para el que la aplicación del fonógrafo habría de servir, á mi juicio, de remedio mucho más eficaz y directo que la misma intervención del Notario, pues demostrado que la omisión de solemnidades no es achaque exclusivo de los testamentos hechos por acto privado, sino que es vicio susceptible de hallarse encubierto en los documentos públicos bajo la fe notarial, claro es que lo que más puede alejar el temor de que se cometan fraudes de esta especie es la posesión de una prueba independiente de todo humano testimonio, por autorizado que sea, que venga á dar fiel y completo conocimiento del modo y forma como se realizó el acto cuya existencia y circunstancias se necesita com-

(1) Para salvar la dificultad que surge de la glosa 4.<sup>a</sup> de Gregorio López á la ley 4.<sup>a</sup>, título II de la partida VI. *Secus si antea nam tunc corrueret testamentum.*

probar, ó sea una de esas pruebas que Benthan califica de reales con gran propiedad; y como la reproducción fonográfica de las palabras del testador y de las que cada uno de los testigos debe pronunciar también ante el aparato, expresando sus nombres, edad, vecindad y demás circunstancias indispensables para acreditar su presencia é identificar su personalidad, vendría á hacer muy difícil, si no imposible, la suposición ó suplantación de testigos, no parece aventurado afirmar que este peligro, que era el más grave y frecuente de todos, quedaría conjurado casi en absoluto, ó por lo menos relegado á la categoría de una eventualidad remota. llenándose por completo el indicado fin de asegurar en lo posible el exacto cumplimiento de las solemnidades esenciales del testamento.

88. No creo que por nadie pueda desconocerse ni negarse el carácter de prueba real que en grado eminentemente reviste la reproducción fonográfica de aquellos actos que, por consistir en la simple expresión de la voluntad de una persona, no dejan rastro ni signos materiales de su existencia, y que no han podido, por consiguiente, tener hasta ahora otra comprobación que la escritura ó el testimonio de los que casual ó deliberadamente los han presenciado; pero para alejar toda duda sobre este punto, basta reflexionar que dicha prueba obra clara, eficaz é inmediatamente sobre uno de los dos sentidos más perfectos del hombre, cual es el del oído, y que por ella se aprecia por pro-



pia y directa percepción el acto mismo del otorgamiento, escuchándose las palabras pronunciadas por el testador, no sólo libres de tergiversaciones, omisiones ó adiciones, sino con su genuino acento, su natural y ordinaria inflexión y con todo el sello, en fin, de la más auténtica expresión, lo que no podía suceder nunca con los antiguos medios de prueba, puesto que hasta las mismas escrituras públicas no son más que una referencia todo lo autorizada y solemne que se quiera, pero referencia al fin, de lo dicho por el otorgante, y sujeta, como es consiguiente, á los errores de percepción y de concepto del que lo consigna por escrito, y aun en el caso, no corriente, de que todo el instrumento esté redactado por aquél, siempre el hecho mismo de la redacción queda sin otra base de certeza que las afirmaciones del Notario y los testigos. Unicamente los escritos autógrafos son los que tienen algún carácter de prueba real, y en esto se quiere hacer descansar la principal garantía de los testamentos ológrafos; pero ya muy en breve indicaré las graves dificultades que ofrece el reconocimiento ó cotejo de las letras por la vaguedad y los errores proverbiales de los peritos calígrafos, que desde muy antiguo han dejado eterna memoria en las fastos judiciales, y haré notar en cambio la sencillez y hasta la seguridad que ofrece la apreciación de la voz encerrada en un fonograma.

89. Mr. Bonnier llama directas á estas pruebas, fundándose en que pertenecen á esa clase de hechos

que percibimos sin ningún agente intermediario, y cuya impresión en la inteligencia es tan viva como la luz en el órgano de la vista, constituyendo, por consiguiente, una verdadera evidencia que el mismo autor subdivide en evidencia interna, ó sea aquella que nos advierte de los hechos que se verifican en nosotros mismos y que es base de todo conocimiento, y en evidencia externa, que es la que se funda en los hechos exteriores que percibimos por el órgano de nuestros sentidos; y aun cuando en rigor metafísico esta segunda clase de evidencia sea menos infalible que la primera, en la práctica, y sobre todo para los efectos jurídicos de la prueba, la considera tan segura como la misma evidencia interna. Es cierto que los sentidos del Juez pueden engañarle, como engañan los suyos á cualquier otro hombre; pero cuando llegan los hechos á su conocimiento por conducto de un tercero, el peligro de errar, dice Mr. Bonnier, es triple, puesto que se puede temer á un mismo tiempo un experimento erróneo, una relación inexacta y, finalmente, un relato infiel; mas si el conocimiento del hecho es directo, desaparecen los dos últimos riesgos, el Juez se halla enfrente de la realidad, y cuando tiene la íntima convicción de haber visto los hechos con sus propios ojos, ó de haber oído las palabras con sus propios oídos, deben suponerse circunstancias muy extraordinarias para temer que pueda haberse equivocado.

90. Para acabar de formar una idea exacta de la

fuerza y eficacia de esta clase de pruebas, en comparación con las demás que en último análisis proceden del testimonio humano, no hay más que considerar la insuficiencia de toda descripción y de todo retrato hechos por escrito ó de palabra, aun cuando sean un modelo de profunda y delicada observación, de finos y minuciosos detalles y de gráficos y característicos rasgos para dar luz y color al lugar descrito, y vida y expresión á la persona retratada, dependiendo esto sencillamente de que ni la más vigorosa fantasía de un poeta, ni el más claro talento de un escritor, han podido hasta ahora, ni podrán jamás, levantar ante nuestra imaginación con sus indispensables accidentes de forma, y de una manera idéntica para la apreciación de todos los hombres, la figura real de ninguno de los héroes que han querido darnos á conocer. Han conseguido no pocas veces con éxito admirable hacernos adivinar su carácter, pero la cabal y verdadera idea de su fisonomía y continente, sólo es capaz de transmitírnosla el sentido de la vista; originándose de aquí que, en punto al conocimiento formal de las augustas personas del emperador D. Carlos I, del rey D. Felipe II y de los demás Príncipes de la Casa de Austria, tengamos mucho más que agradecer á Ticiano, Pantoja, Velázquez y Claudio Coello, que á todos los grandes ingenios del siglo de oro de nuestra literatura, y, aunque sea sensible y hasta un si es no es depresivo para ésta, forzoso es confesar que para estos

finés puramente prácticos es preferible una mala fotografía á la más clásica de todas las descripciones; sucediendo una cosa idéntica con la audición fonográfica, por imperfecta que sea, en razón á que, aparte de todo género de desconfianzas y recelos, la relación de un Notario consignada en un documento, y las declaraciones de los más veraces testigos, nunca podrán equipararse en fidelidad y exactitud á la reproducción íntegra y mecánica de las palabras del testador por un aparato que no está sujeto á flaquezas de memoria ni extravíos de inteligencia y, sobre todo, que hace llegar directamente á nuestro oído la voz del que confió en su misterioso seno su última voluntad, por virtud de un acto de percepción en un todo semejante al que produce en el sentido de la vista la copia fotográfica, que de una manera tan fiel, aunque escasamente artística, representa la imagen de la persona que se colocó ante el no menos maravilloso aparato de la cámara obscura.

91. Mas todavía encierra la prueba fonográfica una peculiar y poderosa virtud, que á pesar de ser un efecto puramente moral y de vivir en tiempos tan escépticos y descreídos, no se puede, sin sobra de ligereza, dejar de incluirla en la lista de sus no despreciables méritos, y consiste en la impresión especialísima é inexplicable que produce siempre en el ánimo de la persona más des preocupada la audición de un fonograma; impresión que no es sólo la del asombro que

de ordinario ocasiona lo nuevo y lo desconocido, sino una sensación muy análoga á la que debería experimentarse si se oyese de improviso la voz de padres ó amigos sumergidos desde hace muchos años en las sombras de la eternidad, y que de hecho y no por vana ilusión tendrá que producirse en el ánimo del testigo al escuchar de nuevo, reproducidas por el fonógrafo, las palabras que en algún tiempo y en ocasión solemne pronunció ante él el que bajó á la tumba, confiando á su fe y á su memoria el futuro destino de sus bienes y derechos y el orden y reposo de su familia.

92. Por eso parece que le cuadra mejor el nombre de *paleófono* (voz del pasado), que aplicó á su invento el ya citado Mr. Cros; así es, que el que una vez ha presenciado los experimentos del portentoso aparato y ha reflexionado un momento sobre los efectos de esta sensación indescriptible, adquiere la más firme persuasión de que, por olvidadas que se hallen en el mundo las virtudes que deben adornar á un testigo y que tan sobria y elegantemente fueron compendiadas en los antiguos calificativos de *locuplex, gravis, certus, religiosus, incorruptus, integer testis*; por relajados que se hallen en el terreno legal los frenos del perjurio desde que por una aberración increíble se cuenta entre los más preciados derechos de ciudadanía el de poder mentir impunemente y bajo juramento ante un Juez de instrucción á consecuencia de la presunción sistemáticamente establecida contra todos los actos de

la autoridad, aun enfrente del propio Ginés Pasamonte si se le antojase tomar carne mortal sólo para tener ese gusto; por perdidas, en fin, que se supongan las nociones de la sinceridad y de la buena fe, y por trastornados los fundamentos racionales de la credibilidad, jamás podrá llegar la audacia de ningún testigo á dejar de sentirse impresionado por la voz acusadora del incorruptible mecanismo, al que por ahora, y mientras no se ensanchen más los horizontes de la ciencia y de las libertades públicas, no parece probable que se encuentre medio de imputarle las sugestiones, violencias y demás excesos que son la pesadilla de todos aquellos á quienes nunca quitó el sueño el fallo de un pleito ni la instrucción de una causa.

93. Como no es conveniente atribuir á las cosas más valor ni mayores méritos de los que en realidad tienen, me anticipo á reconocer y á consignar que el fonograma necesita la prueba de su autenticidad, lo mismo que cualquier documento escrito de carácter privado; pero en cambio hay que convenir en que es incomparablemente más difícil. caso de que no sea imposible. imitar la voz que falsificar la letra, pues para lo primero se necesitan condiciones orgánicas que no dependen del ingenio ni de la voluntad del hombre, y para lo segundo basta una habilidad manual, por desgracia tan generalizada y tan llevada á la perfección, que la semejanza de la escritura hay que considerarla, en sana crítica, como la última y la más falible de las pruebas.

94. Por eso dice la ley de Partida, *ca atal prueba como esta tovieron los sabios antiguos que non era acabada, por las razones que de suso diximos* (1); y estas razones son que, además de que la letra puede ser falsificada, ya por imitación, ya por alteración de un escrito auténtico, es siempre muy difícil de conocer hasta la legítima, por existir diversas causas que hacen variar el modo ordinario y habitual de escribir de una persona; pues, como añade la misma ley, *de una manera escribe ome cuando es mancebo é sano, é de otra cuando es viejo é enfermo*; influyendo también poderosamente en la forma y seguridad de las letras *los variamientos de los tiempos en que son fechas ó el mudamiento de la tinta ó de la pññola*. No se puede negar que la voz humana está sujeta igualmente á alteraciones por razón de la edad, de la falta de dentadura y de cualquier estado patológico, crónico ó accidental que produzca ronquera ó afonismo; pero, cuando menos, ya queda indicado que su falsificación ó imitación es mucho más difícil que la de la letra, que se halla además libre de las modificaciones que en la escritura ocasionan las variaciones de pluma, tinta ó papel, en razón á que para la emisión de la voz no hay necesidad de valerse de instrumento alguno, y aun en los casos de alteración por edad ó causa morbosa, sólo se desnaturaliza su timbre, conservando siempre el sello indeleble del modo pecu-

---

(1) Ley 118, tít. XVIII, Partida 3.ª

liar de articular las palabras y del acento y cadencia de cada individuo, por depender ambas cosas más del oído que de los órganos vocales, y sobre todo ello descuellan, en fin, el estilo, los modismos y hasta los resabios de pronunciación y de expresión de cada persona, que siempre van más encubiertos en la escritura, ya por la meditación que generalmente ésta lleva consigo, sobre todo en las personas de alguna ilustración, ó por el formularismo y frecuente uso de frases hechas con que redactan las de más escasa instrucción.

95. Pero la indisputable superioridad de la prueba fonográfica sobre la escrita consiste en ser mucho más fácil y segura la comprobación de su autenticidad, á no ser que se trate de hechos de remota fecha y sea, por consiguiente, imposible encontrar personas conocedoras de la voz del otorgante, pues para reconocer ésta no hay necesidad de dictamen pericial, bastando el de cualquier pariente, amigo ó simple conocido que esté habituado á oír hablar al autor del fonograma, y aun habrá casos en que bastará el del mismo Juez, si por cualquier circunstancia la conocía ó tiene á su disposición fonogramas indubitados, mientras que el reconocimiento y cotejo de la letra por los peritos calígrafos ha ofrecido dificultades y confusiones gravísimas en todas las épocas (1), á causa de los errores ma-

---

(1) Mr. Bellot, en su «Informe sobre la ley de procedimientos de Ginebra», cita varios casos de tremendos errores periciales en materia caligráfica.

nifistos en que aquéllos han incurrido, extraviados con puerilidades técnicas que nada práctico resuelven, y con las que jamás han conseguido igualar el éxito obtenido á primera vista por cualquiera persona ajena á los llamados secretos y reglas del arte caligráfico. Por eso el juicio de peritos no es realmente una prueba por medio de la cual se logra acreditar más ó menos fehacientemente los hechos jurídicos, sino una apreciación técnica de éstos en aquella parte en que encierran cuestiones científicas ó artísticas sobre materias que el Juez no tiene obligación de conocer; y si bien en tales casos es de utilidad manifiesta y hasta si se quiere de verdadera necesidad, no por eso sujeta en absoluto el criterio judicial á sus conclusiones, pues la ley la deja en el rango de un mero elemento de ilustración; y cuando sólo se trata de dificultades de apreciación material de un objeto sensible, y para las que, por mucho que se sutilice, no hay principio positivo ni regla determinada que las resuelva, esa pretendida prueba queda reducida á un auxilio insignificante, si por dicha no se convierte en semilla de confusión, y, por consiguiente, cuanto más fácil sea la apreciación vulgar de un elemento de prueba, tanto más eficaz y estimable hay que considerarlo, bastándole al Juez atenerse á aquel sapientísimo consejo que daba D. Quijote á Sancho, de encomendarse á Dios y hacer lo posible por no errar en la primera intención.

96. Podrá decirse, después de leer las anteriores

consideraciones, que si la prueba fonográfica encierra tan raras y esenciales virtudes y si es por sí sola tan eficaz, tan incorruptible y tan intachable, lo más procedente sería prescindir de una vez del inseguro testimonio de los hombres, y dejando para mejor ocasión las protestas de respeto á las formas tradicionales de testar con que comencé á tratar este punto, proclamar, por el contrario, la conveniencia de establecer un testamento especial y novísimo libre de embarazosas solemnidades, como el otorgado por el americano Stephen Anderson que al principio cité, bajo la exclusiva fe de esa prueba más que probada, pues por poco que medrase este testamento *fin de siècle*, siempre habría de quedar dos deditos más alto que el testamento ológrafo, que en materia de garantías de autenticidad no puede hallarse más bajo, siendo inútil, por consiguiente, entrar en el examen de la mayor ó menor eficacia del empleo del fonógrafo para el alivio de la segunda clase de inconvenientes de los testamentos hechos de palabra, ó sean los, hasta ahora tenidos por incurables, vicios de la prueba testifical, pues el medio más radical y prudente de librarse de un peligro cualquiera es evitar la ocasión de caer en él.

97. Pero esto sería, á mi juicio, incurrir en el error indisculpable de suponer que las solemnidades de los testamentos no tienen más objeto que asegurar la autenticidad del acto, y aunque esto sea, en efecto, de la mayor importancia, no se debe olvidar tampoco que

es una regla general, de la que se encuentran numerosos ejemplos en la antigua jurisprudencia, que los testamentos deben contener en sí mismos la prueba de la observancia de las formas á que les ha sometido la ley; y Mr. Troplong reconoce que, sin que sea necesario que sobre este particular haya hecho el Código una disposición especial, los Notarios deben hacer, hasta en los mismos testamentos auténticos, mención expresa de que se han cumplido todas las formalidades legales; todo lo cual demuestra que no basta la prueba de la mera autenticidad, en razón á que las solemnidades peculiares del acto mismo, aparte de su valor histórico, que en materias jurídicas envuelve siempre una alta significación de la que no se puede impunemente prescindir, responden también á otros fines no menos importantes relacionados con elementos tan esenciales para la validez del acto, sin la concurrencia de los cuales de nada serviría acreditar que éste fué auténtico, puesto que quedaría aún la duda de que pudiese ser nulo.

98. Mr. Savigny, en su *Sistema del Derecho Romano actual*, explica de una manera profunda la necesidad imprescindible 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 dere-

cho (1), debiéndose tener en cuenta en esa clase de hechos tres elementos, á saber: la voluntad en sí misma, su manifestación y la conformidad entre estos dos términos. La manifestación es el acto que traduce el hecho interno de la voluntad 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 presunción legal; y se entienden por manifestaciones formales aquellas cuya eficacia procede de la observancia de ciertas formas determinadas 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.

99. Las célebres leyes únicas de los títulos XVI y XIX de nuestro Ordenamiento de Alcalá son un notabilísimo desarrollo práctico de esta admirable teoría del jurisconsulto alemán, que denota el profundo instinto jurídico de nuestros antiguos legisladores; pues siendo los testamentos manifestaciones esencialmente formales de la voluntad en los que las solemnidades externas son de rigor y su inobservancia afecta á la

---

(1) *Totum autem jus*, dice Ulpiano, *consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo*, introduciendo el término medio de *conservare*, que en realidad no es más que el efecto de la duración del derecho mismo.

validez del acto, la expresada ley única del título XIX introdujo sus reformas en lo referente al fondo de los testamentos declarando innecesaria la institución de heredero, por responder esta innovación á la muy diversa organización de la familia romana de la española, pero respetó en esta materia todo lo relativo á las solemnidades extrínsecas por las razones indicadas. Por el contrario, al ocuparse de los pactos y contratos, comprendiendo que lo esencial en materia de obligaciones era que la voluntad resultase clara é indudable, estableció en la también única ley del título XVI el radical principio de que de cualquier manera que apareciese que el hombre había querido obligarse, quedase obligado, adivinando la indicada teoría de que en las manifestaciones no formales de la voluntad, los accidentes ó formas quedan abandonados al arbitrio de las partes.

100. De aquí dimana realmente la distinción, universalmente 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 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 ordenamiento no se prescinda de la primera de dichas dos clases de solemnidades. Este es el más grave defecto del testamento ológrafo, del

que adolecería también el fonográfico puro hecho á la americana, pues en estas disposiciones testamentarias hechas á solas pueden ocurrir tres especies de peligros: el primero y más de temer, el de que se hagan sin la debida meditación en un momento de acaloramiento que quizá luego no haya ocasión de remediar, contingencia que es mucho más difícil que suceda viéndose obligado el que testa á cumplir ciertas formalidades que por necesidad le han de hacer reflexionar sobre la importancia y trascendencia del acto que va á realizar, siendo también un obstáculo á los arranques de la impremeditación ó del despecho tener que revelar ante testigos esos desvaríos de la pasión ó esas ligerezas de carácter. El segundo peligro, aunque menos probable, no deja de ser también muy posible, y consiste en que el acto se realice en un acceso de enajenación mental que, si vamos á creer á los modernos frenópatas, casi abundan tanto como los resfriados, y por lo mismo que puede ser pasajero y no dejar otra huella que el engendro testamentario que tan sagrados derechos puede lesionar, hay que tener más cuidado de evitar hasta la sospecha de que en condiciones semejantes se haya otorgado una disposición testamentaria: la presencia de los testigos aleja en gran manera el temor de que en esa situación anormal se llegue á consumir un acto de tanta importancia, pues si bien es fácil que aquéllos se presten á mentir respecto á las manifestaciones del testador, alterando

éstas en cualquier sentido, siempre es más repugnante á la naturaleza humana, por depravada que se la suponga, hacerse cómplice del que quisiese aprovecharse del infeliz estado de un demente, y en todo caso esto constituiría ya un delito que puede dejar rastros y ser perseguido, descubierto y castigado; además, el peligro á que principalmente me refiero es al de que en la soledad del gabinete y sin intervención ni excitación de nadie, se pueda otorgar bajo el amparo de la ley, en un momento de transitoria perturbación mental, un testamento ológrafo ó fonográfico que encierre vicio tan capital de nulidad bajo las más perfectas formas legales. Y, por último, el tercer peligro de estos testamentos íntimos y solitarios es el de que puedan ser otorgados bajo la presión moral ó material de personas interesadas en cohibir y torcer la libre voluntad del testador, pudiéndose hacer consideraciones muy semejantes á las anteriores respecto á la mayor dificultad de que esto suceda á presencia de testigos.

101. Se ve, pues, que no basta garantizar la autenticidad de esta clase de actos que por razón de su importancia y naturaleza necesitan ir revestidos de algunas solemnidades establecidas de antemano por la ley como forma exclusiva y precisa de la expresión de la voluntad, á fin de que quede fuera de toda duda, no sólo la existencia del acto, sino su perfecta validez y legitimidad, y aunque la tendencia moderna de simplificar y facilitar cuanto sea posible su realización sea también

digna de tenerse en cuenta por el exceso de actividad de la sociedad en que hoy vivimos, esta consideración debe subordinarse siempre á las condiciones esenciales y características de toda disposición testamentaria. Por eso los testamentos privilegiados no deben autorizarse nunca por este linaje de consideraciones, ni menos en concepto de agasajo (1) á clase alguna determinada, sino únicamente por indiscutibles apremios de circunstancias especialísimas, como son las de los testamentos hechos en campaña, en la mar ó en tiempo de epidemia, y éstos con la condición precisa de que si pasan dichas circunstancias antes de que ocurra el óbito del que testa, tengan que ser ratificados en forma solemne.

102. El testamento fonográfico no va, por lo tanto, encaminado más que á garantizar la autenticidad del acto, y por eso dije al principio que no implicaba la menor alteración ni reforma en las solemnidades establecidas en la repetida ley 1.<sup>a</sup>, título XVIII, libro X de la Novísima Recopilación, y, en su consecuencia, es indispensable pasar al examen de la segunda clase de

---

(1) *Cajoteries*, como llama Montesquieu en *L'esprit des lois*, libro XXVII, capítulo único, á las facilidades que los Emperadores romanos dieron á los soldados para otorgar los testamentos militares que fueron establecidos temporalmente por Julio César, confirmados por Tito y Domiciano y transformados al fin en privilegio permanente de clase por Nerva y después por Trajano, desnaturalizando el verdadero carácter de estos testamentos mal llamados privilegiados.



inconvenientes observados en el otorgamiento de los testamentos hechos de palabra y sin intervención de Notario, para apreciar desde este segundo punto de vista las ventajas que para el remedio ó atenuación de estos males puede ofrecer el empleo del fonógrafo.





## CAPÍTULO V

### EFICACIA DEL FONÓGRAFO PARA ATENUAR LOS VICIOS INHERENTES Á LA PRUEBA TESTIFICAL.



XAMINADA con el cuidado que me ha sido posible la primera clase de abusos á que solian dar origen los testamentos hechos de palabra; demostrado que no eran achaque exclusivo de éstos, porque no dependian de la imperfección de esa forma de testar, sino de su inobservancia, é indicadas las ventajas que para el remedio de estos males podría traer la aplicación del fonógrafo, corresponde hacer ahora algunas consideraciones análogas respecto á la segunda clase de inconvenientes, ó sean, aquellos emanados propiamente de los vicios y deficiencias inherentes á la prueba testifical; pero para apreciar mejor la importancia que con relación á los testigos verbales pueda tener el eficaz auxilio del moderno invento, es indispensable no olvidar que en esta clase de actos la prueba testifical no va contras-

tada ni robustecida por ningún otro medio probatorio, ni queda á merced de la apreciación judicial estimarla de un modo parcial, ni deducir del conjunto de las declaraciones de los testigos una conclusión sintética de la parte de sus testimonios que aparezca concorde y verosímil, pues siendo estos testigos instrumentales, hay que aceptar como testamento lo que resulte de sus dichos (1), ó desecharlos por entero por razón de su incongruencia si existen sospechas de su falsedad ó está manifiesta la infracción de las formas legales.

104. Se comprende, pues, por esta sola indicación el interés extraordinario que merece todo cuanto pueda contribuir á evitar que un acto válido, solemne y de la mayor trascendencia en el orden de las familias, como es el testamento, quede sin más garantía que las inseguras referencias de unos cuantos testigos vecinos del lugar en que se otorgue; pero si todavía se reflexiona en la pobreza é ineficacia de los medios hasta ahora empleados para suplir las deficiencias intelectuales ó contener los excesos de la malicia de los hombres de cuya palabra penden tan sagrados y vitales intereses, entonces, por muy poca confianza que se conceda á las novedades de la índole de la que me atrevo á proponer y por muy inadecuadas que se las suponga para poner remedio á tan sensibles males, habrá que convenir en

---

(1) Artículo 1953 de la ley de Enjuiciamiento civil, último párrafo. Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de Octubre de 1864.

que, cuando menos, debe ser examinada la proposición con algún cuidado y detenimiento.

105. Ya he tenido ocasión de manifestar á otro propósito que el testimonio humano es ordinariamente la base más común de las pruebas judiciales, y ahora debo añadir que la gran influencia, en materia de prueba, del testimonio de los hombres, á pesar de sus graves y notorios inconvenientes y, hasta pudiera decirse, de su descrédito, depende de una de esas razones que excusan de entrar en la averiguación de motivos y en la exposición de argumentos de un orden más elevado y abstracto, que es la suprema razón de la necesidad; pues siendo muy limitado el número de hechos que cada individuo puede conocer por sí mismo, es casi siempre indispensable recurrir, en forma más ó menos directa, á las manifestaciones de aquellas personas que por arte de la casualidad ó por previsión de la ley ó de los interesados han presenciado los hechos que han de servir de base á nuestros juicios. El testimonio humano es, por lo tanto, un criterio de autoridad, no debiéndose entender por ésta, como es muy sabido, más que la idoneidad del testigo para movernos á tener por cierto su dicho, y estribando la fuerza y virtud de aquélla en la ciencia y veracidad del testigo mismo, esto es, en la seguridad ó, cuando menos, en la confianza de que no sólo dice lo que sabe, sino que sabe lo que dice.

106. Pero esta base de nuestro criterio es, por su

propia naturaleza, harto falible é insegura, pues los hombres pueden engañarse y engañarnos, y de esta triste y fatal contingencia de la humana condición ha surgido inmediatamente una segunda necesidad no menos imperiosa que la de aceptar ese medio de prueba, que ha sido la de discurrir el modo de garantizar en lo posible la fidelidad de los testimonios; ya valiéndonos de algunos medios de coacción moral, tales como el juramento de decir verdad, la invocación de los sentimientos de honor, la publicidad y otros análogos; ya apelando á la forma sugestiva en los interrogatorios; ya, en fin, empleando el más franco, aunque no más eficaz, recurso de la sanción penal.

107. Creo que nadie correrá gran riesgo de incurrir en la abominable nota de escéptico porque se atreva á asegurar que los medios del primero de esos tres órdenes de garantías son por demás sencillos, si no pecan de inocentes, cuando los sentimientos de honor andan por los suelos y las creencias religiosas por las nubes, en estas épocas aparentemente mansas y tranquilas, pero en realidad terribles porque la flojedad de los resortes morales hace que se transija fácilmente con los actos menos delicados, dando lugar á que se aumente de un modo prodigioso el número de los despreocupados que se lanzan á toda clase de infamias y bajezas confiando, con razón, en el criterio indulgente de una sociedad indiferente ó egoísta; siendo, por otra parte, indudable que, aun sin tomar en cuenta esta

consideración, que pudiera muy bien ser tachada de accidental y transitoria, los argumentos de que se valen cuantos tratadistas de pruebas judiciales recomiendan esas pretendidas sanciones del testimonio, no tienen más que un valor puramente especulativo, pues descansan en afirmaciones generales acerca del imperioso y arraigado interés social de fiarse en la palabra de los hombres como lazo imprescindible de todas las relaciones de la humanidad, ó en razones del más elevado orden moral sobre las indiscutibles excelencias de la veracidad, ó en preceptos religiosos muy terminantes y muy conocidos, pero, por desgracia, no siempre muy observados y que hasta las mismas prácticas legales convierten en fría y estéril fórmula.

108. Fijándonos en el primero de esos órdenes de garantías del testimonio, ó sea el de las sanciones religiosas y morales, se ve desde luego confirmada la anterior observación; porque ¿qué eficacia podrá tener el juramento prestado á la fuerza, sólo por no incurrir en el delito de desobediencia, con arreglo á la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 17 de Abril de 1890 y la de 31 de Octubre de 1891? Pues claro es que desde el momento en que el testigo manifiesta que lo presta sin fe, por ser contrario á sus creencias ó, lo que es más corriente, por no tener ningunas, cae por tierra toda suposición de que pueda cohibir su ánimo en lo más mínimo para detenerle en el camino de la mentira,

sin que esta extraña manera de exigir la sanción religiosa, convirtiendo el juramento en una obligación pluscuamperfecta, puesto que la negativa á cumplirla lleva aparejada la imposición de una pena, tenga siquiera la explicación de que el juramento sea base indispensable para el procesamiento de los testigos cuando faltan á la verdad en sus declaraciones; en primer lugar, porque en ninguno de los considerandos de los dos fallos citados se consigna ese fundamento, y en segundo, porque en el vigente Código penal, con muy buen acuerdo, se ha suprimido la antigua denominación de perjurio, y al expresado delito se le da simplemente el nombre de falso testimonio, por estimarse, sin duda, que la raíz de la criminalidad de ese acto no puede ser la infracción de un deber puramente religioso, sino intenciones de carácter más práctico y directamente antijurídicas, según se evidencia en otras sentencias del mismo Supremo Tribunal, que muy en breve habré de citar á otro efecto.

109. La invocación de los sentimientos de honor es una sanción del testimonio que indudablemente data de los tiempos de los Caballeros de la Tabla Redonda, y aun con ellos habría que andar con cuidado en materia de pleitos, pues obrar de otra manera sería olvidar por completo las asperezas de la realidad con las que el que juzga tropieza á diario y contra las que los teóricos convendría que chocasen de vez en cuando con la violencia necesaria, para recordarles que enfren-

te de esos puros sentimientos del honor están el amor, el odio, la venganza, la envidia, todo el tropel, en fin, de las humanas pasiones, descollando sobre todas ellas la más ruin y miserable, pero la más decisiva en estos asuntos del interés personal que todo lo corrompe y avasalla; por eso un escritor tan cristiano y caritativo como Fray Luis de León, discurrendo sobre el particular, no puede menos de decir que «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 engaño»: lo que demuestra que no se necesita ser muy pesimista para no fiarse de palabras, por bien que éstas suenen en nuestros oídos.

110. No hay que olvidar tampoco (y esto lo mismo puede referirse á la antedicha sanción que á la del juramento) la clase de personas que con más frecuencia de la que convendría suele ejercer los oficios de testigo, pues para nadie es un misterio el gran número de individuos que llegan á hacer un modo de vivir como otro cualquiera de ofrecer su testimonio para toda clase de actos judiciales de los más importantes; que pasan el día á las puertas de los Juzgados y Tribunales, que simpatizan en las Escribanías, frecuentan por las noches en los cafés las tertulias de curiales y, por último, que, aceptados no pocas veces sus infames servicios por litigantes ciegos ó de mala fe, tienen la audacia de presentarse en los juicios á desempeñar su odioso

papel, sin que la ley haya puesto todavía en manos de los Jueces látigo bastante fuerte para arrojar, sin averiguación ni misericordia, de las puertas de los templos de la justicia á esos mercaderes del testimonio. Y el que lo dudare y quisiese convencerse por sí mismo de la triste realidad, no tiene más que darse una vuelta por los estrados de cualquier Tribunal ó por la portería de cualquier Juzgado, seguro de que no habrán de faltarle ocasión y ocasiones de convencerse de la gran diferencia que en esto, como en todo, hay de lo vivo á lo pintado, y de los graves errores á que puede conducir, en materias legislativas, partir sólo de la presunción de lo normal. Por eso dijo el más agudo ingenio de la Italia del Renacimiento, que «hay tanta distancia de la manera como se vive al modo como debiera vivirse, que no estudiando más que esta última, antes se aprende á arruinarse que á sostenerse» (1).

---

(1) Hace ya bastantes años, cuando atravesaba los umbrales del pórtico de la Chancillería de Granada ó subía por su espaciosa escalera alguna persona con aire de litigante novel, solían acercarse ciertos misteriosos personajes, envueltos en una rafa capa y con el sombrero sobre las cejas, que en voz baja, pero con el más repugnante cinismo, le decían al oído: *¿Hace falta un testigo falso?* Hoy el descaro no llega á tanto, pero no se atribuya á mejoramiento de las costumbres, sino á que están mejor organizados los centros de contratación, siendo éstos por lo general tan conocidos en cada localidad, como los individuos que no tienen otro oficio ni beneficio más que esa lucrativa industria, que al presente goza de las mayores garantías de sosiego, especialmente en los negocios criminales.

111. Y ¿qué podré decir al discreto lector acerca del precioso recurso de la publicidad, pregonado como infalible panacea contra la peste del falso testimonio? Para discurrir algo sobre este punto tengo que salirme, aunque sólo sea por un momento, de mi verdadero terreno, que es la materia civil, y más concretamente la instrumental, é intrusarme un poco en el procedimiento criminal, por ser el en que, desde hace más de trece años, se está aplicando este sistema, tiempo de experiencia que ya parece bastante para que cualquiera haya podido formar idea de su virtud y eficacia prácticas, al menos con relación á nuestro país, que es lo que á nosotros nos interesa y nos toca de cerca, dejando en toda su integridad para los nobles y leales suizos, para los caballerescos escoceses, para los severos teutones y para las demás razas privilegiadas de este miserable mundo, los razonamientos que abonan la publicidad como garantía segura de la verdad testifical, conviniendo solamente dar una ligera idea de ellos para compararlos con los resultados obtenidos en nuestro feliz ensayo, que, sin duda alguna, habrán sido inmejorables cuando estamos en vísperas de hacerlo extensivo al enjuiciamiento civil para satisfacer las aspiraciones de la opinión ilustrada que, por las señas, debe ser la misma á quien debemos la inapreciable conquista del Tribunal del Jurado; pero dejando triunfos pasados, veamos en qué pueden consistir las ventajas de los futuros.

112. Dicen los verdaderos creyentes del dogma de la publicidad, que ésta excita en los testigos todas las facultades del ánimo que son propias para producir una exposición fiel de los hechos sobre que tienen que declarar, y en particular la atención; que la mentira puede ser audaz en el interrogatorio secreto, pero que es muy difícil que lo sea en público, á no ser en los hombres que han llegado al extremo de la depravación; que estos testigos no son los comunes, y siempre hay una prevención natural contra ellos; que el que declara á la vista de una multitud de personas teme siempre que si dice una falsedad pueda echársela en cara alguno de los que le escuchan; que los testigos sobornados ó aleccionados nunca están, y menos en público, en condiciones de luchar con abogados y jueces; y, por último, añade Rossi con ingenuidad verdaderamente suiza, que la publicidad de los debates desarma á los sobornadores de testigos, pues deben temer el exponer á su hombre á tantas miradas, á tantos ataques y á tantas y tan graves impresiones morales.

113. No hay necesidad de entrar en el análisis de estos razonamientos, porque bien á las claras se descubre en ellos su carácter abstracto y convencional y en un todo ajeno á la realidad de las cosas y á la condición de los hombres, y porque además ya he indicado que mi objeto no es discutirlos, sino compararlos con los resultados obtenidos del sistema de la publici

dad en estos trece años de experiencia; y prescindiendo no sólo de la mía personal que, aunque un tanto larga, es de muy escaso valor, sino de la de numerosos Jueces, Magistrados y Fiscales avezados en este duro é ingrato oficio de perseguir la verdad en los naturales dominios del engaño, he de recurrir al más autorizado de todos los pareceres. al compendio auténtico de todas las quejas y de todos los clamores exhalados y de todos los desengaños sufridos en dicho período, á las Memorias, en fin, que anualmente elevan al Gobierno los señores Fiscales del Tribunal Supremo dando cuenta del estado de la administración de justicia, en las que, no obstante el estilo mesurado y términos circunspectos propios de todo documento oficial, se encuentran afirmaciones tan categóricas y tan poco halagüeñas respecto al particular, que antes que alivio en el mal denotan agravación sensible y de suma trascendencia, por la vergüenza y por el mal ejemplo del público y cotidiano escándalo.

114. El Sr. D. Santos de Isasa, en su Memoria de 15 de Septiembre de 1884, ó sea al segundo año del planteamiento del nuevo sistema, ya tuvo que consignar 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, que es un verdadero portento de ingenio, para hacerles comprensible y aceptable una de las más crudas

aunque no puede negarse que de las más lógicas consecuencias de este progreso en los medios de investigación; consecuencia formulada además de una manera tan escueta y terminante en el art. 715 de la ley de Enjuiciamiento criminal, que no era fácil empresa levantar la niebla de la sutileza en tan dura y fría superficie. Otro señor Fiscal no menos celoso y competente, D. Manuel Colmeiro, que por largo tiempo ha ocupado tan alto puesto, en sus Memorias de 1886, 1887 y 1888, dice que uno de los mayores escollos en que tropieza la administración de justicia es la prueba del delito mediante el examen 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 en 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 holgada 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 mejor *á causa*, del sistema de la publicidad, puesto que dicho respetable funcionario lo atribuye á que los testigos van prevenidos al juicio por los interesados en la defensa. Por último, en la Memo-

ria de 1892, un Fiscal de inteligencia tan clara y de juicio tan sereno y desapasionado como el Sr. D. Rafael Conde y Luque, se lamenta con no menos viveza de que sobre tan débil fundamento descansen con frecuencia los fallos de la justicia humana; de que el perjurio 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 califica de *enfermedad incurable*, siendo, por consiguiente, forzoso deducir de datos tan autorizados é irrecusables que la publicidad no ha ejercido la menor influencia en el mejoramiento de la prueba testifical, y que, por el contrario, los únicos destellos de la verdad que suelen alcanzarse se obtienen por medios de precaución y por circunstancias de oportunidad, en un todo incompatibles con dicho sistema.

115. El segundo orden de garantías á que los hombres han tenido que recurrir para contrarrestar la mala fe de unos testigos ó para auxiliar á otros en sus confusiones, sus olvidos ó sus torpezas, y obtener la posible exactitud en los testimonios, consiste en los medios sugestivos empleados en los interrogatorios, y aunque ordinariamente se censura y se califica de capciosa y antilegal esta manera de interrogar, sobre todo cuando no se utiliza en provecho de la causa propia, seguramente no hay otra de que más se abuse, lo mismo en materia civil que en materia penal. Esto denota que la sugestión es una cosa intuitiva y un medio na-

tural de investigación de la verdad, originado del universal convencimiento de que la percepción del testigo puede ser errónea ó imperfecta, su memoria flaca y sus disposiciones morales no muy de fiar, peligrando siempre, por consiguiente, esa *adaequatio intellectus et rei*, que, según Santo Tomás, es lo que constituye la verdad, y se procura por aquel medio establecer esa conformidad del ánimo del testigo con la realidad de los hechos, supliendo en lo posible sus defectos de percepción, aclarándole sus recuerdos y advirtiéndole de camino que el que interroga está sobre aviso y puede á la menor contradicción poner de manifiesto su falsía.

116. El medio es, por consiguiente, legítimo mientras se contenga dentro de sus verdaderos límites y no se convierta en arma alevosa y de mala ley, y hábil y oportunamente empleado hay que considerarlo además de alguna mayor eficacia que los del grupo anterior, inútiles unos por ser meramente formularios, é ilusorios otros de puro sutiles y alambicados. Dos peligros encierran, sin embargo, los medios sugestivos: el primero es un abuso y el segundo una torpeza, consistiendo el abuso en ir indicando al testigo, con más ó menos habilidad al interrogarle, hechos ó circunstancias inexactas, con el fin de hacerle decir lo que no estaba en su ánimo declarar, para lograr de ese modo que su relato resulte á gusto y conveniencia del que interroga, convirtiendo de este modo el interrogatorio de sugestivo en cápcioso, que es lo que con justicia

repreban la moral, las leyes y hasta las más elementales reglas de la crítica racional; y consiste la torpeza en la generalizada costumbre de formular las preguntas con tal minuciosidad de detalles y determinación de fechas, lugares y circunstancias, que el testigo queda reducido al triste papel de decir sí ó no, y claro es que, aun cuando sean certísimos cuantos hechos y pormenores contenga el interrogatorio, desde el momento en que se encierra al que declara en límites tan reducidos que le impiden todo impulso espontáneo y se sustituye su propio y habitual modo de expresión por una narración completa y estudiada de hechos, contenida en los diversos capítulos del interrogatorio, su declaración deja de ser un testimonio vivo y convincente y se convierte en una fórmula fría y desautorizada, que no puede ser elemento activo de convicción.

117. La sugestión, para que pueda ser lícita y para que además sea eficaz y provechosa, necesita ser prudente, gradual y oportuna; pues, como dice la ley de Partida, *la pregunta deve 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 pueda entender é responder ciertamente á ellas* (1). Así, pues, el testigo que á la pregunta directa contesta de un modo franco y categórico, no nece-

---

(1) Ley 2.<sup>a</sup>, tít. XII, Partida 3.<sup>a</sup>



sita otro auxilio que interrogarle sobre la razón de su ciencia y sobre cualquier accidente ó detalle que haya olvidado ú omitido por no atribuirle importancia; si el testigo es receloso, tímido ó atolondrado, entonces se hace indispensable que se le vaya interrogando progresivamente, obligándole á determinar hechos, nombres, fechas y circunstancias, que por olvido, confusión ó malicia haya dejado de expresar ó lo haya verificado torcidamente, pero siempre cuidando de no anticiparse sin necesidad á sus manifestaciones; y, por último, cuando la declaración tiene que referirse á actos ó contratos que se han consignado por escrito, después de un previo interrogatorio sobre el día, modo, forma y lugar en que se celebró el acto y personas que en él intervinieron, se le debe hacer que dé á la memoria una idea general del objeto del acto realizado ó del contenido del convenio celebrado, leyéndole por último el documento, para que en su vista rectifique las inexactitudes en que haya podido incurrir al declarar, ó para que, por el contrario, determine las que el documento pueda contener.

118. En esta forma no cabe duda de que la sugestión es un medio legítimo de procurar la fidelidad de los testimonios, que es de alguna utilidad tratándose de testigos de escasa memoria, limitada inteligencia ó torpe manera de expresarse, y, finalmente, que algo, aunque poco, puede contribuir en determinadas ocasiones á poner trabas á la malicia de los testigos falsos,

ó cuando menos á evidenciar sus malos propósitos, por más que con relación á los testigos de esta especie su eficacia se halla á la altura del juramento, la publicidad y demás medios coactivos antes expresados.

119. La tercera y última clase de medios ideados para procurar la veracidad en el testimonio, consiste en la aplicación de las penas señaladas por la ley á los que maliciosamente faltan á la verdad al prestar sus declaraciones; y á pesar de su aparente severidad, quizá sean los menos eficaces de todos los expuestos para remediar el mal que con ellos se trata de evitar, pues desde luego se advierte que, no siendo verdaderos medios preventivos, no van encaminados á impedir que la falsedad se cometa, sino á castigarla después de cometida, y, por consiguiente, no son una garantía directa y especial para obtener en cada caso la veracidad del testimonio, sino cuando más una advertencia ó amenaza, establecida con el fin de que el que va á declarar sepa que no se falta impunemente á la verdad ante los Tribunales, siendo, por consiguiente, inaplicables en todos aquellos casos en que la infidelidad del testimonio no depende de las condiciones morales del testigo, sino de sus limitaciones intelectuales, que como independientes de su voluntad no pueden serle imputables, sin que esto quiera decir que como sanción del perjurio consumado revistan tampoco gran importancia, á causa de la dificultad que generalmente ofrece la comprobación de esta clase de delitos, para cuyo

castigo no basta la sola existencia de la inexactitud, omisión ó contradicción en el dicho del testigo, sino que es indispensable que esté comprobada también su intención deliberada y maliciosa de faltar á la verdad; pues aunque en el párrafo segundo del art. 1.º del Código penal se establece la presunción de derecho de que las acciones y omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, hay algunos casos, y el del falso testimonio es uno de ellos, por la posibilidad que existe de que la falsedad pueda dimanar del error, en que no es suficiente la presunción de voluntariedad, sino que es necesario además que aparezca que se ha obrado con malicia; escollo gravísimo para la pronta y ejemplar represión de estos delitos, complicado siempre con la facilidad y el común interés de la confabulación entre todos los que podrían contribuir á la prueba de la falsedad, para no comprometer, y en último caso encubrir, á los auxiliares que han tenido la complacencia de hacerse instrumentos de sus deseos.

120. Pero tratándose de la falsedad que puedan cometer los testigos de un supuesto testamento, hecho de palabra, al rendir sus declaraciones en el acto de la elevación á escritura pública, aún es todavía más ardua y complicada la cuestión de la sanción penal que corresponda aplicar á dichos delitos; pues con estricta sujeción al derecho escrito, hay razones poderosas para sostener que hecho tan grave, tan trascendental y tan escandaloso, se ha escapado por entre las ma-

llas filosóficas de nuestro Código y no constituye delito. Dejando á un lado la fraternal armonía con que han sido agrupados, en el cap. IV del tít. IV del libro II de dicho Código, la ocultación fraudulenta de bienes ó de industria con el falso testimonio y con la acusación ó denuncia falsas, confusión que hace sumamente difícil deducir del texto de la ley, como debieran deducirse, las notas ó caracteres distintivos y esenciales del delito indicado, y pasando también por alto, dentro de ese mismo capítulo, los artículos 332, 333 y 334, por referirse exclusivamente al falso testimonio dado en causa criminal, resulta que el 335 castiga el dado en causa civil 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 en su párrafo segundo que, si el valor de la *demanda* no excediere de 50 duros, las penas serán las de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas; los artículos 336 y 337 agravan 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, delito, por cierto, que no lo apresa ni un gerifalte; y el 339 dispone que se castigue como reo de falso testimonio al que, á sabiendas, presentare *en juicio* testigos ó documentos falsos.

121. Se ve, por consiguiente, que no hay artículo alguno en que se castigue el falso testimonio dado en

un expediente de jurisdicción voluntaria, sin duda porque la elevación á escritura pública de un testamento verbal, la apertura de los cerrados, las informaciones *ad perpetuam*, la enajenación de bienes de menores ó incapacitados y otros análogos, no son actos de suficiente importancia para que por ellos se vaya á cohibir ni cercenar la libertad de ningún ciudadano honrado obligándole á decir la verdad, aunque se la pregunte un Juez de primera instancia en el ineludible cumplimiento de sus deberes, ó porque no revistiendo estos actos las solemnidades de un juicio, quedan reducidos á la categoría de un triste sumario, en donde ya sabemos que cada cual puede despacharse á su gusto; habiendo dado lugar tan lamentable omisión ó tan extraño criterio legal á que el Tribunal Supremo, al sentar jurisprudencia sobre este punto, se haya visto en iguales ó mayores amarguras que se vió aquel ilustre Fiscal, de quien ya he hecho referencia, cuando acometió la magna empresa de armonizar en una circular el art. 715 de la ley de Enjuiciamiento criminal con las más apremiantes y categóricas exigencias de la justicia.

122. La primera dificultad de este género se le presentó á dicho Supremo Tribunal en un recurso de casación procedente de la Audiencia de Burgos, motivado por haber condenado ésta como reo de falso testimonio á un tal D. Pedro Salcines, que había tenido por conveniente faltar á la verdad declarando como testigo en una información *ad perpetuam*; é interpues-

to el recurso por el Salcines, que debía ser hombre muy versado en los novísimos conceptos jurídicos de la verdad y de la mentira, y muy ducho en defender su derecho á usar de una ó de otra sin tropezar en el Código penal, el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de Junio de 1882, casó y anuló la de la Audiencia, fundándose en que el hecho de haber faltado á la verdad el D. Pedro al declarar como testigo en dicha información, *no estaba comprendido en el artículo 335*, que casi literalmente ha poco que cité á este efecto, porque era preciso para ello que la declaración la hubiese dado *en un pleito contestado por las partes ante el Juez*, que es lo que se llama *causa civil*, y porque, además, en aquel caso no sólo no había demanda por valor menor de 50 duros, sino que tampoco se había causado perjuicio.

123. Mas donde surgió de lleno el conflicto fué en otro expediente de jurisdicción voluntaria promovido por D. José Valdés, marido de doña Josefa Peláez, hija natural de D. Francisco Peláez, precisamente para que se elevase á escritura pública el testamento que, según decía, había otorgado de palabra el D. Francisco, nombrando, por supuesto, heredera á doña Josefa, hecho que atestiguaron cinco individuos presentados por Valdés en concepto de testigos y que resultó falso, por lo que todos fueron condenados por la Audiencia de Oviedo como autores del delito de falso testimonio, comprendido en los citados artículos 335 y 339, la cual

sentencia fué también casada y anulada por otra del Tribunal Supremo *de 28 de Junio de 1882*, por motivos análogos á los que sirvieron de fundamento al fallo recaído en el recurso antes citado, y además porque, si bien el hecho se podía estimar punible con arreglo á otras disposiciones del Código, no estaba comprendido en los referidos artículos, en razón á que los testigos habían rendido sus declaraciones en un expediente que la ley clasifica entre los de jurisdicción meramente voluntaria.

124. La excesiva gravedad del caso dió lugar á que se abriese nueva causa para depurar si el hecho podía ser punible con arreglo á otras disposiciones del Código, como se indicaba en dicha sentencia, y en este segundo proceso la misma Audiencia de Oviedo condenó á Valdés y consortes como reos del delito frustrado de falsedad en documento público cometida por particulares; pero interpuesto por el procesado Valdés recurso de casación, fundado en los números 7.º, 1.º y 4.º del art. 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal, en el que se alegó que se había infringido el principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada, y el art. 315, en relación con el 314 del Código penal, porque el hecho no constituía el delito de falsedad, el Tribunal Supremo, en otra sentencia *de 25 de Junio de 1884*, declaró no haber lugar al recurso, porque la circunstancia de haberse seguido un juicio anterior sobre los mismos hechos no era razón suficiente para dar á éstos el ca-

rácter de juzgados, si no se demostraba que en dicho juicio se había resuelto de una manera definitiva sobre la índole de los mismos y sobre la participación que en ellos hubiera tenido el procesado, porque en el anterior recurso se había limitado el Tribunal á resolver una cuestión concreta de derecho sin prejuzgar la verdadera naturaleza de aquéllos, y porque tampoco se habían infringido por la referida Audiencia los artículos 314 y 315 del Código penal, pues tendiendo las diligencias practicadas y las declaraciones que prestaron los testigos al objeto de elevar á escritura pública un supuesto testamento, era indudable que se intentó cometer la falsedad en un documento público.

125. Esta última doctrina está más extensa y cumplidamente consignada en otra sentencia del propio Tribunal de casación de 10 *de Marzo de aquel mismo año 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 habían declarado ante el Juez de Ibiza en otro expediente de igual naturaleza, y á los interesados que á ello les habían inducido, como autores del delito de falso testimonio en negocio civil comprendido en el repetido art. 335, y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, fundándose en que el 315 pena al particular que comete en documento público ú oficial ó en letras de cambio ú otra clase de documentos mercantiles alguna de las falsedades designadas en el

314, entre las cuales se cuenta la de suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido; y que, por lo tanto, los hechos probados de haberse elevado á escritura pública por el Juez de dicho partido el testamento atribuido á Antonio Costa, constituían *un otorgamiento* de instrumento público, al que cooperaron todos los procesados, unos en calidad de testigos y otros en la de inductores de los mismos, cometiendo, por consiguiente, la falsedad de haber supuesto la intervención en el acto sobre que declaraban de Antonio de Costa, que no la tuvo, y además la de haber faltado en absoluto á la verdad en la narración de los hechos, comprendiéndose su responsabilidad criminal en el citado art. 315 del Código penal, y no en el 335, que se refiere á la aislada manifestación de un testigo, contraria á la verdad, sobre causa ó asunto civil, pero no cuando semejante declaración se hace ó presta en relación ó 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 substancial de dichas declaraciones, pues en ese caso no es ya el delito de falso testimonio que comprende el art. 335 antes dicho, sino el que se define y castiga en los artículos 314 y 315 del mismo Código.

126. Pocos fallos del Tribunal Supremo habrá más dignos de meditación y respeto que los dos últimamente citados de 10 de Marzo y 25 de Junio de 1884,

por el alto sentimiento de justicia en que están inspirados, porque satisfacen una imperiosa necesidad jurídica y porque van encaminados á refrenar hechos gravísimos y de las más lamentables consecuencias si hubiesen llegado á obtener una sanción análoga á la alcanzada por el falso testimonio cometido en los demás actos de jurisdicción voluntaria; pero la virtud de la saludable doctrina contenida en dichas sentencias no ha podido alcanzar á encubrir el inexplicable vacío de la ley penal, antes parece que más lo pregona y evidencia; y si algún otro D. Pedro Salcines llegase á verse procesado y penado con arreglo á ese art. 315 del Código, é interpusiese recurso de casación contra el fallo que así le condenase, fundándose en las no pocas razones que se pueden oponer á esa interpretación extensiva del expresado artículo, más poderosas tal vez que las tenidas en cuenta en las sentencias de 15 y 28 de Junio de 1882 anteriormente relacionadas, para no estimar comprendido dicho falso testimonio en el artículo 335 (1), pudiera muy bien darse el caso de que el Tribunal tuviese que adoptar de una vez el criterio estricto y friamente legal en que se apoyó para declarar que el falso testimonio dado en actos de jurisdicción voluntaria no constituye delito con arreglo al Código,

---

(1) Basta indicar, como la más culminante, la de que al elevarse á escritura pública un testamento verbal, no hay *otorgamiento* de instrumento público en el sentido gramatical, y mucho menos en el forense de la palabra, pues, según el Diccionario de la Academia, otorg-

haciendo uso cuando más de la facultad que concede á los Tribunales el párrafo primero del art. 2.º, si entendiéndose que la omisión depende de un mero olvido de la ley; y si, por el contrario, hallase méritos para presumir que trae su origen de los últimos adelantos de la ciencia penal, bajar la cabeza ante la mayor sabiduría del legislador, tomando, como es consiguiente, la consabida actitud de los Jueces de los antiguos torneos, tan sabia y oportunamente recomendada para estos casos en el célebre preámbulo de la ley de Enjuiciamiento criminal, como olímpico refugio de las conciencias de los que juzgan en este nebuloso período en que se duda de si la justicia es todavía aquella *raigada virtud que dura siempre en las voluntades de los omes justos*, dándoles un criterio cierto, absoluto é inmutable de los actos humanos ó una relación eventual y contingente, surgida de la ocasión y forma en que se realizan aquéllos, y hasta tributaria de errores de acusación, de tretas de defensa y de fórmulas sacramentales que ni siquiera tienen ni el mérito de una razón histórica.

127. De cuanto queda expuesto se deducen, á mi ver, de un modo evidente las siguientes conclusiones:

---

gamiento significa permiso, consentimiento, licencia, parecer, y, según el vocabulario de las Siete Partidas, tomado del Diccionario alfabético y ortográfico que publicó en Madrid, en los años de 1790 y 1791, el Licenciado Diego Pérez Mozún, en los tomos III y IV de su obra *Estilo legal Matritense* otorgar significa señalar, conceder, permitir, estipular, prometer, etc.

primera, que los vicios é inconvenientes de la prueba testifical son inherentes á la misma, porque tienen su raíz en la misma naturaleza humana; segunda, que las tres clases de medios adoptados para garantizar la veracidad del testimonio, son notoriamente ineficaces respecto á las falsedades provenientes de las disposiciones morales de los testigos, absolutamente nulos é inaplicables los de la primera y tercera, ó sean los coactivos y represivos, para las que dependen de la limitación de las facultades intelectuales de aquéllos, y de muy escasa influencia los de la segunda, ó sean los sugestivos; y tercera, que es de todo punto indispensable, en el otorgamiento de los testamentos, robustecer ó suplir dicha prueba con otro género de garantías, ya para que no vaya aislada, ya para dificultar á los testigos toda desviación de la verdad, conteniendo los desmanes de los maliciosos ó auxiliando á los débiles, atolondrados ó flacos de memoria. Réstame, por consiguiente, para terminar este punto, examinar si la aplicación del fonógrafo á la testamentifacción puede llenar estos fines, si no de una manera absoluta y cumplida, al menos en condiciones de superioridad con relación á los medios que acabo de analizar con prolijidad quizá excesiva, impulsado por la importancia de la materia y por la conveniencia de evidenciar toda la extensión del mal, sin ilusorios convencionalismos que no engañan al práctico ni al perito, ni llegan á persuadir al profano.

128. No he de incurrir de nuevo en semejante exceso al hacer dicho examen, ni menos en la exageración de pretender que el fonógrafo vaya á poner remedio radical á todos los males que deshonran y desvirtúan la prueba testifical, pues á primera vista se comprende que no puede tener aplicación á las declaraciones relativas á actos materiales presenciados por los testigos, ni siquiera á aquellas que, refiriéndose á manifestaciones hechas por terceras personas, traen su origen de un hecho casual é impremeditado; por lo que, desde este punto de vista, es evidente que la esfera de acción de esta nueva garantía del testimonio queda reducida á un limitado número de ocasiones en las que puede tener entrada la previsión de los interesados, en que el acto ó contrato sea susceptible de futura y cumplida comprobación; pero téngase en cuenta que, precisamente para lo que el auxilio del fonógrafo se recomienda de un modo especialísimo, es para un caso en que se dan de lleno esas condiciones, como es el otorgamiento de los testamentos que se hacen de palabra (1), porque además de asegurar, como ya queda demostrado, el exacto cumplimiento de los requisitos y solemnidades establecidos por la ley para esa clase de actos, es indudable que la existencia de un documento en el

---

(1) Sin que esto quiera decir que no sea también de igual ó mayor importancia para contratos privados, sumarios y otros actos análogos, para los testamentos místicos y toda clase de testamentos auténticos y contratos hechos ante Notario.

que no sólo se consignan, como en la mera cédula escrita, las disposiciones del testador, sino en el que está latente una reproducción viva del acto, independiente de la memoria y de la apreciación de personas intermediarias, tiene por necesidad que influir de una manera poderosísima en el ánimo del que va á declarar, no como una ilusoria coacción moral ni como una amenaza de un problemático castigo, sino como una realidad abrumadora, como un argumento irrefutable contra todo conato de alteración de la verdad, que no hay testigo capaz de afrontarlo, por grande que sea su interés en alterarla y por descomedida que se suponga su audacia para intentarlo.

129. En cuanto á los testigos que pueden incurrir en inexactitudes, por olvidos, ligerezas ó extravíos de imaginación, sin mezcla de verdadera malicia, no es menor ni menos saludable la influencia que puede ejercer sobre ellos la reproducción fonográfica del acto en que intervinieron, reprimiendo al impresionable ó auxiliando al torpe ú olvidadizo, en la forma más íntegra y severa en que puede hacerse uso de la sugestión, puesto que no puede consistir en otra cosa que en la indicación fidelísima, hecha por el aparato, de aquellos puntos en que la memoria del testigo flaquea ó su imaginación se extravía, para fijar su atención ó despertar sus recuerdos, empleando el método gradual y prudente que indiqué al hablar de la forma sugestiva de los interrogatorios, para que el testimonio conserve la

mayor cantidad posible de espontaneidad y de la forma característica y personal expresión de cada testigo, hasta llegar á la repetición íntegra y completa del acto para que lo ratifique en conjunto, si lo encuentra exacto, consiguiéndose de este modo el mayor grado de evidencia que, hasta ahora, ha sido dable alcanzar del testimonio de los hombres.

130. La prueba fonográfica, por consiguiente, podrá no ser una garantía general y constante de la exactitud de éste, por ser limitado el número de casos en que cabe su aplicación; pero, en cambio, nadie puede desconocer que, en aquellos en que la tiene, no hay descaro que resista la reconvencción de esta temible boca de verdades, *os veridicum*, y su eficacia, por lo tanto, tiene que ser excepcionalmente decisiva para el fin especial de procurar la fidelidad del testimonio independientemente de propio y peculiar valor como prueba de carácter real, que en el capítulo anterior traté de poner de manifiesto.





## CAPÍTULO VI

### VENTAJAS ESPECIALES DEL TESTAMENTO FONOGRAFICO



DEMÁS de todas estas ventajas principales y de carácter general que, con la mayor detención de la que me proponía, he procurado explicar en los capítulos anteriores, todavía tiene la aplicación del fonógrafo á la testamentifacción otras, que no llamaré secundarias, por ser también importantísimas, sino especiales, por referirse á cuestiones de detalle ó á casos menos frecuentes, que siempre y en todos los países han merecido particular atención por parte de los legisladores.

132. Es desde luego evidente que el uso del fonógrafo no es incompatible con ninguna de las formas de testar, por la razón ya indicada de que no debe tener más objeto que el de garantizar la autenticidad de los actos jurídicos sin despojarlos de sus solemnidades propias, que responden á otro orden de ideas más relacionado con la validez del acto mismo y con su razón



histórica que con la prueba de su existencia, aunque también contribuyan eficazmente á este fin. Así, pues, los testamentos abiertos *hechos ante Notario*, adquirirían una doble garantía de verdad si se otorgasen fonográficamente á presencia de dicho funcionario, y dando éste fe de voz viva ante el mismo aparato, y á continuación de las manifestaciones del testador, de que el acto se había realizado ante él y de que se habían llenado todas las formalidades exigidas por la ley.

133. Si el testamento se elevaba en aquel mismo momento á escritura pública, el fonograma quedaría unido á la matriz, para que en todo tiempo se pudiese comprobar su perfecta concordancia; y si por cualquier circunstancia no se verificase así y, reducido á un acto verbal, hubiese que recurrir al procedimiento establecido en el art. 1945 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, se estaría de lleno en el caso del verdadero testamento fonográfico; lo que pone todavía más de relieve la conveniencia de que los mismos Notarios utilicen siempre el fonógrafo, para evitar que un acto válido y perfecto en su fondo venga á quedar ineficaz si por cualquier accidente imprevisto, ó porque el estado del testador no diese tiempo más que para recoger fonográficamente sus últimas palabras, pero no para extenderlas en forma solemne, no llegasen á elevarlo á escritura pública al verificarse el otorgamiento, pues, según ya indiqué á otro propósito, con arreglo al artículo 695 del Código civil, hasta el testamento nuncu-

pativo hecho ante Notario y tres testigos idóneos es nulo si no se consigna por escrito, á causa de la guerra sin cuartel declarada á los actos verbales. Aceptado este sistema, si en virtud del nuevo invento se restableciesen todos los modos de testar que reconoce y sanciona la tantas veces citada ley de la Novísima Recopilación, entiendo que, tanto en este caso como en el de otorgarse el testamento sin intervención de Notario, debería ser obligatorio el empleo del fonógrafo, y meramente potestativo cuando se adoptasen las formas solemnes.

134. Por esta razón la fe notarial no perdería nada de su importancia, pues únicamente haciendo obligatorio dicho empleo es cuando podría suponerse que se desautorizaba aquélla y que se desnaturalizaba una de las formas más auténticas y solemnes de testar, y creo haber dicho con claridad y hasta con repetición que el testamento fonográfico no debe ir encaminado á alterar ninguna de éstas, sino sencillamente á dar nueva vida á los hechos de palabra con ó sin intervención de Notario, debiéndose además tener en cuenta por éstos funcionarios, para alejar de su ánimo toda prevención contra este auxiliar, *no competidor*, de la fe pública, que los testamentos en que ellos ejerciesen real y efectivamente su oficio de Notarios quedarían, como ahora, elevados desde luego á la categoría de escrituras públicas, y serían, como hoy lo son, *prueba probada*, sin necesidad de diligencias posteriores, para el reconoci-

miento de la voz del testador, si se hubiese empleado el fonografo, ni para la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales, por quedar todo ello plenamente justificado con su intervención y la presencia de su signo y firma, sin que se alterase en nada la esfera legal de sus deberes y atribuciones ni se empequeñeciesen sus funciones, puesto que suya exclusivamente continuaría siendo siempre la parte importante, técnica y... ¿por qué no decirlo? científica de ellas, que es la redacción del testamento, ó cuando menos la ilustración que suministrasen al otorgante para que él materialmente lo redactase con su voz ante el aparato. Penetrándose bien de la exactitud de estas observaciones, es seguro que ningún Notario prudente é ilustrado abrigará semejantes prevenciones contra ese poderoso auxiliar de sus delicadas funciones, y al utilizar el nuevo y maravilloso invento harán algo muy semejante á lo que los teólogos llaman obras de supererogación, que, por lo mismo que no caen debajo de precepto, ni hay obligacion de hacerlas, son mucho más meritorias, y á ningún Notario puede venirle mal el ejecutarlas, ni recibir por ellas la bendición de Dios y del público.

135. No es tampoco para echado en olvido por parte de los Depositarios de la fe pública, que las manifestaciones fonográficas de los otorgantes serán *voz viva* de las instrucciones que éstos les comuniquen, sirviéndoles á ellos de preciosa garantía en los casos arduos y

comprometidos, como los testamentos *in extremis* ó los hechos *ab-irato* por arrebatos de pasión, de éstos que no autorizan á ningún Notario para consignar que el otorgante carece, á su juicio, de la capacidad legal necesaria para otorgar el documento, y que, sin embargo, moralmente lo desvirtúan por completo; las escrituras dejarán de ser *voz muerta*, como las llama el proemio del tít. XVIII de la Partida 3.<sup>a</sup>, y se convertirán en un testimonio mucho más vivo y auténtico que los testigos y que las pesquisas de que hablan los títulos anteriores del Código Alfonsino; las conferencias con los otorgantes para recibir sus instrucciones se abreviarán notablemente y, sobre todo, se evitarán los errores ó malas interpretaciones de las notas escritas, tomadas rápidamente por auxiliares, hartos siempre de recibirlas; quedará cerrado el paso á las retractaciones maliciosas, y abierto á las rectificaciones de buena fe; y no añadido á toda esta lista de conveniencias la muy importante de que el bienhadado aparato habrá de servir también para la comprobación de cualquier traspies tabeliónico, porque los Notarios que presientan que pueden darlo cuidarán seguramente de no tener en sus despachos un trasto tan caro, tan molesto y tan *mesturero* (1). Pero, en cambio, se puede considerar muy próximo el día en que todos los Notarios de buena fe, sin necesidad de reglamento que se

---

(1) Descubridor de secretos.

lo prevenga, ni de Dirección que paternalmente se anticipe á escogerles y remitirles el modelo, cuidarán de adquirir un fonógrafo del último sistema que, ahorrándoles trabajo material y disminuyéndoles la posibilidad de error, les sirva de constante y seguro fiador de todos sus actos; pues es antiguo proverbio, que al buen pagador no le duelen prendas, y en materias de fe pública, toda precaución y todo esmero son pocos, pues el más leve descuido, la más disculpable inadvertencia pueden á veces echar por tierra el más honesto y bien ganado crédito.

136. Mas en lo que la aplicación del fonógrafo ha de revestir desde el primer momento los caracteres de una necesidad apremiante, es en los testamentos místicos, ó sea en aquéllos que el *ome faze de manera que los testigos non sepan lo que yaze en él*, por traer consigo la ventaja inapreciable de que las personas, todavía, por desgracia, muy numerosas, que no saben escribir, ni aun leer, puedan utilizar esta forma de testar, que circunstancias de familia ó situaciones difíciles y embarazosas en que, con harta facilidad, suelen verse los hombres, hacen que frecuentemente sea de suma conveniencia y hasta imprescindible recurrir á ella; y no sólo será posible otorgar el testamento místico ó cerrado á cualquiera persona valiéndose del auxilio de dicho aparato, sino que podrá hacerlo en las más perfectas condiciones de independencia, seguridad y absoluta reserva, sin intervención de amanuenses ni

auxiliares, cuya discreción, por grande que sea, nunca podrá competir con la plena confianza que ha de inspirar el hecho positivo de que nadie más que el propio interesado conoce el contenido del testamento, pues es sabido que el secreto entre dos personas sólo á medias es secreto; y hay además que tener en cuenta, para apreciar la cuestión en toda su importancia, que no se trata simplemente de un inconveniente de índole privada que está al arbitrio de los interesados prescindir de él, arrostrando los riesgos consiguientes, á testar en una forma en que pueda ser suplantada su voluntad, sin que ellos lo conozcan, sino de una terminante prohibición legal que no está en su mano quebrantar, y que constituye una verdadera desigualdad ante la ley, que si ha podido ser explicable y hasta relativamente justa y conveniente mientras no había, ni aun se comprendía que pudiese haber, manera de evitar el peligro de engaño, desde el momento en que consta la existencia de un medio completamente seguro para que cualquiera persona, sin el auxilio de la escritura y sin necesidad de valerse de ningún extraño, pueda, no sólo consignar su voluntad de una manera auténtica y fehaciente, sino cerciorarse también en secreto y por sí sola de la perfecta y admirable fidelidad del fonograma testamentario, no puede tolerarse que subsista ni un momento más, y parece que se impone al legislador, de un modo categórico é imperioso, el deber de otorgar sin dilación ese derecho á todos los que

hasta ahora han estado privados de su ejercicio exclusivamente, por una triste limitación de las facultades humanas.

137. No he de cansar, al ya por demás aburrido y cansado lector, con el recuerdo de las discusiones de los autores relativas á la extensión que debía darse y forma en que debía entenderse la prohibición mencionada, por ser demasiado conocidas; pero sí considero conveniente demostrar que no ha habido otra razón ni motivo legal para establecerla que el temor de la suplantación del testamento, cuando la persona que lo otorgaba no podía cerciorarse por sí misma de que el pliego que se encerraba en la cubierta sellada era el mismo que acababa de dictar, razón por la que la ley comparaba con los ciegos á las personas que no sabían escribir, ó por lo menos leer. Las leyes 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del título I de la Partida VI. no ofrecían realmente verdadera dificultad, pues la primera decía únicamente al final que *si non supiese ó non pudiese escrevir, bien lo puede facer otro por mandato del*, y la segunda agregaba que *si non supiere escrevir deve llamar á otro qual quisiere en quien se fie, é mandegelo escrevir en su poridad*, enumerando después todos los requisitos de cierre, sellos, firmas y manifestación de que aquél es su testamento, sin que de nada de ello se pueda deducir ni aun la necesidad de que tenga que leerlo por sí mismo el que testa. Por el contrario, la ley 3.<sup>a</sup> de Toro, 2.<sup>a</sup>, libro X, título XVIII de la Novísima Reco-

pilación, parece que agravó el caso al expresar *que en el testamento cerrado, que en latin se dice IN SCRIPTIS, mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escriptura de dicho testamento ellos y el testador si supieren y pudieren firmar; é si no supieren y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas é más el signo del escribano, etc.*; deduciendo los intérpretes de esta diferencia entre el *supieren* de los testigos y el *pudiere* del testador, que éste debería siempre saber escribir, ó por lo menos firmar, para que el testamento cerrado fuese válido, y en última conclusión, que lo indispensable era que supiese leer, porque al exigir la ley el requisito de la firma, se fundaba en la suposición, no siempre absolutamente cierta, de que el que sabía firmar tenía también que saber leer, y en este sentido ha resuelto la cuestión de un modo expreso el Código civil, prohibiendo en el art. 708 que otorguen testamento cerrado los que no saben ó no pueden leer; pero faltando la razón que motivó la prohibición, por las poderosas consideraciones anteriormente expuestas, claro es que ésta debe desaparecer, puesto que, de lo contrario, se convertiría en vejatorio y ocioso un precepto que en su origen fué prudente y saludable.

138. La aplicación del fonógrafo á los testamentos cerrados, fácilmente se comprende que sólo puede tener lugar respecto al primero de los tres actos funda-

mentales de dichos testamentos, que son su redacción ó acto secreto, su presentación y cierre ó acto solemne, y su apertura ó acto de publicación; pues aunque no sería imposible que el testador, al presentar á los testigos y al Notario el pliego ó estuche cerrado y sellado que contuviese su fonograma testamentario, hiciese ante el aparato la manifestación de que aquél era su testamento y última voluntad, semejante precaución sería por completo innecesaria; pues lo esencial en esa diligencia es el acta levantada por escrito en la carpeta por el Notario, y firmada por los testigos y el testador si supiere y pudiere hacerlo, toda vez que, adoptado este nuevo sistema, habría de quedar alzado el entredicho que pesa sobre los que no saben ó no pueden leer, para poder testar en forma mística, y la manifestación fonográfica del testador no podría contribuir en gran cosa á aumentar la autenticidad de esa diligencia. En cuanto al acto tercero ó de apertura, aún es más notoria la falta de aplicación del invento, puesto que dicho acto se realiza después de muerto el testador, y sus formalidades tienen que sujetarse en un todo á la ritualidad establecida en el tít. VII de la parte 1.<sup>a</sup> del libro III de la ley de Enjuiciamiento civil, sin otra variante que la de que la lectura del pliego que previene el art. 1966 tendrá que ser sustituida por la reproducción del fonograma en el conveniente aparato, que el actuario irá consignando por escrito para dar al testamento la forma ordinaria de todo documento, debien-

do ser suscripta la copia ó transcripción por el Juez, los testigos y el Escribano, después de su más cuidadosa comprobación, y quedando además el fonograma unido á las diligencias; sin que en este acto sea necesaria la comprobación de la voz del testador, en razón á que la autenticidad del fonograma quedó plenamente comprobada con las diligencias del acto del cierre y presentación del testamento, como sucede en los escritos; y, á mi juicio, aunque se demostrase que la voz del fonograma no era la misma del testador, no por eso se debería reputar falso el testamento, en razón á que, especialmente á las personas rudas ó de torpe expresión, pudiera convenirles encomendar á otro individuo de su confianza, más experto é ilustrado, la operación material de pronunciar ante el fonógrafo la disposición testamentaria; y desde el momento en que al presentar ante el Notario y los testigos el fonograma cerrado y sellado afirma el que testa que aquél es su testamento, acepta como tal lo que el pliego ó estuche contenga, puesto que ese acto es el constitutivo del otorgamiento; sin que haya el menor peligro en ello ni aun para las personas que no sepan leer ni escribir, por la posibilidad que tienen de cerciorarse por sí mismas de que aquélla es, en efecto, su última voluntad, aunque esté dictada al aparato por otra persona, haciendo reproducir al mismo lo dictado, sucediendo todo lo contrario en el testamento nuncupativo propiamente fonográfico, de que he de ocuparme en el próximo capítulo; pues

en esta nueva especie de testamento la esencial garantía consiste en la comprobación completa de la autenticidad de la voz, en razón á que en los testamentos hechos de palabra, el acto esencial del otorgamiento tiene lugar al redactarlos ó dictarlos.

139. Una dificultad material, aunque de escasa importancia, puede presentarse al abrir un testamento cerrado hecho fonográficamente. El art. 1966 de la ley de Enjuiciamiento civil, antes citado, respetando las sabias y prudentes previsiones de las leyes 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> del título II de la Partida VI, que prohibían la publicación de aquella parte del testamento que el testador hubiese dispuesto que permaneciera reservada hasta cierto día, dispone que el Juez de primera instancia lea previamente para sí la disposición testamentaria, y que si contiene alguna reserva de esa especie, suspenda la continuación de la diligencia y mande archivar las practicas y el pliego hasta que llegue el plazo designado por el testador. Y aun cuando el expresado artículo no lo dice, claro es que puede haber casos en que parte del testamento deba quedar reservada y parte deba tener inmediato cumplimiento, y aquí es donde se presenta la dificultad; pues estando dotados los cilindros fonográficos de un movimiento constante y uniforme, van transmitiendo al aparato emisor ó parlante las palabras en ellos grabadas sin la menor interrupción, y resultaría de esto que, puesto en movimiento el aparato para la reproducción del fonograma testamentario,

no se podría evitar que las personas presentes se enterasen, no sólo de la parte que deba ser inmediatamente publicada, sino de la que el testador quisiese reservar, á no ser que el mismo testador hubiese cuidado de colocar aquélla en último lugar, lo cual no siempre sucederá, ni podría imponerse por la ley obligación semejante, por no afectar á la parte esencial del testamento.

140. Sería, pues, necesario que los aparatos fonográficos estuviesen contruidos en condiciones de que, á voluntad, pudiese el operador hacer que dejasen de ser repetidos por el aparato emisor algunos párrafos ó palabras (lo que no dejaría también de encerrar sus peligros); pero esto, por más que he estudiado detenidamente las descripciones de los diversos sistemas, no lo he encontrado en ninguno de ellos, sino precisamente lo contrario, que es la posibilidad de repetir una frase ó palabra, cuantas veces sea necesario, sin más que mover una pequeña palanca, que fué uno de los primeros mejoramientos que introdujo Edison en su fonógrafo, como ya se recordará. Creo que esto, y mucho más, se logrará en los sucesivos adelantos del invento; pero aunque no se lograra, la dificultad, como he dicho, es pequeña, pues, en primer lugar, los testadores cuidarán, si les interesa, de colocar las cláusulas reservadas en último lugar, y si no lo hacen, no considero excesiva pena que se queden sin la reserva; y, en todo caso, hasta cabe el recurso de que el Juez, al llegar la cláusula secreta, detenga la marcha del aparato, y haciendo

salir á los oyentes lo ponga á solas de nuevo en movimiento, hasta que, pasado ese período, vuelva á llamar á aquéllos para que oigan el resto, y, sobre todo, el mejor de los medios de seguridad sería que esas cláusulas reservadas las dictase el que testa en cilindros independientes.

141. Pero entre todas las aplicaciones especiales del fonógrafo, ninguna puede igualarse en importancia á la del testamento fonográfico de los ciegos, pudiéndose afirmar, sin la menor exageración, que en esta materia ha llegado felizmente á ser un hecho positivo el proverbio latino *Caeco reluxit dies*, puesto que, merced al bienhechor invento, se hallan hoy en igualdad de condiciones que los demás hombres para poder testar con la más completa seguridad. Las garantías hasta ahora establecidas por las leyes para conseguir este fin han consistido, ó en un aumento de solemnidades, exigiendo ya mayor número de testigos, ya la precisa intervención de Escribano, ó ya, modernamente, la doble lectura del testamento, ó en una disminución de las facultades para testar, prohibiendo la testamentifacción en forma mística á los que la Naturaleza ha querido privar del medio más poderoso y directo de comunicación con sus semejantes, sumiéndolos en vida en las profundas tinieblas de la muerte.

142. La ley 14, tít. I de la Partida VI, dispuso que el ciego testase siempre ante siete testigos y Escribano público, y si no lo hubiere, un octavo testigo en su

lugar, delante de los cuales tenía que decir cómo quería hacer su testamento, nombrando á los que instituía por herederos, y lo que les mandaba ó legaba; todo lo cual tenía que escribirlo el Escribano delante de los testigos, y si el testador traía su disposición escrita, leerla también delante de éste y de aquéllos, debiendo manifestar el ciego que aquél era su testamento, y suscribirlo todos los testigos que supiesen hacerlo, y si no otro por ellos, y lo mismo el Escribano, sellándolo todos con sus sellos, á fin de que no pudiese haber ningún engaño. La ley 3.<sup>a</sup> de Toro, aclaratoria, supletoria y resolutoria, como es sabido, de la del Ordenamiento de Alcalá, nada aclaró ni suplió ni resolvió, á pesar de su triple carácter, respecto á este particular, limitándose á decir que en el testamento del ciego interviniesen cinco testigos á lo menos, sin más explicaciones; lo que dió lugar á que abundasen las de los comentaristas acerca del importante detalle de si era ó no precisa la asistencia de Escribano. cuestión que ya ha perdido hoy todo su interés, pues determinada por los artículos 694, 695 y 696 del Código civil una forma única y exclusiva de testar nuncupativamente, ya no ofrece duda que el ciego tiene que otorgar testamento, como todas las demás personas, ante Notario y tres testigos, de los cuales uno, por lo menos, ha de saber y poder escribir, habiéndose sustituido las antiguas garantías de estos testamentos especiales con la única precaución que establece el art. 698.

de que al testamento se le dé lectura por dos veces; una por el Notario, conforme á lo prevenido en el art. 695, y otra, en igual forma, por uno de los testigos ú otra persona que el testador designe.

143. Se ve, por consiguiente, que lo mismo las antiguas que las modernas disposiciones ideadas por la ley para precaver el engaño en esta clase de testamentos, están exclusivamente fundadas en el mayor grado de confianza que es de presumir ofrezca á esos desgraciados el mayor número de testigos y la presencia del Notario para precaver el fraude, y la especial que el testador pueda tener en la persona que designe para que le lea en voz alta la disposición testamentaria; pero no existía, ni podía existir en esas épocas, medio exclusivo, personal, directo por el cual el ciego pudiera cerciorarse por sí mismo, y sin intervención extraña, de que el testamento de que se le daba lectura en alta voz era real y efectivamente el mismo que él había dictado ó había dado por escrito, y ésta es la ventaja inmensa de la especial aplicación del fonógrafo á este acto importantísimo; pues hoy puede el ciego dictar á solas ó á presencia de los testigos y del Notario el fonograma testamentario, y después reproducirlo por sí mismo en el acto del otorgamiento, viniendo el órgano del oído á sustituir al de la vista, en perfecta igualdad de condiciones. Las suplantaciones y falsedades que puedan cometerse serán las mismas que se realicen con los testamentos otorgados por las

personas que están en el pleno goce de sus cinco sentidos, pues todavía no se ha inventado, ni parece fácil que se invente, aparato alguno que reprima en absoluto la maldad de los hombres, pero no serán falsedades y suplantaciones exclusivamente debidas á su situación desgraciada.

144. En cuanto á las garantías, consistentes en restricciones de la facultad de testar, ya he indicado que se han limitado á la prohibición que tienen los ciegos de otorgar testamento cerrado, la cual prohibición fué terminante en la citada ley de Partida, se sobrentendía fácilmente con arreglo á la también mencionada ley de la Novísima Recopilación, y el artículo 708 del Código civil la establece de una manera expresa y categórica, haciéndola además extensiva á los que no saben ó no pueden leer, como indiqué á otro efecto. El fundamento de la expresada prohibición, por lo que á los ciegos se refiere, lo explica Gregorio López en la glosa 1.<sup>a</sup> de la mencionada ley 14. título I de la Partida 4.<sup>a</sup>, diciendo que el ciego que testa por escrito puede ser fácilmente engañado y colocarse una escritura por otra; y para demostrar que con la invención del fonógrafo ha desaparecido este principal ó, mejor dicho, único inconveniente que se oponía á que los ciegos otorgasen testamento cerrado, no necesito más que repetir las mismas razones que expusé cuando traté de demostrar que, utilizando ese medio, podían testar sin peligro alguno en la forma



mística las personas que no saben leer, reforzadas dichas razones con las que acabo de someter á la consideración del lector relativas al grado extraordinario en que el invento de Edison ha venido á mejorar la situación de los que están privados del sentido de la vista para el ejercicio de aquel derecho, siendo de notar que á ellos, tal vez más que á nadie, les puede ser conveniente, y hasta indispensable en muchos casos, recurrir al testamento cerrado para defensa de las asechanzas á que puede reducirles su triste condición.

145. Una sola observación me resta que hacer para terminar este punto, y es la de que la prudencia aconseja que cuando por dichas esenciales circunstancias tengan que recurrir á la forma mística ó secreta para testar, el fonograma testamentario esté *siempre* dictado al aparato por ellos mismos, y no les sea lícito encomendar esa operación á ninguna otra persona, por confianza que en ella tengan y por torpes que se consideren á sí mismos para expresarse, á diferencia de lo que dije que, á mi entender, podía ser permitido sin riesgo aun de aquellas personas que no saben leer, y la razón de esta diferencia consiste en que la esencial garantía de los testamentos, abiertos ó cerrados, otorgados por los ciegos, depende exclusivamente de la indudable autenticidad de su voz.

146. Por último, como pudiera suceder que el testamento ológrafo, á pesar de sus notorios inconvenientes, de su falta de conveniencia práctica, de las es-

casas simpatías que ha logrado despertar en España, y hasta del ruidoso fracaso que ha obtenido en alguna de sus primeras representaciones, no fuese cosa fácil quitárnoslo de encima, por ser añejo resabio que en esto que se llaman aventuras científico-legislativas, los andantes caballeros que las imaginan y acometen prefieren, como el Dr. Sangredo, que perezcan el pueblo, la nobleza y el clero antes que desacreditar su obra, creo que, sin la menor duda, se puede incluir entre las excelencias del fonógrafo la no despreciable de poder sustituir, con evidente ventaja, esa forma ológrafa por la olófona, ó sea por un testamento hecho fonográficamente en cilindros timbrados, para reemplazar el papel sellado del año correspondiente y con requisitos análogos á los que establece el art. 688 del Código civil, pues considero al lector convencido, por las razones que en otro lugar expuse, de que entre las seguridades de autenticidad entre un fonograma y un documento escrito, y entre las facilidades para comprobar la de uno y la de otro, no hay comparación posible. Al hacer esta indicación necesito, sin embargo, para tranquilidad de mi conciencia, reiterar la protesta de que estos testamentos solitarios, escritos ó fonografiados, no merecen el nombre de tales, porque carecen de las solemnidades esenciales de esta clase de actos, y porque, intrínsecamente y prescindiendo de falsedades y suplantaciones, encierran peligros que el legislador está en el deber de evitar, y de los cuales

también he tenido ocasión de hacer una breve referencia; así es que, sólo á título de atenuación de un mal mayor, se debe entender hecha mi proposición, quedándome todavía el escrúpulo de que este paliativo pueda contribuir á prolongar una enfermedad que no admite más tratamiento que el de la más radical y desapiadada cirugía.

147. Quedan expuestas cuantas razones pueden aducirse en favor de los usos judiciales del fonógrafo y las que de un modo más especial y concreto se refieren á su aplicación al acto importantísimo de otorgar testamento; y si mucho temo que hayan podido parecer débiles é insuficientes, no es menor mi recelo de que puedan tacharse, quizá con más fundamento, de sobrado extensas y pesadas y, sobre todo, de ociosas y triviales de puro notorias, pues, á mi entender, basta enunciar el pensamiento para que la persona menos versada en esta materia comprenda todo su alcance, y para que perciba clarísima la idea de que dicha aplicación del invento á la contratación, á la testamentifacción, al procedimiento judicial y, en una palabra, á toda manifestación determinante de una relación de derecho, ó á todo acto probatorio que por su naturaleza sea susceptible de ser recogido por el fonógrafo, no es una sencilla cuestión de utilidad ó conveniencia para facilitar más ó menos la realización de esos actos y asegurar su probanza, sino una transformación completa de las formas y medios de perpetuarlos, un

verdadero tercer período en la evolución de esas mismas formas, que exige el más detenido estudio y la más profunda y preferente atención, por llevar encerrado en sí un progreso en las relaciones humanas, mucho mayor que el que en ellas produjo la escritura cuando vino á sustituir á los actos verbales, y aun después de perfeccionada y vivificada por la imprenta, por lo mismo que las facilidades que la fonografía ofrece y la fidelidad que garantiza son incomparablemente mayores.

148. Reconozco, con la más completa sinceridad, que el lector no habrá podido estimar buenas las razones que en éste y en los anteriores capítulos he ido rebuscando y exponiendo en apoyo del testamento fonográfico, pero que, en cambio, le habrán parecido excesivas y larguísimas, siendo este exceso tanto más importante cuanto que no ignoro que, no ya los escritores advenedizos, incógnitos é indocumentados, sino algunos autores de tomo y lomo y hasta vates con cédula de vecindad expedida en el propio Parnaso, logran hacerse acreedores á la benevolencia del público, no tanto por lo que escriben como por lo que dejan de escribir. Para enmendar en lo posible este achaque de mi inexperiencia, juzgo prudente poner ya término al inacabable encomio de las excelencias y virtudes de dicho testamento y hacer de una vez la presentación de este inverosímil engendro de la, al parecer, estrambótica unión de la Física y el Derecho, por la que no espero que pueda haber nadie que se atreva

á hacerme el más pequeño cargo, pues tengo la pretensión de creer que es la boda más digna y decorosa que se le ha proporcionado jamás al desdichado hijo de Themis, cuya historia matrimonial es tan aterradora que hace poner los pelos de punta al Coburgo más despreocupado y de valor más probado, con la negra circunstancia de que jamás contrajo matrimonio alguno por su propia voluntad, sino por imposición y capricho de sus implacables tutores.

149. Siendo muy joven, lo casaron en primeras nupcias con dos dueñas tan adustas, intolerantes y avinagradas como la Teología y la Filosofía, las cuales, durante muchísimos años, lo tiranizaron de tal modo que apenas daba cuenta de su existencia, siendo colmo y remate de su desdicha el odio á muerte que entre ambas esposas ha existido siempre, por lo que no hay para qué decir que la casa era un infierno, ni mucho que cavilar para comprender que la víctima obligada era el pobre é inocente marido, que hartado al fin de sufrir, se echó por esos mundos de Dios en busca de paz y de sosiego, haciéndole tropezar su mala estrella con la Diplomacia y la Política, dos damas de muy buen ver, pero tan intrigantes, altaneras y enredadoras, que la primera le ha creado un conflicto diario, y la segunda le salió mujer de tales exigencias, que el infeliz Derecho, que ya estaba agobiado y rendido con los disgustos de sus dos primeras consortes, llegó á ponerse tan torcido que no había modo de conocerle; y

pareciendo, sin duda, á sus solícitos tutores que era poca todavía tanta desventura, llegaron á emparentarlo con la Guerra, ó lo que es lo mismo, con la negación del derecho, siendo lo peor del caso que las tres señoras han apretado de tal modo las cadenas del himeneo que, á pesar de sus uniones posteriores, no ha logrado todavía verse libre de ellas, ni por ahora se columbra medio de que se las quite de encima, pues son hembras de tales bríos y de tan poca aprensión, que lo mismo se les da á ellas por una demanda de divorcio que por un confite. Y para que la desolación fuese completa, otros aspirantes á la tutela le proporcionaron poco tiempo después el funesto enlace con una señora de la clase media llamada la Administración, que, bajo las apariencias de mujer hacendosa, salió tan embrollona y madre tan fecunda de enredos, expedientes y toda especie de líos en papel emborronado, que el *onus camelorum* de los antiguos tiempos es juego de niños en comparación de lo que por su causa se ha escrito y continúa escribiéndose, y quiera Dios que al pobre fonógrafo no me lo enreden también en esta horrible madeja.

150. Como los desalmados casamenteros no se han dado punto de reposo y han surgido por todos lados y en todas épocas, unos alemanes idearon y llevaron á efecto, hace ya bastantes años, el consorcio del Derecho con la Historia, y hay que convenir en que ha sido la compañera más discreta y de más seso y expe-

riencia que le han proporcionado y la que más se ha armonizado con su carácter; pero su adversa é implacable suerte le ha hecho ir siempre de mal en peor, y en estos últimos tiempos se han apoderado de él varias de las modernas hijas de la Filosofía, que sin la severidad y el alto juicio de la madre han resultado más absorbentes y pretenciosas; más tarde ha caído en brazos de mujeres de baja estofa, secuaces mal encubiertas de la Política, que con engañosos y halagadores seudónimos han pretendido anular por completo su vigor y su energía, abusando de tal modo de su nombre venerable, que se lo han aplicado con escarnio á los más lamentables desvaríos. Y al sentir hoy los primeros síntomas de la natural reacción, su inmensa desdicha le trae á su cabecera, á la cabecera de su lecho de agonía, para consuelo de sus amargas conyugales, á locas tan rematadas como la Frenopatía y la Psiquiatría, á mujeres tan impúdicas y manoseadas como la Fisiología y la Medicina, hartas de rodar por clínicas y hospitales y de exhibir sus desnudeces y miserias por los anfiteatros, y como heraldo arrogante de su reducción, á ese ser híbrido y aún no bien definido que se llama Antropología, y cuyas gracias y virtudes todavía nos son desconocidas.

151. Pero ¡qué más! esos condenados Galeottos italianos le amenazaron ya con buscarle parentesco con las monas de Darwin y con las repugnantes momias y espantables osamentas de las edades ultrafabulosas,

que han debido pertenecer á la gentuza más incapaz. cuando ni una sola de ellas ha sido encontrada en un mal sarcófago, sino en muladares y vertederos anti-  
quísimos y, la que más, en alguna caverna que sirvió de guarida á las fieras y monstruos antediluvianos con los que á diario andaban á coz y á bocado esas cultas personalidades que pretenden relacionar con el Dere-  
cho, pues la perspicacia de los sabios ha encontrado en sus venerables huesos señales evidentes de las dente-  
lladas que les causaron esos animaluchos tal vez en el solemne momento de realizar el acto jurídico de la *struggle for life*.

152. Esta lastimosa historia, si bien carece del atrac-  
tivo de ser amena y entretenida, tiene por lo menos el mérito de ser exactísima y patentizadora de que no ha habido cosa menos respetada en el orden científico que aquella que precisamente más respetos merecía, que es el Derecho, y esto mismo me ha hecho ver la necesi-  
dad de recordarla, para demostrar que su unión con la Física es de las más decorosas si se compara con los horrores y extravagancias que brevemente he referido. Es sencillamente un matrimonio de éstos que se llaman de conveniencia, ideado para un honesto fin es-  
pecial y sin pretensiones trascendentales, á Dios gra-  
cias, con una doncella honradísima y de la más lim-  
pia estirpe, rígidamente educada por institutrices tan severas como la Química y las Matemáticas, con un buen señor que no tiene otra tacha que la de estar car-

gado de años y abrumado de disgustos, ni otro defecto que el de no verse nunca harto de pleitos, que, aunque no es pequeño, nadie se lo debe echar en cara, porque lo tiene en la masa de la sangre, y mucho menos los que tan lindamente explotan esta debilidad suya. Justificado de un modo tan cumplido el nuevo consorcio, procuraré en los dos capítulos que restan hacer el estudio del fruto de bendición y proponer los medios más adecuados para su crianza y educación, á fin de conseguir que desde su origen marche por recto y expedito camino.





## CAPÍTULO VII

### EL TESTAMENTO FONOGRAFICO

#### SUS REQUISITOS Y SOLEMNIDADES



s principio de legislación universalmente admitido, y sancionado hoy expresamente por el art. 687 del Código civil, que las formalidades prescritas por las leyes para las diversas clases de testamentos deben *todas* ser observadas, bajo pena de nulidad, ó, lo que es lo mismo, que todas ellas son esenciales, y no cabe distinción acerca de cuáles merecen ser miradas como principales y cuáles como secundarias ó accesorias. Esta es, al parecer, la deducción rigurosamente lógica del antedicho principio; pero para decidir con acierto acerca de la validez ó nulidad de los actos jurídicos y para determinar con precisión el valor esencial de sus solemnidades, es preciso además tener en cuenta una importante distinción que señala Monsieur Laurent al tratar esta complicada cuestión, di-

ciendo que hay solemnidades de rigor que deben ser observadas aun en el caso de silencio de la ley respecto á las consecuencias de su omisión, porque afectan á la substancia de dichos actos, y que hay otras, referentes á ritualidades secundarias, que sólo llevan consigo la sanción de nulidad cuando en la misma ley se establece de un modo expreso.

154. Resulta, por consiguiente, que, según el enunciado principio, en los testamentos las ritualidades meramente formales figuran en primera línea y revisten idéntica importancia que los requisitos que se relacionan con la parte substancial de los mismos, por las razones que expuse en el párrafo 98 al recordar al lector la manera fundamental como Savigny explica la necesidad imprescindible de que ciertas manifestaciones de la voluntad revistan formas precisas y determinadas para su validez, y no he de insistir, por lo tanto, sobre este punto, limitándome á llamar su atención acerca de la grave dificultad que encierra todo conato de aumento ó modificación de las solemnidades testamentarias; pues llevando aparejada la omisión de cualquiera de ellas la nulidad del testamento, hay que evitar cuidadosamente el peligro de que ésta sobrevenga por exceso de precauciones cuya utilidad no esté en relación con la trascendencia de los perjuicios que ocasionaría la invalidación de un acto generador de tantos y tan importantes derechos, por el olvido de una ritualidad insignificante ó por, lo que sería todavía más

sensible, la imposibilidad, acaso frecuente, de poder cumplirla; siendo, por tanto, de todo punto indispensable partir del análisis de las solemnidades que el Derecho vigente tiene establecidas, con el fin de reducir á los términos más precisos las adiciones ó alteraciones que el testamento fonográfico deba traer consigo.

155. Tanto por el antiguo como por el moderno Derecho español, cinco son y han sido las cosas consideradas indispensables y esenciales para la validez de los testamentos, cualquiera que fuese la forma de las establecidas por la ley que se adoptase para su otorgamiento: primera, capacidad del testador; segunda, número é idoneidad de los testigos; tercera, que éstos vean y oigan por sí mismos al que testa; cuarta, que entiendan clara y distintamente todo el contexto de los nuncupativos y el otorgamiento de los cerrados, y quinta, que mientras se lee y otorga ó publica estén todos presentes, sin faltar ninguno; y al suprimir el Código civil las formas verbales, ha venido á establecer además algunos otros requisitos que si bien se observaban antes en el otorgamiento de los testamentos hechos por escritura pública, era en cumplimiento de las leyes y reglas comunes á la redacción de todo instrumento público, pero no con el carácter especial de verdaderas solemnidades testamentarias. á la cual categoría han sido elevadas por el moderno Código, siendo éstas la identificación de la persona del testador, la expresión del lugar del otorgamiento y de la fecha, la mención expresa

de haberse llenado las formalidades de la ley, la lectura del testamento y la firma, á imitación de las disposiciones que sobre este punto contiene el art. 972 del Código Napoleón. Partiendo, pues, de estos preceptos, hoy categóricos y concretos, y siguiendo el orden en que deben ser observados para testar, voy pues á proceder á su examen y á hacer el ensayo del modo y forma en que pudieran ser aplicados al otorgamiento de los testamentos fonográficos ó, más propiamente hablando, de cómo estos modernos testamentos deben ser adaptados á esos viejos y fundamentales principios de la testamentifacción, y á procurar, por último, indicar las adiciones que la especialidad de la nueva forma puede exigir, ciñéndome en esto á los términos más parcos y más indispensables.

156. La capacidad del testador, que en toda obra de Derecho se hace figurar como el primero y más capital de los requisitos testamentarios, claro es que no tiene otro carácter que el de una condición interna esencialísima y común á toda clase de testamentos, á la cual en nada pueden afectar las cuestiones de forma; pero de esa condición interna traen origen todas aquellas ritualidades externas encaminadas á suministrar datos y antecedentes acerca de la persona que otorga el testamento, tales como la expresión de sus nombres, apellidos, edad, estado y demás circunstancias que la den claramente á conocer; su identificación, para evitar fraudes y suplantaciones, por medio de la fe de conoci-

miento del Notario ó por el testimonio de dos testigos fidedignos; la determinación del día y hora en que se realizó el acto, para poder comprobar si en aquella sazón y momento se hallaba en el pleno goce de ese derecho y en la más cabal integridad de sus facultades, ó si, por el contrario, le alcanzaba alguna de las incapacidades establecidas en la ley; y hasta el lugar en que se verifica, para poder buscar en él, cuando llegue el caso, cualquier elemento de prueba para acreditar todos y cada uno de esos importantes extremos, así como el no menos interesante de si el testador pudo obrar y obró libre de toda violencia, fraude ó dolo en aquellos casos en que surgiesen dudas acerca de este particular.

157. Se ve, por consiguiente, que la expresión detallada de todos esos requisitos no es una mera fórmula de redacción común á toda clase de instrumentos públicos y documentos escritos, sino que tiene una trascendencia de primera importancia, y que el Código civil, al elevarlos á la categoría de verdaderas solemnidades testamentarias con todas sus consecuencias, se ha fundado en poderosas y cardinales razones jurídicas, y ha cortado además de raíz todas las dudas y discusiones que, acerca del valor y la necesidad de la determinación de esas circunstancias en los testamentos, han existido entre los jurisconsultos españoles y extranjeros. Pero como quiera que ese mismo Código civil ha suprimido los testamentos hechos de palabra, y parece, por consiguiente, que sólo á los consignados por es-

crito pueden referirse esas nuevas prescripciones, y como, por otra parte, es imposible desconocer que en los actos verbales son inaplicables y hasta ilusorias, puesto que confiada esencialmente la manifestación de la voluntad del testador y todos los accidentes del acto á la memoria y á la honradez de los testigos, el dicho de éstos exclusivamente es lo que ha de ser declarado testamento con arreglo al art. 1953 de la ley de Enjuiciamiento civil, pudiera creerse con apariencias de razón que, siendo el testamento fonográfico un testamento verbal hecho sin intervención de Notario, holgarían en él esas ritualidades, adecuadas tan sólo al otorgamiento de los verdaderos instrumentos públicos.

158. Pero hay que reflexionar que, si bien es cierto que el expresado testamento no podrá tener en el orden legal más importancia que la otorgada por las antiguas leyes á los hechos de palabra, y que necesitará como éstos, para revestir el carácter de verdadero testamento, ser elevado á escritura pública por medio de un acto de jurisdicción voluntaria celebrado ante la autoridad judicial, no es, sin embargo, un acto verbal de ésos que no dejan rastro ni tienen otra comprobación que la del testimonio de las personas que lo presenciaron, sino que, por el contrario, las palabras pronunciadas por el testador, y las que también deberán pronunciar los testigos ante el aparato, quedan consignadas en éste de una manera permanente por un medio mucho más fiel y seguro que la misma escritu-

a, y, teniendo esto en cuenta, fácilmente se descubre a posibilidad de que dichas circunstancias se consiguen en el fonograma testamentario. siendo no menos fácil comprender la necesidad de que en una ley que establezca esta nueva forma de testar se consigne, con mayor razón que en los demás testamentos, la obligación categórica de que se observen también las indicadas formalidades, por las consideraciones que voy á tratar de exponer.

159. Empezando por la expresión del lugar en donde se otorga el testamento, por ser la forma ordinaria de dar comienzo á toda clase de documentos, aparece alguna disconformidad de opiniones respecto á la necesidad de esa determinación en los testamentos que no se otorgan ante Notario, pues Mr. Dalloz, refiriéndose á los testamentos ológrafos, no la cree procedente desde el momento en que en Francia están regidas todas las provincias por una misma legislación, y, sin duda, por una consideración análoga, el art. 688 de nuestro moderno Código civil no la exige tampoco en esa clase de testamentos, opinando aquel distinguido y autorizado publicista que este requisito sólo es propio de los actos notariales, y Mr. Durantón, esforzando el argumento, añade que la designación del lugar es una superfluidad, pues aunque resultase falsa y hasta se probase que el testador no había estado nunca en el punto que expresase el documento, no viciaría esta falsedad el testamento. En el terreno estrictamente



legal ó del derecho constituido, el argumento tiene indudable firmeza, puesto que nunca podría decretarse la nulidad de un acto por la omisión de una formalidad no establecida por la ley; pero en la esfera de los principios, á la que uno y otro autor hacen extensiva su impugnación, según se deduce de su manera de razonarla, el argumento no puede ser más falso ni más vicioso, pues si lo que se trata de averiguar es si semejante designación es ó no conveniente y necesaria, la consecuencia de que el testamento no sería nulo habría que sacarla precisamente de la demostración de que no hay tal necesidad ni tal conveniencia. En una palabra, que no se puede decir que no es necesaria la designación del lugar, porque su falta no vicia el testamento, sino que no lo vicia porque no es necesaria, y para sentar esta premisa había necesidad de haber demostrado primeramente la inutilidad de aquélla.

160. La unidad de legislación de un país no es tampoco razón suficiente para demostrar la inutilidad de ese requisito, pues ya he indicado que su principal fundamento está en la necesidad de conocer el punto de origen para poder recurrir á él, en caso de duda sobre la legitimidad del testamento. en busca de los datos y antecedentes que haya posibilidad de encontrar para comprobar la falsedad ó la certeza del acto del otorgamiento; siendo, por otra parte, este requisito una traba para el falsificador, que necesita conocer de una manera cierta y segura el lugar en que debió hallarse

el supuesto testador en la fecha que consigne en el falso testamento, para no incurrir en una inexactitud que saltaría desde luego á la vista de las personas conocedoras de la verdad de los hechos, y desdeñado por la ley este detalle, no tiene que preocuparse de este peligro.

Mas en el testamento hecho ante testigos, la determinación del lugar es un requisito todavía más esencial é indispensable si se ha de atender á las exigencias de la ley, pues debiendo ser éstos, cuando no llegan á siete, precisamente vecinos del pueblo en donde se otorga aquél, no se puede venir en conocimiento de si reunían ó no esta cualidad los que intervinieron en el testamento, si no se hace en él esa designación, que todavía es más necesaria en el testamento fonográfico, porque no pudiéndose obtener la repetición del fonograma más que en el mismo aparato en que se registró ó en uno idéntico, es indispensable saber de un modo cierto cuál fué el que se empleó, á fin de hacer en él la reproducción, si fuese posible, ó buscar otro del mismo sistema por los medios que más adelante indicaré. No se puede, por tanto, reputar la designación del lugar del otorgamiento en los testamentos fonográficos como una ritualidad meramente formularia; y en su consecuencia,

161. **A.**—*El testador deberá en primer término consignar de una manera clara en el fonograma testamentario el lugar en donde se verifica el otorgamiento, expresando si es el*

*de su ordinaria residencia ó si se encuentra en él accidentalmente.*

162. El segundo requisito de forma consiste en la obligación de expresar la fecha en que se realiza el acto, siendo ésta una solemnidad de tal importancia que no ha sido nunca por nadie puesta en duda, y por esto el Código civil, en sus artículos 688, 695 y 706, exige de un modo terminante el cumplimiento de este requisito, lo mismo para el testamento ológrafo que para el abierto que para el cerrado, sin más diferencia que la de que en el abierto extrema el rigor hasta exigir que se determine la hora del otorgamiento, dependiendo sin duda tal unanimidad de pareceres en este punto de que la consignación de ese dato es del mayor interés, por dos razones tan capitales y tan notorias, que no hace falta la invocación de las muchas autoridades científicas que las explican para hacerlas resaltar, bastando con su más llana y concisa enunciación, siendo la primera la que ya indiqué no ha mucho de la necesidad de conocer si en el momento de la celebración del acto el testador gozaba plenamente de la capacidad natural y legal indispensable para disponer válidamente de sus bienes, y la segunda la de cerciorarse de un modo indudable, por medio de la comparación de fechas, de cuál es su último y valedero testamento, en el caso de que aparezcan otorgados dos ó más.

163. No he de hacer perder tiempo al lector con el

recuerdo de las diferentes cuestiones suscitadas entre los expositores del Derecho, acerca de las consecuencias legales para la validez del testamento originadas por la falsa fecha, la fecha dudosa, la fecha enmendada, la doble fecha y hasta el lugar del documento en que ésta debe estamparse, por ser todas ellas materia muy ajena á la índole de este libro, en el que no pretendo dar enseñanzas ni al que pudiera necesitarlas, ni mucho menos á los que estén en condiciones de dármelas á mí, que, seguramente, han de ser los más; pero respecto á la primera de las que tan someramente dejo enumeradas, creo conveniente hacer alguna indicación relacionada con la índole especial del testamento fonográfico, que es el objeto verdadero y exclusivo de estas explicaciones. Dice Mr. Dalloz, en su ya repetidamente citado *Repertorio*, que no basta para la validez de un testamento que esté fechado, sino que es preciso que su fecha sea verdadera, pues una fecha falsa no es realmente una fecha y, por consiguiente, vicia el acto, llegando Mr. Merlin hasta afirmar que no es necesario entrar en la averiguación de si la inexactitud de la fecha es ó no fraudulenta. La razón de esta severidad de criterio es fácil de comprender; pero lo que no es igualmente fácil es la comprobación de estas falsedades, á no ser en los testamentos otorgados ante Notario, que teniendo que ir registrados por riguroso orden de fechas en el protocolo, no permiten esta clase de alteraciones, como no sea con circunstancias que

llamaré excepcionales, por no darles otro nombre más técnico; pero en los testamentos verbales, la determinación de la fecha (como no exista alguna cédula escrita, y ésta tampoco ofrece la menor garantía de fidelidad) se halla á merced de lo que los testigos tengan á bien declarar; y en cuanto á los testamentos ológrafos, no queda otro medio de comprobación de la exactitud de ese dato que el sello del papel, que siempre deja el largo espacio de un año, dentro del cual caben alteraciones de la mayor importancia, cuando no se ha llegado por los falsificadores hasta la precaución de emplear papel del año que convenga, todo lo cual demuestra la gran dificultad que existe para averiguar la verdad de la fecha en una y otra clase de testamentos.

164. Iguales inconvenientes que en los testamentos hechos de palabra y en los ológrafos existen en el testamento fonográfico, é iguales dificultades se presentan para remediar el mal por completo; pero para atenuarlo en lo posible creo que se podría adoptar el sistema de emplear cilindros ó placas timbradas con el sello del Estado, en el que fuese estampado el año y, á ser posible, hasta el mes correspondiente al momento de su expendición, y la numeración de la hoja ó cilindro expendidos, como si se tratase de un pliego de papel sellado, ó bien emplear un procedimiento análogo al establecido para el franqueo de los periódicos, si la diversidad de aparatos fonográficos hiciese imposible,

ó por lo menos muy embarazoso, el uso uniforme de láminas ó cilindros de un idéntico modelo. En uno y en otro caso sería de la mayor conveniencia, tratándose de la expendición de cilindros para el otorgamiento de últimas voluntades, que al expendirse aquéllos se entregase al comprador una hoja impresa en la que de una manera concreta, clara y precisa se enumerasen las solemnidades y requisitos indispensables para otorgar el testamento fonográfico, sin peligro de incurrir en nulidades, puesto que siendo el principal objeto de esta forma de testar dar facilidad para que sea empleada por personas imperitas sin el auxilio notarial, es del mayor interés suministrar á los otorgantes la ilustración necesaria para que puedan realizar el acto válidamente; y si, como parece indudable, se sustituye el empleo de los cilindros para los fonogramas por el de hojas ó placas de papel de cera, caucho ú otra materia análoga, por ser más cómoda esta forma que la cilíndrica para la comunicación postal y para la conservación y unión de los documentos fonográficos á toda clase de actuaciones y expedientes, entonces las instrucciones expresadas deberían ir impresas al dorso de la hoja ó placa en el anverso de la cual haya de inscribirse el fonograma testamentario, pues el sistema de facilitar las prevenciones legales separadamente es sumamente expuesto á olvidos y corruptelas.

165. B.—*Es, por consiguiente, indispensable que el tes-*

*tador, por sí mismo y de viva voz, consigne de una manera clara é indudable la fecha verdadera del otorgamiento, con determinación del año, mes, día y hora en que tenga lugar.*

166. No es menos evidente la necesidad de hacer constar en toda clase de testamentos, en términos que no dejen lugar á duda, el nombre, apellidos, edad, estado, naturaleza, vecindad, profesión y cuantas circunstancias puedan contribuir á determinar clara y distintamente la filiación del testador, hasta el punto de que ni en la antigua legislación ni en el moderno Código civil se ha considerado preciso establecer precepto alguno que ordene de una manera expresa el cumplimiento de este requisito como ritualidad propiamente testamentaria, por ser de aquellas que, como dice Mr. Laurent, aun en el caso de silencio de la ley, deben ser observadas y lleva su omisión la sanción de nulidad, pues es clarísimo que si se desconoce ó es dudosa siquiera la persona del que testa, puede asegurarse que en realidad no hay testamento, ni herencia presunta, ni creación de ningún derecho cierto que poder invocar en su día. Razón es ésta que por sí sola es más que sobrada para dar explicación satisfactoria del silencio de la ley en este punto; pero todavía hay otra que, aunque más secundaria en el orden lógico, tiene la ventaja de que en el legal, además de justificar también cumplidamente la omisión, pone de manifiesto la necesidad ineludible de que en el testamen-

to fonográfico no se prescinda nunca del cumplimiento de esa formalidad, según es fácil comprender con una breve explicación.

167. Hasta ahora los testamentos, ó se han consignado desde luego por escrito bajo la fe notarial, ó se han otorgado verbalmente ante testigos. En el primer caso las reglas generales para la redacción de instrumentos públicos salvaba desde luego la dificultad, pues ninguno puede extenderse por los Notarios sin expresar ante todo el nombre y condición del otorgante ú otorgantes; y en el segundo, como el testamento no existía de un modo efectivo y fehaciente hasta que, recogida de boca de los testigos por la Autoridad judicial la manifestación de la voluntad del testador, se elevaba á escritura pública declarando testamento lo referido por aquéllos, y como en su testimonio tenía que ir contenida la designación indudable de la persona que ante ellos había testado, con sólo cuidar el Juez, al recibirles declaración, de que no omitiesen ningún detalle encaminado á determinar bien la persona del testador para que no pudiese ser confundida con otra, quedaba por completo atendida esta necesidad esencial de todo testamento, haciendo, por consiguiente, innecesaria una disposición concreta ordenando la consignación del nombre y circunstancias del otorgante.

168. Pero en el testamento fonográfico existe la especial circunstancia de que si bien es un acto verbal

que exige una comprobación posterior, la palabra en él no vuela ni se desvanece, ni tiene que ser rápida é infielmente recogida por ajenas inteligencias que la mutilen, confundan y desfiguren, sino que queda íntegra y fielmente grabada para que en todo tiempo pueda ser reproducida y escuchada por las personas á quienes convenga. De aquí resulta que en esta clase de testamentos, aunque sea requisito indispensable para darles carácter de autenticidad que sean elevados á escritura pública por los mismos trámites que á los hechos de palabra, el testimonio de los testigos tiene en ellos una importancia mucho menor, pues está reducido á afirmar que las palabras que por arte maravilloso del incomparable invento reproduce el aparato emisor ó parlante ante el Juez, son en realidad las mismas que el testador pronunció ante el aparato receptor, que aquélla es su voz y que presenciaron el acto y vieron y oyeron todo lo que aquél hizo y dijo; pero ya su dicho no es lo que se ha de declarar testamento; ya la expresión de la voluntad del que testa no tiene que pasar por el tamiz defectuoso de entendimientos ajenos, ni corre el peligro de sufrir la inoculación de dañadas voluntades; ya, en fin, el testamento se conserva íntegro tal como lo concibió y expresó el testador y tal como quedó consignado en un fonograma, que es un verdadero documento que debe contener en sí mismo todos los elementos esenciales del acto que acredita. Por eso el que testa debe consignar con su propia

voz en ese precioso autófono el lugar, la fecha, el nombre y todas las demás circunstancias que dejo indicadas, puesto que la redacción del testamento ha de quedar en él perfeccionada, sin necesitar el auxilio de la futura interpretación de los testigos, como hasta aquí ha sucedido con los testamentos meramente verbales originando este imperfecto procedimiento los abusos, y peligros que han dado lugar á su supresión, deduciéndose de todo ello que

169. C.—*El testador debe hacer constar por sí mismo y con su propia voz en el fonograma testamentario sus nombres, apellidos, edad, estado, naturaleza, vecindad, profesión, número de hijos que tenga, con expresión de si proceden de uno ó más matrimonios, y cuantos demás datos puedan contribuir á su indudable filiación y á poner en claro sus circunstancias de familia.*

170. La identificación de la persona del testador tampoco ha sido considerada por la ley como ritualidad testamentaria hasta que se ha establecido de una manera expresa y terminante por el art. 685 del Código civil, pues según Escriche unos tenían como requisito indispensable para la estabilidad de los testamentos que el Escribano ó Notario diese fe de que conocía al testador, ó que dos de los testigos instrumentales depusiesen especialmente sobre este extremo, como se exige en los contratos, para evitar todo peligro de engaño, fundándose en la ley 54, tít. XVIII de la Partida 3.<sup>a</sup>; en la ley 2.<sup>a</sup>, tít. XXIII, libro X de la

Novísima Recopilación, y, por último, en el art. 23 de la ya moderna ley del Notariado; al paso que otros afirmaban lo contrario, ya porque dichas leyes no hablaban sino de los contratos, ya porque las relativas á las solemnidades de los testamentos no exigían tal requisito, ya, en fin, porque sería cosa durísima que un hombre que se hallase á punto de morir en paraje donde nadie le conociera, no pudiese declarar su voluntad ni descargar su conciencia. Esta dificultad ha venido á salvarla prudentemente el art. 686 del Código civil previniendo que cuando no pudiese identificarse la persona del testador en la forma que dispone el 685, se declarará esta circunstancia por el Notario ó por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y sus señas personales; añadiendo que si fuese impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador.

171. En el testamento fonográfico, el cumplimiento estricto de la formalidad de la identificación del otorgante tiene un doble interés, pues dependiendo casi esencialmente la declaración de autenticidad del acto de la comprobación y reconocimiento de la voz de la persona que testó, es de la mayor importancia que no existan dudas de ningún género acerca de su identidad, siendo por esto indispensable que dos por lo menos de los testigos instrumentales conozcan al testador, ó

se valgan del medio supletorio establecido por la ley de hacer constar la identidad por medio de la declaración de dos testigos de conocimiento, á quienes ellos á su vez conozcan y en la probidad de los cuales tengan absoluta confianza; siendo también admisible el caso de excepción á que se refiere el art. 686, pero sólo en circunstancias de notoria urgencia, graves y extraordinarias, como dice el ya citado art. 23 de la ley del Notariado.

172. **D.**—*No podrá omitirse, bajo ningún concepto, en los testamentos fonográficos la identificación indudable de la persona del testador, ya por medio del conocimiento directo de dos por lo menos de los testigos instrumentales, ya, cuando esto no fuese posible, por el testimonio de otros dos testigos de probidad y de la confianza de aquéllos, que aseguren conocer al testador y den noticia cierta de sus circunstancias. En casos graves, extraordinarios y de notoria urgencia, podrá prescindirse de esta formalidad, atemperándose á lo dispuesto en el art. 686 del Código civil.*

173. El antes citado art. 685 del repetido Código reviste también del carácter de solemnidad testamentaria á un requisito que, no obstante encerrar la mayor gravedad, sólo había alcanzado hasta ahora la consideración de un deber notarial, y es la de que tanto el Notario como los testigos se aseguren de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. Tratándose de testamentos hechos ante Notario, la apreciación de lo que es capacidad legal no puede

ofrecer dificultad alguna, pues son funcionarios que tienen obligación de saberlo; pero en testamentos como el fonográfico, hechos exclusivamente ante testigos, generalmente imperitos, este precepto debería reducirse á dos conceptos capitales, perceptibles por cualquiera persona, que no introduzcan confusiones acerca de cuál sea la extensión de esa capacidad legal; y estos dos únicos conceptos, de cuya certeza únicamente es de lo que podría exigirse noticia á los testigos, y hasta responsabilidad en caso de inexactitud, son los que se expresan en el art. 663 del mismo Código; esto es, los relativos á la edad y al estado de capacidad mental del que á su presencia otorga el testamento; por consiguiente.

174. E.—*Los testigos instrumentales en los testamentos fonográficos deberán asegurar además que, á su juicio, el testador era mayor de catorce años y se hallaba en su cabal razón al otorgar el testamento.*

175. Analizadas las formalidades testamentarias establecidas para determinar el lugar y fecha del otorgamiento y las circunstancias personales y legales del otorgante desde el punto de vista que pueden ser aplicables al testamento fonográfico, procede entrar en el examen de las que se relacionan con el número y condiciones de aptitud de los testigos, puntos ambos tan esenciales como los anteriormente examinados, pero respecto á los cuales poco tendré que decir; pues acerca del primero, por razón de su misma importancia,

expuse en los capítulos III, IV y V, con la conveniente extensión, y á mi entender con la suficiente claridad, las razones demostrativas de que el testamento fonográfico no debe consistir en otra cosa que en el restablecimiento de las formas verbales prescritas en la ley 1.<sup>a</sup>, tít. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación, reforzadas y garantidas con el poderoso auxilio del fonógrafo; y en cuanto al segundo, ó sea el de las condiciones de capacidad que han de reunir los testigos, es evidente que tienen que ser las mismas que las exigidas para toda clase de testamentos, sin que en ellas tenga que ser introducida la menor variación por causa de la nueva forma de testar, pudiéndose concretar las bases concernientes á estos dos importantes extremos á estos sencillos términos:

176. **F.**—*El testamento fonográfico podrá otorgarse sin intervención de Notario ante cinco testigos, si fuere lugar donde los hubiere, y si no pudieren ser habidos, deberán estar presentes tres por lo menos, igualmente vecinos del lugar, y aun también será válido si fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, si reúnen las otras cualidades que el Derecho requiere.*

177. **G.**—*Podrán ser testigos en esta clase de testamentos todas las personas que no estén comprendidas en ninguno de los casos de incapacidad ó incompatibilidad prescritos en los artículos 681 y 682 del Código civil.*

178. Al llegar aquí se presenta ya el caso de someter al juicio de las personas competentes la conve-

niencia de introducir una solemnidad enteramente nueva, dimanada exclusivamente de la naturaleza especial de esta moderna forma de testar, consistente en imponer á cada uno de los testigos instrumentales la obligación de expresar ante el fonógrafo, con su propia voz, sus nombres, apellidos, edad, estado, naturaleza, vecindad, profesión y demás circunstancias necesarias para su indudable filiación, y de manifestar además si están ó no comprendidos en algunos de los casos de incapacidad ó incompatibilidad determinados en los artículos 681 y 682 del Código civil, haciendo al propio tiempo por sí mismos la identificación del testador si fuere de ellos conocido, ó abonando á los testigos de conocimiento asegurando que son personas de honradez y de su entera confianza, y por último cumplirán con el requisito de manifestar si, á su juicio, el testador tiene la capacidad legal necesaria para realizar aquel acto, en los términos concretos que expuse en la proposición **E**. La exigencia de este requisito se funda, en primer término, en la necesidad de hacer constar en el mismo fonograma testamentario los nombres y circunstancias de los testigos por la razón ya indicada, al hablar de las del testador, de que el fonograma es un verdadero documento, que debe contener en sí los mismos datos y elementos que si fuese un documento escrito; y en segundo, en la probabilidad fundada de asegurar por este medio la presencia de esos mismos testigos, evitando informalidades, suplantaciones y

fraudes, ó, por lo menos, dificultando mucho su comisión, que es una de las más señaladas ventajas de la aplicación del fonógrafo á la testamentifacción, según procuré demostrarlo en el cap. IV.

179. No creo que con fundamento pueda por nadie objetarse que el cumplimiento de esta formalidad sea excesivamente embarazoso ni difícil con la lectura de las instrucciones impresas al dorso de las placas fonográficas, de que hice mención al ocuparme del requisito de la fecha, pues basta que uno solo de los testigos sepa leer para que pueda ser cumplida; lo que sí exige el mayor cuidado, es que esas instrucciones estén redactadas en forma concreta, sencillísima y categórica, como hechas para personas á las que no hay necesidad de darles una lección de Derecho, sino de marcarles paso á paso los actos que tienen que realizar; pero aun suponiendo que la introducción de esta ritualidad originase alguna complicación, sus ventajas son tan grandes y evidentes que, á mi modo de ver, compensarán con mucho exceso cualquier pequeño obstáculo que pudiera ofrecer la introducción de esta novedad. En su consecuencia,

180. **H.**— *Tan luego como el testador haya consignado ante el aparato el lugar y fecha del otorgamiento y sus nombres y circunstancias, cada uno de los testigos expresará también los suyos, manifestará si se halla ó no comprendido en alguno de los casos de incapacidad ó incompatibilidad de los artículos 681 y 682 del Código civil, y dará cumplimiento á*



*los requisitos de identificación de la persona del testador y justificación de su capacidad para testar, en los términos que en sus lugares oportunos han quedado suficientemente explicados.*

181. Determinados el lugar y fecha en que se otorga el testamento, consignados los nombres y circunstancias del otorgante y de los testigos, identificada la persona de aquél y asegurada la presencia de éstos, el testador deberá proceder sin interrupción á dictar por sí mismo la disposición testamentaria ante el aparato, sin que pueda ser lícito que ninguna otra persona lo verifique por él (1), por la razón repetidamente indicada de que en esta clase de testamentos la garantía esencial y característica consiste en el reconocimiento indudable de la voz, sin que esto se oponga á que el que testa pueda recibir ilustración verbal ó escrita de persona más competente, si él no tuviere la necesaria para verificarlo con acierto; pero en el caso de que testase leyendo ante el fonógrafo cualquier nota escrita que se le hubiese suministrado, deberá manifestar ca-

---

(1) Ya he indicado en el anterior capítulo, que en el testamento cerrado, hecho con el auxilio del fonógrafo, se puede sin peligro permitir que lo dicte en el aparato otra persona, porque la garantía en esa clase de testamentos consiste en que el que testa pueda cerciorarse por sí mismo y sin auxilio ajeno del contenido del fonograma testamentario, y el acto del otorgamiento es el de la presentación del pliego cerrado ante el Notario y testigos; pero en el testamento genuinamente fonográfico, de que ahora me ocupo, la cuestión presenta diverso aspecto.

tegoricamente que lo verifica en esa forma por la indicada causa, pero que aquélla es, sin embargo, su efectiva y espontánea voluntad y expresión exacta de su pensamiento. Para las personas que, aunque imperitas en Derecho, no sean absolutamente incultas, el mejor sistema sería que en las instrucciones escritas al dorso de las placas fonográficas, referentes á las solemnidades externas de los testamentos, se incluyesen también algunas muy concisas, pero claras y terminantes, relativas á los derechos y deberes de todo testador, sobre dación de tutela, institución de herederos legítimos, mejoras, legados y derechos del cónyuge sobreviviente, pues con toda la imperfección consiguiente á tan exiguo medio de ilustración, lo considero preferible á toda ingerencia extraña, como no sea la notarial.

182. Lo que no puede consentirse bajo ningún pretexto, es que nadie teste fonográficamente contestando á preguntas, sea quien fuere la persona que las dirija, y sea también cual fuere la manera como el testador las conteste y la situación en que éste se halle, pues la forma fonográfica podría favorecer infinitos abusos. El art. 972 del Código Napoleón prohíbe de una manera igualmente terminante testar por signos que testar contestando á interrogaciones; pero en España los intérpretes del Derecho no han mirado esta segunda cuestión con tanto rigor, pues Antonio Gómez opina que la voluntad del testador lo mismo se

conoce por el dicho propio y espontáneo que aceptando libremente la indicación ajena; lo único que no cree válido es que un testador puesto *in extremis* por la enfermedad, que no pueda articular palabra, conteste por señas ó movimientos de cabeza; y el moderno autor y autorizado maestro D. Benito Gutiérrez, en su erudita obra de *Estudios fundamentales del Derecho civil español*, llega hasta afirmar que todas éstas son meras cuestiones de hecho que se resumen en ésta sola pregunta: ¿estaba ó no el testador en el uso de sus facultades intelectuales? Pues una vez contestada afirmativamente esta pregunta por la ciencia y por la observación, en nada puede influir sobre la validez del acto el que la voluntad se haya manifestado de palabra ó por signos afirmativos.

183. Sin entrar á discutir estas opiniones, que, seguramente, podrán ser acertadas mirando la cuestión desde un punto de vista general, me interesa sólo hacer notar que el verdadero peligro en estas materias, más que en las coacciones burdas y en las indignas farsas de que suele haber algunos ejemplos, está en las hábiles sugerencias ejercidas sobre personas de débil voluntad ó escasa inteligencia por individuos de superiores condiciones de aptitud y de carácter, pues aquellos abusos saltan desde luego á la vista y se descubren por sí mismos, mientras que éstas rara vez dejan rastro perceptible. Por esto no hay inconveniente en considerar á los unos como cuestiones de

hecho, en las cuales la ley no necesita descender á detalles ni poner otra traba que la genérica de exigir la demostración de que el testador ha obrado con entera libertad y en su pleno y cabal juicio; pero tratándose de sugerencias de otro orden, no se debe olvidar que inducen la nulidad del acto, aunque el testador exprese su conformidad con la pregunta con su propia palabra, y aunque conste que se hallaba al hacerlo en su cabal juicio *etiam si loquatur et iudicium habeat*, por lo que la ley tiene que interponer su previsión restringiendo todos aquellos casos que más visiblemente pueden dar lugar á estos peligros.

184. Y si hay posibilidad de que esto ocurra en toda clase de testamentos, fácil es comprender que la forma fonográfica se presta más que otra alguna á abusos de esa naturaleza, por la confianza que puede despertar en sus autores la creencia de que al través del fonograma no llegarán á ser percibidos los indicios denunciadores de sus manejos, puesto que á su arbitrio habrá de quedar el recurso de no confiar al aparato más que la parte neta y correcta de la pregunta y la respuesta concisa y congruente que no den motivo ni á la sospecha ni á la duda; pero sobre ésta y otras consideraciones análogas, que al más lego se le alcanzan, está la razón capital de que la forma interrogativa es contraria á la virtud esencial del testamento fonográfico, consistente en buscar la expresión propia y personalísima del testador, que sólo puede ponerse de

manifiesto en largos períodos que den lugar suficiente para que se revelen su estilo y sus ideas y para apreciar bien sus frases y modismos característicos y el timbre y las inflexiones de su voz, mientras que en respuestas breves, derivadas de preguntas hechas por persona extraña, todo lo personal y auténtico desaparece y queda velado por la interposición de la sombra de una entidad desconocida. El testamento fonográfico puede decirse que no existe, puesto que se le despoja de todo su maravilloso efecto moral, y se ve por ello que no sólo es conveniente, sino indispensable la prohibición terminante de testar fonográficamente contestando á preguntas, por la necesidad de que el testador lo dicte todo entero con su propia voz y con la más ilimitada libertad de expresión, pudiendo resumirse en tres reglas precisas todo lo referente á este punto.

185. I.—*El testador, después de cumplidas las antedichas formalidades, deberá proceder sin interrupción á dictar por sí mismo y con su propia y ordinaria voz, ante el aparato fonográfico, sus disposiciones testamentarias, sin que, en ningún caso ni bajo ningún pretexto, pueda ser lícito que otra persona lo verifique por él.*

186. J.—*Esto no se opone á que pueda recibir ilustración verbal ó escrita de persona más competente si él no tuviere la necesaria para ordenar con acierto el testamento; pero en el caso de que testase leyendo ante el fonógrafo cualquier nota escrita que le hubiese suministrado persona de su confianza, deberá manifestar categóricamente que lo verifica en esa forma*

*y que el contenido de la nota que lee es su propia y espontánea voluntad y exacta expresión de su pensamiento.*

187. **K.**—*En ningún caso podrá reputarse válido el testamento fonográfico que se hubiese hecho contestando á preguntas, sea quien fuere la persona que las haya dirigido, y sean también cuales fueren los términos en que el testador las conteste y las circunstancias en que se hallare.*

188. Quedan todavía por examinar cuatro requisitos testamentarios de los que, no obstante su notoria importancia, he de ocuparme en conjunto, porque entiendo que para los efectos de su cumplimiento conviene relacionar su estudio, puesto que conjuntamente creo que deben quedar acreditados en el mismo testamento para mayor sencillez, y éstos son la presencia de los testigos, la unidad de acto, la lectura ó, más propiamente hablando, la repetición del fonograma testamentario y la mención expresa de haberse cumplido las formalidades de la ley. Los dos primeros son tan esenciales en todo testamento, cualquiera que sea la forma de su celebración, que al ser aplicados al fonográfico no necesitan adición, restricción ni modificación, bastando sólo recordar, en cuanto al referente á la presencia de los testigos, que es de todo punto indispensable que éstos no sólo estén presentes *á lo ver otorgar*, como dice la ley, sino que oigan y vean al testador, aunque esto parezca una redundancia; que entiendan claramente lo que dice, pues según la glosa de Matienzo, *non sufficit testes omnes esse praesentes*,

*nisi praeterea omnia quae ibi facta fuerint plene intellexerint*; y, por último, que estén presentes todos á un tiempo, no bastando que unos oigan una parte del testamento y otros otra, sin que deba serles reservada cosa alguna en los nuncupativos, á la cual clase pertenece el fonográfico, pues cualquier cláusula puesta sin su intervención ni conocimiento carecería de toda eficacia, según lo tiene declarado el Tribunal Supremo. En el testamento fonográfico, el rigor necesita ser todavía más extremado en esta materia, por lo que deberá exigirse de un modo terminante que todos los testigos vean por sí mismos que el testador con su propia voz es el que dicta el testamento ante el aparato, que afirmen que aquélla es su voz, que se han enterado perfectamente del contenido de toda la disposición testamentaria, y que todo se ha hecho sin interrupción y en un solo acto, en la forma que previene el art. 699 del Código civil, debiendo cada uno de los testigos hacer estas afirmaciones en el mismo cilindro ó placa que contenga las manifestaciones del testador, sin más interrupción que la indispensable para que cada uno de ellos vaya colocándose delante del receptor del fonógrafo para cumplir este esencial requisito, á fin de que no pueda cãber duda de que aquél es el fonograma testamentario auténtico.

189. En cuanto á los dos últimos requisitos de los cuatro á que me vengo refiriendo, ó sean el de la lectura ó repetición del fonograma testamentario y la

mención de haberse observado las formalidades de la ley, podrá decirse que su verdadera importancia la tienen sólo en los testamentos hechos ante Notario ó personas que, por circunstancias extraordinarias, vengán á hacer sus veces, tales como los Comisarios de guerra, Contadores de navío, Capitanes de buques mercantes y Agentes diplomáticos ó Consulares (1); es decir, en los testamentos solemnes, únicos en realidad hoy vigentes en España, y que se han tenido tales solemnidades por inaplicables á los testamentos hechos de palabra ante testigos sin intervención notarial. El de la lectura, desde luego se comprende que, en efecto, no podía tener aplicación á los antiguos testamentos verbales, puesto que nada había en ellos que leer al que de palabra exponía lisa y llanamente ante testigos su última voluntad, siendo también evidente que tampoco tiene objeto en los modernos testamentos ológrafos (si definitivamente llegan á adquirir el inmerecido privilegio de la nacionalidad española), pues hechos á solas y escritos de puño y letra del mismo testador, no puede haber duda de que tiene conocimiento perfecto de su contenido. Respecto á la mención del cumplimiento de las formalidades de la ley, novedad introducida por el artículo 699 del Código, siempre se ha considerado que cuando esta clase de menciones emanan del testador no tienen ningún valor ni prueban por sí solas que los

---

(1) Artículos 717, 722 y 734 del Código civil.

preceptos de la ley se hayan cumplido, y por eso dice Mr. Troplong que deben proceder siempre del Notario, aun cuando por fórmula de redacción las ponga en boca del otorgante, siendo lo esencial que en todo caso resulte que tales declaraciones no son extrañas á dicho funcionario, teniendo consagrado la Corte Suprema de Francia ó Tribunal de casación el principio de jurisprudencia de que la cuestión de saber si en un testamento se encuentra ó no hecha en debida forma la mención expresa de haberse observado una solemnidad cualquiera, no es una pura cuestión de hecho, sino una verdadera cuestión de derecho que puede, por lo tanto, ser objeto de un recurso de casación; por lo que es de igual modo indudable que este requisito, por su carácter eminentemente notarial, no es tampoco aplicable á los testamentos verbales, en los que, no pudiendo ser cumplido más que por el testador ó por los testigos, vendría á resultar de la más absoluta ineficacia legal por su falta de autoridad para hacer estas menciones.

190. Pero, esto no obstante, ¿se puede afirmar con igual seguridad que las dos expresadas formalidades son inaplicables también á los testamentos fonográficos por su carácter de verbales y por hacerse sin la garantía de la fe notarial? En cuanto al segundo de los dos requisitos, entiendo que, sin temor alguno de equivocarse, se puede contestar desde luego afirmativamente la pregunta, en primer lugar porque, según acabo de indicar, ni el testador ni los testigos, que son

las únicas personas que podrían hacer la mención de que se habían cumplido todas las formalidades de la ley, tienen autoridad ni competencia para hacer esa mención, y en segundo, porque esta clase de testamentos, en los que paso á paso se va inscribiendo automáticamente en el aparato cuanto dicen (y hasta sin gran exageración puede añadirse cuanto hacen) en el acto del otorgamiento el testador y los testigos, la mejor garantía del cumplimiento de las solemnidades de la ley es que, ateniéndose unos y otros al orden y reglas que van expuestos en este capítulo y, en su día, á los preceptos de aquélla, cuiden de que aparezcan en el fonograma testamentario, que es una imagen viva del acto, fielmente cumplidas esas solemnidades, pues de nada serviría la afirmación de su cumplimiento si dicha imagen delataba el olvido ó la tergiversación de cualquiera de ellas; mas por lo que se refiere al primero de dichos dos requisitos, hay necesidad de reflexionar algún tanto sobre su verdadero objeto, en relación con la especialidad de esta nueva forma de testar, antes de dar la oportuna contestación.

191. Ya he tenido necesidad de reconocer más de una vez que el testamento fonográfico no puede alcanzar en el terreno legal otra categoría que la de un acto verbal que sólo con la posterior intervención de la Autoridad judicial llega á adquirir el carácter solemne de escritura pública; pero al propio tiempo creo haber hecho patente que no es un acto verbal de los que des-

aparecen con la última vibración de la palabra, sin dejar otra huella de su existencia que el recuerdo más ó menos fiel de las personas que lo presencian, sino que, por el contrario, queda íntegramente recogido y perpetuado por un procedimiento mucho más fácil y más perfecto que cuantos sistemas de escritura han inventado los hombres, puesto que es la palabra viva reproducida tal y como salió de los mismos labios del que testó, y de esto precisamente se deriva la necesidad de que tanto el que otorga el testamento como los testigos que lo presencian y autorizan adquieran la certeza de que esa reproducción es enteramente fiel y que no ha sufrido alteración ni mixtificación de ningún género ni casual ni intencional, siendo no menos necesario que se haga constar esa conformidad en el mismo documento fonográfico, á semejanza de lo que por razones idénticas se practica en los documentos escritos, sin que nada tengan que ver con este acto tan natural de cercioración ni la fe notarial ni el formularismo de los documentos públicos y solemnes; y como la única manera de adquirir la certeza de la exactitud de un fonograma es su reproducción por medio del aparato emisor ó parlante de los fonógrafos, es obvio que el requisito ó formalidad de la lectura tiene que ser sustituido por el de la repetición del fonograma testamentario ante el testador y los testigos, que seguidamente harán constar su conformidad ó expresarán las rectificaciones que deban hacerse, volviendo á susti-

tuir para ello el aparato emisor por el receptor para que en el mismo cilindro ó placa fonográficos aparezcan dicha conformidad ó las rectificaciones en su caso, supliéndose por este medio con ventaja los importantes requisitos de la lectura y la firma ó autorización de los documentos escritos.

192. De cuando queda expuesto se deduce que de las cuatro expresadas solemnidades, sólo tres pueden tener aplicación oportuna á los testamentos fonográficos en los siguientes ó parecidos términos:

193. **L.**—*Los testigos de los expresados testamentos deberán estar todos á un tiempo presentes durante el otorgamiento (1), y ver y oír por sí mismos que el testador con su propia y ordinaria voz dicta el fonograma testamentario, y quedar perfectamente enterados de su contenido, sin que pueda serles reservada cosa alguna, bajo pena de nulidad de la cláusula que sin su conocimiento se dictare.*

194. **LL.**—*Tan luego como el testador haya dictado su disposición testamentaria, se reproducirá por medio del aparato emisor del fonógrafo á fin de que el otorgante, á presencia de los testigos, manifieste terminantemente si la encuentra exacta ó rectifique cualquier concepto equivocado ú obscuro, consignándolo así el mismo otorgante en el fonograma testamentario.*

195. **M.**—*Todas las formalidades del testamento fonográfico se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna in-*

---

(1) Llamo otorgamiento á esta parte del acto, por no tratarse de una escritura pública.

*interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero, al tenor de lo que dispone el art. 699 del Código civil para el otorgamiento de los testamentos abiertos.*

196. N.—*Á continuación precisamente de la última palabra del testador, cada uno de los testigos hará las manifestaciones siguientes: primera, que todos á un mismo tiempo han visto y oído dictar á aquél el anterior testamento ante el fonógrafo; segunda, que aquélla es su propia voz; tercera, que se han enterado perfectamente del contenido del testamento, sin que les haya sido reservada cosa alguna; y cuarta, que todo se ha verificado sin interrupción y en un sólo acto, en los términos que exige el artículo 699 del Código civil.*

197. Como, según manifesté en el cap. II, cada cilindro fonográfico sólo puede registrar un millar de palabras próximamente, tiene que ser frecuente el caso de que el testamento con todos sus requisitos y solemnidades necesite dos ó más para su formalización, y para salvar esta dificultad considero de perfecta aplicación las observaciones que Mr. Troplong hace con relación á los testamentos ológrafos escritos en dos ó más hojas separadas. Ha de existir entre éstas ante todo, á juicio de tan distinguido escritor, una trabazón que no deje lugar á duda de que la una es continuación de la otra y de que forman un solo y mismo todo, por más que en la ley no sea fácil especificar el modo y forma de constituir esta unidad, habiendo de quedar siempre á la prudente apreciación de los Tribunales como Jueces de hecho; pero la identidad de

papel, la semejanza de los caracteres, la igualdad de la tinta, la conformidad de las disposiciones posteriores con las anteriores y, sobre todo, la doble fecha idéntica colocada al principio de la primera hoja y al fin de la última son, según el citado Mr. Troplong, indicios suficientes de la unidad de acto. En el testamento fonográfico, la identidad de la voz es una prueba muy superior á los indicios del papel, la letra y la tinta, que tendrá que ser apreciada por los Tribunales como cuestión de hecho, lo mismo que la trabazón del contenido y la conformidad de las disposiciones posteriores con las anteriores; pero existe en estos nuevos testamentos una diferencia importante á la que hay que atender, y sobre la cual conviene que la ley establezca alguna prevención, y es la de que en el testamento ológrafo no interviene más que una sola persona, mientras que en los fonográficos los testigos toman parte directa é importantísima en su otorgamiento, y es necesario evitar que esa intervención de los testigos llegue á aparecer en ningún caso desligada de la disposición testamentaria en términos que pueda ser aplicada á otro acto distinto anterior ó posterior del mismo testador, ó quizá de otra persona. Así, pues, si puede permitirse que las palabras del que otorga el testamento se inscriban en dos ó más cilindros ó láminas fonográficas cuando la necesidad lo exija, no se debe consentir, bajo ningún pretexto, que las manifestaciones solemnes que tienen que hacer los testigos al empezar y con-

cluir el testamento para acreditar su presencia, definir su personalidad y asegurar que han oído y entendido la disposición testamentaria, se registren en fonograma ó lámina separados, sino que es de todo punto indispensable que vayan sus palabras á continuación de las que pronuncie el que testa en un mismo cilindro, en términos que no quepa duda de que sus afirmaciones se refieren al propio testamento á que van ligadas, no olvidándose tampoco en estos casos de la doble é idéntica fecha al principiar y al finalizar el acto, pudiéndose establecer para salvar esta dificultad la siguiente regla:

198. O.—*Cuando el testamento por su mucha extensión no pueda ser inscrito en un solo cilindro ó placa fonográfica, podrán emplearse dos ó más, debiendo en este caso repetirse al final la misma fecha con que se encabece al principio; pero sin que de modo alguno pueda consentirse que las manifestaciones que los testigos tienen que hacer, con arreglo á las bases ó reglas **H** y **N**, se registren en cilindros ó placas separados, sino que necesariamente han de ir ligadas siempre en alguno que contenga el suficiente número de palabras del cuerpo del testamento, para que pueda adquirirse la certeza de que á éste y no á otro es al que se refieren.*

199. De todas estas máximas y mínimas partes pudieran componerse estos testamentos de nueva especie; y aunque todavía queda alguna materia que apurar en este inagotable pozo jurídico de requisitos, circunstancias y caracteres de forma, hago gracia de lo

que falte al benemérito lector que hasta aquí haya llegado, porque creo que lo esencial está dicho, y aun tal vez más de lo esencial, y porque tengo todavía que economizar los escasos restos de su paciencia para decir algo acerca del modo de elevar á escritura pública estos actos de última voluntad, anticiparme á exponer algunas dudas que podrán presentarse en la práctica, salir al paso de alguna objeción y atar algún cabo suelto. Doy por terminado, en vista de estas consideraciones, este ya larguísimo capítulo, y al curioso que todavía desee enterarse de lo que falta, le remito al que vendrá detrás, que, cuando menos, tendrá el mérito inapreciable de ser el último.







## CAPÍTULO VIII

### DEL MODO DE ELEVAR Á ESCRITURA PÚBLICA LOS TESTAMENTOS FONOGRAFICOS



LA elevación á escritura pública de los testamentos fonográficos tiene que ser un acto de jurisdicción voluntaria, muy semejante al establecido con igual objeto por la ley de Enjuiciamiento civil, en el tít. II de la primera parte del libro III, para los testamentos hechos de palabra. Deberá, por consiguiente, ser promovido á instancia de parte legítima; los testigos tendrán que ser examinados en la forma que determina el art. 1949, sin olvidar las precauciones que indiqué en el cap. V al hablar de los medios sugestivos ideados por los hombres para conseguir, en cuanto les ha sido posible, la fidelidad del testimonio; el Escribano actuario que refrende las diligencias deberá dar fe de conocer á los testigos ó exigirá la presentación de

otros dos de conocimiento; el Juez hará la declaración de testamento, siempre que aparezcan justificados los extremos que previene el art. 1953, y mandará protocolizar el expediente; y se cumplirán, por último, todas las demás prevenciones de la ley, si bien con algunas modificaciones y adiciones del mayor interés, derivadas de la naturaleza de estos nuevos testamentos, que han de ser la materia de esta última parte de mi trabajo.

201. La primera dificultad que se encontraba al incoar las diligencias para elevar á escritura pública los testamentos hechos de palabra, era la de saber si se debía ó no se debía tener por parte legítima á la persona que promovía el expediente, pues no pudiendo resultar esta circunstancia más que del mismo testamento, sólo llegaba á conocerse después de haber declarado los testigos, á no ser en los casos, menos frecuentes, de que existiese alguna nota ó cédula en que estuviese consignada la voluntad del testador; y como el Juez tenía por necesidad que atenerse para dictar su primera providencia á lo que se expusiese en el escrito presentado por el solicitante respecto á los fundamentos de su personalidad, ha ocurrido no pocas veces que, no habiendo resultado de las declaraciones de aquéllos que tuviesen en realidad interés alguno en el testamento ni la más remota representación que ostentar, los Jueces se han visto obligados á sobreseer en las actuaciones, sin perjuicio de continuarlas cuan-

do fuesen de nuevo instadas por persona con derecho para ello.

202. En la forma fonográfica no puede sobrevenir este contratiempo, porque el testamento lo constituye el fonograma dictado por el mismo testador, no las declaraciones de los testigos, que son meramente corroborativas, no constitutivas del testamento, como sucedía en los simplemente verbales, según el último párrafo del art. 1953 de la ley de Enjuiciamiento civil, y, por consiguiente, todas sus disposiciones pueden ser previamente conocidas por el Juez que haya de proveer al escrito en que se solicite que se eleven á la categoría de escritura pública, y tiene, por lo tanto, los datos necesarios para formar juicio desde luego de si el solicitante debe ser admitido como parte legítima. Por esta razón el pedimento tendrá que ir acompañado de una copia escrita del fonograma testamentario, determinándose al propio tiempo el aparato oficial ó particular que se haya utilizado para testar, ó por lo menos el sistema á que pertenezca, á fin de poder emplear otro idéntico en el acto solemne de la elevación á escritura pública de la disposición testamentaria. Para cumplir con esta formalidad se le pueden presentar tres dificultades á la persona que pretenda la protocolización del testamento, y son: que no tenga á su disposición el expresado fonograma; que aun teniéndolo, desconozca el aparato en que se registró, y, por último, que aun conociendo también esta circunstancia,

le sea imposible sacar la copia referida, por no tener fonógrafo disponible con que verificarlo. En el primer caso le bastará indicar en el escrito la persona en poder de quien se halle el fonograma y la razón por que no puede disponer del mismo; en el segundo, el Juez de primera instancia mandará que por peritos mecánicos se reconozca el cilindro ó lámina fonográfica para que determinen la clase de aparato en que pueda ser reproducida, y en el tercero, atendidos los motivos que el solicitante alegue para acreditar que no le ha sido posible sacar la copia, el Juez mandará sacarla de oficio.

203. Presentado el escrito referido y designado el aparato en que deba hacerse la reproducción del acto testamentario, el Juez dictará una providencia semejante á la que se refiere el art. 1946 de la ley de Enjuiciamiento civil, mandando comparecer á los testigos y al Notario en su caso, como dice el mismo artículo, con los apercebimientos que en él se establecen y con señalamiento de día y hora, y habría que añadir de lugar para aquellos casos en que, no siendo posible trasladar el aparato fonográfico al Juzgado, hubiese necesidad de practicar la diligencia en el local donde el fonógrafo se encontrase. Pero aquí hay que tener presente una circunstancia importante, y es la de que los testigos instrumentales pueden muy bien reunir todas las condiciones que la ley exige y, sin embargo, no conocer ninguno de ellos al testador, ó no haber oído

nunca su voz por no haber tenido trato con él, y en estos casos, ó cuando dos de ellos por lo menos no tuviesen ese conocimiento, deberán ser citadas además otras dos personas que gocen de buena fama, de probidad y honradez que, por haber tenido relaciones frecuentes de amistad ó de negocios con el testador en épocas anteriores, puedan reconocer su voz de una manera fácil y segura, en términos de que no quede duda de que el fonograma testamentario ha sido dictado por la misma persona á quien se atribuye el acto de última voluntad, pues aunque los testigos instrumentales tienen también que ser interrogados, aun en el caso de que no conozcan al testador, acerca de si la voz del fonograma es realmente la misma de la persona á quien se la oyeron dictar ante el aparato, su testimonio se refiere sólo á una relación accidental de identidad, al paso que las declaraciones de los testigos, instrumentales ó no, que de antiguo conociesen al que testó, establecen una relación de identidad más fundamental y segura, que viene á ser como el complemento de la identificación de la persona del testador, precisamente en la parte más interesante tratándose de documentos fonográficos, que es la identificación de su voz, siendo éste un medio de prueba muy superior al juicio de peritos por las razones que por extenso alegué al explicar las diferencias y semejanzas que existen entre este reconocimiento de la voz de los documentos fonográficos y el cotejo de letras en los documentos escritos.

204. Cuando por cualquier causa dejaren de comparecer alguno ó algunos de los testigos, se estará á lo prevenido para estos casos por el art. 1947 de la repetida ley, suspendiéndose el acto y haciéndose nuevo señalamiento y nuevas citaciones con imposición de la multa que en dicho artículo se establece para el testigo que, sin justa causa, dejase de comparecer, no siendo de tan fácil aplicación al testamento fonográfico lo que dispone el 1948 para el caso de enfermedad ó impedimento del testigo, porque no siempre será posible disponer de un aparato para llevarlo á casa del testigo enfermo ó impedido; pero si no hubiese en ello grave inconveniente y la enfermedad ó impedimento fuesen de tal importancia que pusiesen en peligro la vida del enfermo ó dilatasen por largo tiempo la posibilidad de elevar á escritura pública el testamento, el Juez deberá acordar desde luego que se proceda en la forma establecida en el segundo de los dos mencionados artículos.

205. Reunidos los testigos y, si hubiere lugar á ello, el Notario que hubiese presenciado el acto en el local en donde esté preparado el fonógrafo que haya de servir para verificar la reproducción, el Juez examinará separadamente á cada uno de ellos, de modo que ninguno tenga conocimiento de lo que haya declarado el anterior, no obstante que, como ya he indicado, la esencial diferencia y principal ventaja de la forma fonográfica sobre la meramente verbal consiste

en que el testamento no lo constituye el dicho más ó menos unánime de los testigos, sino las palabras mismas del testador recogidas de sus labios y perpetuadas por un aparato fidelísimo é incorruptible, quedando en realidad reducido el papel de los testigos á garantizar la autenticidad del fonograma; pero aun para esto es conveniente conservar el vigor de todas las formalidades de la ley, sin olvidar la muy importante de que el Escribano actuario dé fe de conocer á los testigos, y si no pudiere hacerlo, se exigirá la presentación de dos testigos de conocimiento, como lo previene el art. 1949 de la ley, usando iguales precauciones con los testigos que vengan á declarar solamente acerca de la identidad de la voz del testador cuando los instrumentales no pudieren verificarlo por sí mismos.

206. Reducida la virtud del testimonio de éstos, casi exclusivamente, á comprobar la exactitud y autenticidad del fonograma testamentario, las declaraciones de los testigos del testamento deben concretarse, para mayor precisión y claridad y para evitar contradicciones y dudas, á los siguientes puntos, sobre cada uno de los cuales tendrán que dar una contestación breve y categórica. Primero, si vieron y oyeron por sí mismos dictar al testador el testamento ante el aparato; segundo, si estuvieron *todos* los testigos presentes durante *todo* el otorgamiento, y quiénes fueron dichos testigos; tercero, si se enteraron bien de la disposición testamentaria, expresando sucintamente

quién ó quiénes fueron las personas instituidas por herederos ó qué destino dió el testador á sus bienes, si hizo ó no algunos legados y qué dispuso respecto á la tutela de sus hijos menores, si los tuviese; y cuarto, si todo pasó en un solo acto. Hechas estas preguntas previas, se hará ante cada testigo la reproducción del fonograma testamentario y se les exigirá que manifiesten si es aquel mismo que oyeron dictar al testador, si aquélla es la misma voz del otorgante, y si reconocen como suyas y se afirman y ratifican en las manifestaciones que hicieron en el acto del otorgamiento, con arreglo á las bases **H** y **N** que dejé explicadas en el anterior capítulo, cuidando el Juez en este acto de comprobar y apreciar por sí mismo si la voz de cada uno de los testigos conviene de un modo indudable con la voz fonografiada de las antedichas manifestaciones, pidiendo en caso de duda las explicaciones que crea indispensables al propio testigo interesado y apelando á cuantos medios conceptúe necesarios para alejar toda sospecha de suplantación ó engaño.

207. Examinados los testigos instrumentales en la forma que queda expresada, se procederá al reconocimiento de la voz del testador por medio de los otros dos testigos de su amistad y trato de que antes hice referencia, en el caso de que aquéllos no hubieren podido cumplir esta formalidad por no haber tenido relaciones anteriores de amistad con el difunto; y si, por ser persona desconocida en la localidad, no se pudiese

llenar ese requisito ni aun en esa forma supletoria, todavía tendrán derecho los interesados en el testamento á presentar algún fonograma indubitado del testador para que el Juez por sí mismo pueda hacer la comparación de la voz, debiéndose entender para estos efectos por fonogramas indubitados exclusivamente los que el otorgante hubiese dictado ante Notario ó los que, hechos privadamente, los hubiese reconocido después por cualquier causa en forma solemne ante la Autoridad judicial. Y, finalmente, como pudiera suceder (y más especialmente ahora mientras el invento no llegue á estar generalizado) que ni aun fonograma indubitado pudiera hallarse, esto no será obstáculo para que pueda hacerse la declaración de testamento por el Juez; pero éste deberá cuidar en estos casos en que falte todo medio de comprobación, de obligar á los testigos instrumentales á que se cercioren y recuerden con exactitud si la voz reproducida por el fonógrafo es la misma de la persona que testó á su presencia, y en ningún caso ni por ningún pretexto deberán los Jueces prescindir de emplear cualquiera de dichos medios de comprobación si hubiese posibilidad de practicarlos, ni emplearlos á su arbitrio alterando el orden de preferencia en que van expuestos.

208. Quizá parezcan excesivamente nimios y prolijos todos estos detalles; pero una larga experiencia me ha hecho ver los peligros que la materia encierra, y parece prudente que al proponer una forma y un

procedimiento nuevos se extremen algún tanto los rigores de precaución con formalidades fáciles de cumplir y que no pueden ofrecer entorpecimiento serio, que tiempo habrá de suavizar esta severidad cuando la práctica del nuevo sistema, el perfeccionamiento de los aparatos y el estudio de las dificultades halladas y de los resultados obtenidos pongan de manifiesto lo ocioso y reclamen lo que se haya omitido, que es el modo positivo y seguro de no incurrir en abominables *apriorismos*. Cumpliendo, pues, con algún cuidado todas las indicadas formalidades, apreciando con sana crítica las declaraciones de los testigos, las circunstancias en que se otorgó el testamento, quién, cómo, cuándo y por qué se solicita su elevación á escritura pública, y sobre todo cerciorándose por cuantos medios haya disponibles de la identidad de la voz del testador, el Juez puede con gran tranquilidad de conciencia y hasta con cuanta seguridad de acierto cabe en negocios humanos, *declarar testamento el fonograma reconocido por los testigos y mandarlo protocolizar en el registro que corresponda*, teniendo la más perfecta aplicación á esta clase de testamentos lo que dispone el art. 1954 de la ley de Enjuiciamiento civil en su párrafo segundo para el caso en que la última voluntad se hubiese consignado en cédula presentada ó escrita en el acto del otorgamiento, pues siempre que de las declaraciones de los testigos resulte que están conformes en que el fonograma es el mismo que dictó el testador ante el

aparato, deberá tenerse como tal testamento aun cuando alguno de los testigos, en el examen ó interrogatorio que, según he dicho, ha de preceder á la reproducción que ante él se haga del fonograma, omita ó tergiverse algún concepto no substancial ó que, aun siéndolo, el Juez comprenda que la omisión ó confusión son producidas por olvido ó atolondramiento y no por desconocimiento ó falsedad del acto cuya realidad se trate de comprobar.

209. Otras dificultades más graves habrán de presentarse á los Jueces para hacer esta clase de declaraciones, dimanando su gravedad de que traen su origen del acto fundamental del otorgamiento y no son, por lo tanto, susceptibles de subsanación posterior, por lo que constituyen verdaderos conflictos, para la solución de los cuales necesitan los Jueces gran práctica y el más exquisito tacto á fin de poder apreciar con acierto cuáles deben ser consideradas como un obstáculo infranqueable para hacer la declaración de testamento y cuáles no revisten suficiente importancia para impedir esa declaración, puesto que una negativa infundada encierra suma gravedad y puede ser causa de irreparables perjuicios. A poco que se medite sobre esta cuestión se comprende que el número de las dificultades de esta índole ha de ser incalculable y su variedad extraordinaria y tan frecuente como los olvidos, torpezas, negligencias, malicias y hasta caprichos y extravagancias de los hombres, y que, por lo tanto,

nadie puede tener la pretensión, no ya de preverlas todas, pero ni siquiera de clasificarlas y agruparlas, para poder deducir de esa clasificación reglas más ó menos apropiadas para su remedio. Es labor ésta propia y exclusiva de la jurisprudencia, y el intento de dar *à priori* soluciones de esta índole para casos hipotéticos de una institución jurídica que está en verdadero estado de incubación, sería el mayor de los atrevimientos; pero considero conveniente presentar algunos ejemplos, no imaginados á capricho, sino escogidos entre hechos ya conocidos y estudiados en las instituciones vigentes, que guardan visible analogía con los que, sin ser profeta, se puede asegurar desde luego que habrán de presentarse en estos novísimos testamentos si llegan á formar parte de la legislación de cualquier pueblo; siendo mi exclusivo objeto al citar estos casos posibles de conflicto, fijar su carácter distintivo y esencial, *que es la anormalidad*; patentizar, sin más que exponerlos, que no son fruto de la novedad de esta moderna forma de testar, y hacer ver, por último, que estas irregularidades no pueden ni deben ser objeto de las previsiones de la ley, si no se quiere hacer perder á ésta su carácter general y sintético, sembrar el germen de la contradicción en sus mismas entrañas y hacer que nazcan la vaguedad, la confusión y el desconcierto en sus preceptos.

210. La primera y la más grave dificultad que se le puede presentar á un Juez al practicar las diligencias

necesarias para elevar á escritura pública un testamento fonográfico, es la de encontrar diferencias en la voz que, sin ser suficientes á evidenciar que no es la del testador, susciten, sin embargo, dudas fundadas acerca de su autenticidad, para la resolución de las cuales no hay posibilidad de establecer reglas de apreciación ni de criterio, quedando exclusivamente sujetas á la experiencia y al buen juicio del que juzga. Estas dudas pueden ser producidas por alteraciones accidentales de la voz de la persona que dictó el fonograma, á consecuencia de afonismo ó ronquera; por debilidad ó insuficiencia de esa misma voz para producir en el diafragma del aparato vibraciones suficientemente enérgicas para obtener un registro claro y perceptible de las palabras que se dicten, circunstancia que lo mismo puede depender del estado de posturación del testador que de su inexperiencia ó timidez para hablar ante el fonógrafo; por imperfecciones de este aparato, dependientes unas veces de sus malas condiciones de construcción, y otras de hallarse deteriorado ó mal dispuesto; por alteraciones en las láminas fonográficas ó clichés (y pido perdón por el galicismo), las cuales pueden depender de causas accidentales, como el calor, la humedad ó rozamientos imprevistos que modifiquen las huellas del estilo, ó de actos maliciosos ejecutados por personas interesadas en desvirtuar el testamento, haciendo despertar recelos sobre su autenticidad; y, por último, aunque lo con-

sidero sumamente difícil, porque ya he dicho en otro lugar que para la imitación de la voz ajena no son suficientes la astucia y el ingenio, y porque sería necesaria una confabulación completa y muy bien urdida con todos los testigos, tampoco se puede desechar en absoluto la posibilidad de una farsa ó mixtificación, como ahora se dice (y de nuevo pido la venia), suplantando la voz del individuo á quien se quiera atribuir el testamento con la de cualquier hábil juglar que más ó menos toscamente se hubiese prestado á imitarla. Aun sin existir ninguna de estas causas, también puede surgir la duda de la falta de claridad ó de firmeza en las declaraciones de los testigos llamados para hacer el reconocimiento de la voz de la persona que testó, teniendo todo esto que producir, por necesidad, en el ánimo del Juez un estado de perplejidad de difícilísima resolución.

211. Pero las duras leyes de este oficio no consienten jamás al que juzga pararse en el camino, y cualesquiera que sean los elementos de que disponga para formar juicio, y siempre en término angustioso y perentorio, tiene necesidad de resolver éstas, y aun otras más obscuras cuestiones, en uno ú otro sentido, y ¡ay de él si yerra!, que no parece sino que con su modesta toga ha sido también investido del sobrehumano don de la infalibilidad. Para estos trances amargos es para los que se ha procurado siempre buscar soluciones más ó menos adecuadas por los verdaderos amantes de la

justicia y del estudio; pero esto es bastante más difícil que la hoy popularísima tarea de censurar *à posteriori* los actos ajenos y atronar el mundo con la hueca bocina de la censura indocta y del escándalo, no ya los que de la ignorancia y del escándalo viven, sino todo aquel que en un momento cualquiera de esta desapiadada lucha por la vida aspira á formarse una reputación al minuto, ó se siente necesitado de un soplo de eso que, empleando uno de los más hábiles é insinuantes eufemismos de la época, se llama aura popular, para vivificar lo que buenamente se pueda un prestigio asendereado y maltrecho á costa de la honra ajena. Mas la digresión, generalmente inútil hasta cuando es sabrosa y oportuna, me aparta de la investigación, siempre provechosa, aun intentada por quien tan poco puede ahondar en ella; y dejando, por tanto, el mal camino, indicaré los medios que á mi juicio convendrá emplear en tales casos para dictar resolución con el posible acierto.

212. El primer recurso á que se deberá apelar cuando ofrezca dudas la identidad de la voz, ó cuando los testigos que han de hacer esta identificación no lo verifiquen en términos suficientemente explícitos y categóricos, es ampliar los medios de prueba, bien oyendo á nuevos testigos de la intimidad del testador que puedan percibir y apreciar mejor las semejanzas y diferencias de la voz, y resolver tal vez con facilidad lo que para el Juez y los testigos en primer término exa-



minados se presentó obscuro y dudoso, ó bien trayendo, si los hubiere, fonogramas indubitados del difunto, prefiriendo, como es natural, los de época más próxima á la fecha del otorgamiento. Pero puede suceder que no haya nuevos testigos á que recurrir, ni mucho menos fonogramas indubitados que cotejar, y que aun pudiéndose ampliar la prueba por uno y otro medio, quede la duda todavía en pie, por vacilar también los nuevos testigos y por advertirse diferencias de mayor ó menor importancia entre el fonograma testamentario y los indubitados traídos para hacer el cotejo, y en este caso el Juez tendrá que recurrir necesariamente á medios indirectos de comprobación, tales como averiguar si el testador en la época en que testó padecía afonismo ó ronquera ó cualquiera otra alteración en la voz, si el aparato en que otorgó el testamento se hallaba ó no en buenas condiciones, si las láminas fonográficas han sufrido algún deterioro, si ha habido personas interesadas en alterarlas y, por último, si existen sospechas de suplantación ó imitación de la voz; y si consigue acreditar cualquiera de estas circunstancias, es casi seguro que tendrá elementos bastantes para dictar con la conveniente seguridad el auto declarando testamento el fonograma, ó denegando esta declaración.

213. Mas la verdadera dificultad no está aquí, pues todas éstas son cuestiones de hecho que, con una ampliación de prueba directa ó indirecta, pueden ser re-

suestras según acabo de manifestar; el verdadero conflicto se presenta cuando, apurados todos estos medios, la duda subsiste, y subsiste en esos términos de perfecto equilibrio que paralizan el ánimo más resuelto por no ser posible vislumbrar el lado donde se encuentra el error, y obligados ya á prescindir de todo esfuerzo encaminado á poner más en claro los hechos, hay que tomarlos como son y buscar la solución en el terreno estrictamente legal. Ya he dicho, quizá con repetición sobrada, que el testamento fonográfico no puede ser más que un testamento hecho de palabra con el auxiliar poderoso del moderno invento, para perpetuar las manifestaciones del testador y garantizar el cumplimiento de las solemnidades que tenía establecidas la mutilada ley 1.<sup>a</sup>, título XVIII, libro X de la Novísima Recopilación, que son las verdaderamente esenciales del acto. Por consiguiente, aun cuando el restablecimiento de las tres suprimidas formas de testar de las cuatro que aquélla contenía, se decretase con la condición, expresa é ineludible, de que sólo pudieran emplearse mediante el auxilio del fonógrafo, el rigor en la interpretación de la ley restaurada no podría exceder de considerar tan esencial la intervención de los testigos instrumentales como el empleo del aparato fonográfico; por eso al exponer en el ingreso de este capítulo las formalidades que, á mi juicio, deberían ser observadas para elevar á escritura pública esta clase de testamentos, creí que no se podía prescindir de un

examen previo de dichos testigos acerca de las disposiciones del testador, no obstante que sus manifestaciones no sean lo que deba declararse testamento, sino el fonograma que, después de hecho este examen, tienen que reconocer los mismos testigos como auténtico, puesto que ambas cosas, repito, han de ser consideradas como elementos esenciales para la comprobación del acto, aun en el caso de la interpretación más estricta del restablecimiento de la ley. Partiendo de estos supuestos, á mi entender, sujetos á los más severos principios de la lógica, la solución de la dificultad la considero sencilla; pues si los testigos están conformes entre sí y sus manifestaciones convienen con el contenido del fonograma testamentario, hay un verdadero testamento hecho de palabra con todas las formalidades de la ley, inclusa la de haber hecho uso del fonógrafo, y la circunstancia de que haya duda acerca de la autenticidad de la voz no puede ser suficiente para impedir que se haga la declaración de testamento; pero si, por el contrario, entre los dichos de los testigos se advierten contradicciones ó, aun estando todos unánimes, sus manifestaciones no convienen con el contenido del fonograma, entonces tampoco debe vacilar el Juez en denegar dicha declaración. Todo, por supuesto, en el caso de que *sólo exista la duda* de la autenticidad de la voz, pues desde el momento en que haya motivo para afirmar que no es la del testador, aun cuando concorra todo género de conformidades y de

arreglos, deberá estimarse esta falta de identidad como obstáculo insuperable para elevar á escritura pública el pretendido fonograma testamentario.

214. Puede presentarse otro caso de igual gravedad, aunque de diferente aspecto, que merece también algún examen, porque tal vez sea más frecuente en la práctica que el anteriormente explicado, y es el de que, no existiendo ningún recelo respecto á la identidad de la voz del testador, haya en el fonograma alguna ó algunas palabras ininteligibles, por cualquiera de las causas que, según dejo expuesto, suelen alterar la voz del que habla ó reproducirla imperfectamente, hasta el punto de desfigurar los sonidos en términos que sea imposible comprenderlos ni descifrarlos, y acerca de esta dificultad me bastará recordar algunas de las reglas que establece la ley 111, tít. XVIII de la Partida 3.<sup>a</sup>, para determinar cuándo *las cartas y preuilejos* que tienen letras raídas, cambiadas ó desmentidas, deben ó no ser desechadas, porque considero que algunas de estas reglas son de perfecta aplicación al caso de los sonidos confusos ó incomprensibles de los testamentos fonográficos. Dice entre otras cosas la citada ley: *La otra es, si fuesse rayda o ouiere letra canmiada o desmentida en el nome de aquel que manda facer la carta, o que la da, o del que la recibe, o en el tiempo del plazo, o en la quantia de los maravedis, o en la cosa sobre que es fecha la carta, o en el dia, o en el mes, o en la era, o en los nomes de los testigos, o del Escriuano, o en el nome*

*del lugar do fue fecha. Pero si la raedura o la letra fue fecha o canmiada, o dexada por yerro del Escriuano, o fuere en otro lugar de la carta, que non se canmie por y la razon, o que non deua dubdar en ella el Juzgador, o otro ome sabio, que fuesse fecho a mala parte; dezimos que non deue ser desechada por ende.*

215. Haciendo aplicación de la citada ley al caso de que se trata, se puede, por consiguiente, establecer la regla de que si en el fonograma testamentario resultan ininteligibles el nombre del testador, el lugar donde se otorga el testamento, la fecha, la designación de la persona instituída ó cualquiera otra circunstancia esencial, el Juez no deberá declarar testamento semejante fonograma, cualesquiera que sean las explicaciones que sobre el particular den los testigos y la unanimidad con que lo verifiquen, salvo el derecho de la parte interesada de demostrar que la alteración depende de un accidente puramente casual, siempre que las declaraciones de los testigos reúnan además las antedichas condiciones y dejen completamente satisfecho el ánimo del Juez, por las razones que más detenidamente expondré al ocuparme del posible extravío ó destrucción completa del fonograma testamentario. Conviene, por último, fijar bien el sentido de lo que debe calificarse de incomprensible para el efecto de la aplicación de la mencionada regla, pues pudiera creerse que no debe estimarse ininteligible aquello que por el sentido de las palabras anteriores y posteriores se

deduzca más ó menos lógicamente. Esto tiene su natural aplicación cuando las palabras ó frases confusas ó incomprensibles corresponden á la parte no esencial del documento, según sabiamente distingue la referida ley de Partida; pero cuando lo indescifrable está en la parte esencial, hay que atenerse al severo criterio que establece Ulpiano respecto á las palabras ilegibles en los documentos escritos, diciendo que *se entiende que se puede leer lo que se manifiesta y percibe con los ojos; pero que si se entiende lo que hay escrito por conjetura, no parece que se puede leer* (1): por consiguiente, aquello que se perciba más ó menos claramente por medio del órgano del oído, podrá decirse que es comprensible; pero lo que se adivine ó deduzca por conjetura en un fonograma, no deberá estimarse que lo es para los indicados efectos.

216. La especialidad de esta nueva forma de testar dará tal vez lugar en alguna ocasión á otra dificultad de diversa índole que, aunque aparentemente grave, es de menor importancia que las anteriores y, sobre todo, de mucho más sencilla resolución. Al tratar en el precedente capítulo del requisito de la lectura, ó más propiamente hablando, de la repetición ante el testador y de los testigos del fonograma testamentario, manifesté que su principal objeto era que tanto aquél como éstos pudieran cerciorarse por medio de esa re-

---

(1) Ley 1.ª, título IV, libro XXVIII del Digesto.

producción de la exactitud del contenido de dicho fonograma y hacer la rectificación de cualquiera inexactitud que en el mismo observaran, y puede suceder que, al hacer uso de este derecho, las rectificaciones del testador y de alguno ó algunos de los testigos resulten en abierta y manifiesta contradicción, creando un verdadero conflicto en el ánimo del Juez respecto á cuál de esas rectificaciones deberá atenderse, ya en consideración al valor que deba atribuir á las de los testigos en frente á las del testador, ya, en igualdad de circunstancias, al crédito que respectivamente merezcan. En los documentos escritos, y principalmente en los documentos públicos y solemnes, ni la ley ni la práctica han dado cabida á más rectificaciones que las procedentes de los otorgantes, lo que fácilmente se explica cuando se trata de instrumentos públicos hechos con la intervención de Notario, porque entonces el papel de los testigos es puramente pasivo, sin que su acción ni su responsabilidad alcancen á más que á garantizar la certeza y efectividad del otorgamiento y, por consiguiente, en esta clase de documentos no ha podido surgir semejante contradicción; pero en el testamento fonográfico otorgado sin la importante garantía de la intervención notarial, la acción de los testigos tiene que ser algo más eficaz, y no sólo deben responder de que el acto ha sido real y verdadero, sino estar obligados también á dar noticia y fe de todas sus partes esenciales y formales, pues sólo por virtud de su presen-

cia y de su testimonio queda autorizado el acto y comprobados los accidentes de su celebración; sin que haya que ir á huscar analogías ni semejanzas con los antiguos testamentos hechos de palabra y sin asistencia de Notario, puesto que en ellos las manifestaciones y referencias testificales eran las que venían á constituir el testamento, y no cabían, por tanto, ni la rectificación ni la contradicción.

217. Esta facultad que, á mi juicio, es imprescindible que se conceda á los testigos de los testamentos fonográficos, de hacer cierta clase de rectificaciones cuyos límites son facilísimos de señalar, no ofrece el menor peligro, y la gravedad de la contradicción insistió en que es sólo aparente, debiendo ahora añadir que el criterio á que los Jueces habrán de atenerse para resolver la duda es segurísimo y por demás sencillo, pues si la rectificación versa sobre el fondo del testamento, sobre sus disposiciones, sobre aquello, en fin, que es la expresión íntima y absolutamente libre de lo que el testador desea que se haga de sus bienes y derechos después de su muerte, claro es que nadie puede permitirse rectificaciones ni modificaciones de los dictados de una voluntad que no es la suya á pretexto de puntualizar las palabras ni de aclarar los conceptos, debiendo en este punto llegar el rigor á tal extremo que aun en el caso de que el testador, afirmando de un modo notoriamente inexacto que había dicho otra cosa de la que con su propia voz apareciese

fielmente registrada en el fonograma, variase, después de oír la repetición de éste, cualquier palabra, frase, cláusula ó disposición testamentaria en sentido radicalmente opuesto al en que en un principio lo hubiese verificado, los testigos no podrán contradecir con las suyas, por exactas que sean, esas mal llamadas rectificaciones, por el conocido axioma jurídico de que la voluntad de todo aquel que testa es mudable hasta el postrer instante, y la última expresión de aquélla es la que debe prevalecer como testamento hasta en sus menores detalles y más inexplicables mudanzas. Pero si la rectificación versase sobre cualquiera de las formalidades externas del testamento, tales como la expresión del lugar y la fecha, nombres y circunstancias del mismo testador ó de cualquiera de los testigos y demás que dejo enumeradas en el capítulo anterior, entonces, lo mismo éstos que aquél, tienen perfecto derecho y hasta obligación de rectificar cualquier error ó inexactitud, sin que pueda atribuirse mayor autoridad ni eficacia á la rectificación del otorgante que á la de los testigos, por lo que el Juez, en caso de discordancia, deberá atemperarse únicamente para resolver la duda á las reglas de la sana crítica, dependiendo esta diferencia entre una y otra clase de rectificaciones de la distinción constante y universalmente establecida por los jurisconsultos entre el testamento y las solemnidades del acto, pues fácilmente se comprende que todos los que intervienen en éste tienen que res-

ponder de su exactitud y necesitan medios de asegurarla, mientras que los defectos y contradicciones de aquél sólo al otorgante incumben.

218. Más ardua y delicada es la cuestión de si se debe ó no reputar válido el testamento fonográfico otorgado con todas las solemnidades de la ley, si por cualquier accidente involuntario el fonograma sufre extravío ó destrucción total. Al hablar del caso en que en la parte esencial de un testamento fonográfico resulten completamente ininteligibles al oído algunas frases ó palabras, manifesté que para que pudieran suplirse éstas por las declaraciones de los testigos instrumentales, era ante todo imprescindible la concurrencia de dos requisitos á cual más importantes: primero, que se demostrase de la manera más concluyente que le alteración de las indicadas palabras dependía de un accidente puramente casual é involuntario; segundo, que las declaraciones de los testigos con que debiera suplirse la palabra, frase ó concepto que no se hubiese podido descifrar, resultasen perfectamente unánimes y contestes, y se cuidase de recibirlas con todas las precauciones que la ley exige y una prudente práctica aconseja. Pero tratándose del extravío ó de la destrucción completa del fonograma testamentario, ¿bastará la concurrencia de esos dos requisitos para que la ley pueda consentir que con las declaraciones de los testigos se supla por completo la totalidad del testamento?

219. En el terreno estrictamente legal quizá pu-

diera sostenerse con éxito la contestación afirmativa, pues ya hice observar en el cap. III que la base 15 de la ley de 11 de Mayo de 1888 previno de un modo terminante que en el tratado de sucesiones se mantuviese en su esencia la legislación vigente sobre testamentos en general, *su forma y solemnidades, sus diferentes clases*, etc., y autorizó tan sólo para ordenar, metodizar y *completar* lo existente; pero nada habló de derogaciones ni de mutilaciones tan graves y tan trascendentales como la llevada á cabo con la tantas veces citada ley 1.<sup>a</sup>, tít. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación, por lo que sin forzar gran cosa el argumento pudiera afirmarse que los testamentos hechos de palabra no están muertos ó, por lo menos, no están bien muertos, y, en su consecuencia, que en el caso de extravío ó destrucción del fonograma testamentario, las declaraciones de los testigos podrían constituir por sí solas el testamento. Pero no es mi ánimo violentar los términos de la cuestión, y reconociendo que el restablecimiento de la parte suprimida de la ley sólo deberá ser un hecho con la condición precisa de *completar* las formas verbales con la garantía y el auxilio del fonógrafo, todavía considero sostenible que en el caso referido de extravío ó destrucción completa del fonograma testamentario, se deberían estimar suficientes las declaraciones de los testigos para suplir esa falta, no obstante su indudable importancia, pues hay que distinguir entre que se consienta celebrar el acto pres-

cindiendo de cualquier requisito esencial, y que, celebrado con exacto cumplimiento de todas las solemnidades establecidas por la ley, se permita por cualquier medio supletorio acreditar que la falta de alguna de ellas no depende de incumplimiento ó menosprecio de los mandatos de aquélla, sino de un accidente fortuito que no debe perjudicar á los interesados en sostener la validez del acto sino en el caso extremo de que dicho accidente impida conocer el contenido de aquél y sea, por tanto, una de esas irreparables desgracias á las que el hombre tiene tan á menudo que someterse sin protesta. El caso exige, sin embargo, seria meditación, pues el abuso puede crecer fácilmente á su sombra, haciendo pasar como accidentes fortuitos omisiones y negligencias que con razón pena la ley con la nulidad; por eso dejo íntegra la solución de este dudoso problema al criterio de las personas competentes y á las enseñanzas de una futura experiencia, que establezcan una prudente comparación entre el peligro de esos abusos y la dura y heroica medicina de anular de hecho actos que no llevan en sí vicio originario de nulidad.

220. Bajo un criterio análogo puede examinarse la cuestión inversa, ó sea la de si un testamento fonográfico cuyo fonograma se conservase íntegro y no ofreciese duda alguna su autenticidad, se podría elevar á escritura pública no obstante haber fallecido alguno ó algunos de los testigos antes de practicarse esta dili

gencia, en razón á que, según la glosa 4.<sup>a</sup> de Gregorio López á la ley 4.<sup>a</sup>, tít. II de la Partida 6.<sup>a</sup>, esto no podía ser lícito en los testamentos hechos de palabra. Hay que convenir en que el precedente no es nada favorable á la solución afirmativa; pero entiendo que el caso no es idéntico, y que sin menoscabo á los respetos debidos al ilustre glosador de las Partidas, puede ser libremente examinado, y creo que bastará para determinar bien la diferencia recordar al lector que en el testamento meramente verbal las declaraciones de los testigos revestían un carácter tan esencial, que ellas y sólo ellas eran lo que venían á constituir el testamento, mientras que en el fonográfico, sin dejar de ser esenciales, como lo son en toda clase de testamentos desde el punto de vista de las solemnidades de forma, su efecto ya no es más que puramente corroborativo. Se comprende, pues, que en los antiguos testamentos verbales fuese absolutamente indispensable contrastar directamente, y nunca por medios supletorios, todos los elementos de ese testimonio, y que cuando no fuese posible por cualquier causa recoger el testimonio parcial de alguno de los testigos, se considerase insuficiente el de los demás para componer ese todo constitutivo del testamento; pero en el testamento fonográfico ya sabe el lector que la declaración de tal testamento ha de recaer sobre el contenido del fonograma testamentario, y evidenciada la autenticidad de éste, el objeto está conseguido.

221. Contra esto pudiera tal vez argüirse que en los testamentos no se puede admitir otra prueba de su autenticidad que la que resulte de sus propias solemnidades, por ser principio incontrovertible en esta materia que tales actos deben llevar en sí mismos la prueba suficiente de aquélla; pero este principio no queda en lo más mínimo desvirtuado porque se admita en esta nueva clase de testamentos la posibilidad de prescindir del testimonio de alguno de los testigos instrumentales cuando hubiese fallecido ó estuviese absolutamente imposibilitado de declarar, siempre que el fonograma testamentario exista íntegro y no ofrezca la menor duda la autenticidad de la voz del testador, pues no se trata de suplir su declaración con una prueba extraña y posterior al testamento, sino de prescindir de parte de ella cuando los demás elementos probatorios del acto son tan completos y evidentes que no dejan lugar á la más pequeña duda. Lo esencial es que conste de un modo indudable que el acto originario no adolece de ningún vicio de nulidad, esto es, que se celebró con el más estricto cumplimiento de *todas* las solemnidades de la ley sin haberse omitido ninguno: por eso entiendo que el caso que cita D. José María Manresa en sus conocidos *Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil*, de aparecer que alguno de los testigos que concurrieron al acto carecía de las cualidades necesarias para serlo, no guarda la menor analogía con éste, pues entonces lo que resulta es que habiendo

sido inhábil uno de los testigos, el testamento se otorgó sin el número de éstos que la ley exige, y encierra, por tanto, un vicio de origen que ni puede suplirse con el resto de la prueba instrumental, ni puede convalidarse con diligencias posteriores supletorias de ninguna especie. Bien examinados uno y otro caso, lo que vienen á poner de manifiesto es otra inapreciable ventaja del testamento fonográfico, que es la de evitar, ó por lo menos hacer sumamente raro, el caso tristísimo, que tan frecuente era en los testamentos hechos simplemente de palabra, de que un testador que había procurado cumplir exactamente todas las solemnidades y requisitos de la ley, quedase intestado por accidentes posteriores á su fallecimiento, anomalía que toda legislación prudente y previsora tiene la más estrecha obligación de impedir por cuantos medios estén á su alcance, pues tales accidentes no deben jamás influir sobre las solemnes y trascendentales determinaciones de la voluntad del que testa, dejando ineficaces derechos sacratísimos nacidos al abrigo de sus mismos preceptos.

222. Considero muy suficientes los casos que dejo explicados para que el lector comprenda su carácter predominante y para que se haga cargo de su variedad extraordinaria, advirtiéndole que he dado á éstos preferencia, no sólo porque son los de más relieve, sino porque parece que se originan de un modo más especial y directo de la novedad de esta clase de testamen-

tos ó, cuando menos, que están más relacionados con ella, aunque, bien analizados, sean en esencia tan genéricos como los demás y puedan estudiarse con abstracción de toda forma testamentaria determinada. Pero no quiero concluir este capítulo, y con él todo este ensayo tan mal ensayado, sin decir algo de las dificultades materiales que pueden presentarse para poner en escena la obra, por ser ésta, *por hoy*, la única objeción seria que pueda oponerse al intento de plantear el testamento fonográfico. Me refiero á la dificultad de proveer de aparatos fonográficos á todos los pueblos, villas y lugares de la Península é islas adyacentes, y á la no menor de ponerlos en manos suficientemente hábiles y cuidadosas que sepan manejarlos y conservarlos.

223. Para contestar satisfactoriamente el argumento me bastaría reproducir la indicación que hice en la introducción de que ése es un inconveniente exclusivamente temporal que ha de ser muy en breve vencido por el interés industrial, que mejorará de día en día el invento, que disminuirá cada vez más el precio de las máquinas y que las irá extendiendo hasta los más oscuros rincones del mundo, como ha hecho Singer con las de coser, según del mismo modo lo hice entonces notar como elocuentísimo ejemplo de tan notoria verdad. Podría además añadir que la solución de esta dificultad es una cuestión puramente administrativa que no incumbe á la ley civil, á la cual le basta



consignar en sus preceptos el derecho de los ciudadanos á testar en dicha forma y reglamentar el ejercicio de ese derecho; pero ya he dicho también que desde el momento en que los adelantos científicos han hecho desaparecer los obstáculos materiales que tenían relegados á un orden secundario los actos verbales, y que privaban á cierto número de individuos de valerse de formas de testar lícitas para los demás, era un deber urgente y categórico para esa misma ley civil alzar un entredicho, dependiente sólo de una de tantas limitaciones de la actividad humana que, una vez superada, no debe servir ya de pretexto ni por un momento para sostener una desigualdad de condición que, de meramente triste por las causas de que dependía, degeneraría en odiosa, por haber llegado á ser inútil é inexplicable.

224. Es, sin duda, punto demasiado importante para que pueda ser tratado de soslayo en un libro que no tiene otro objeto que proclamar la conveniencia ó, por mejor decir, la necesidad de introducir más ó menos pronto en la legislación de los pueblos modernos una forma de testar hija de la época, y tan adecuada á los usos y costumbres de la sociedad en que vivimos, que se puede afirmar, sin gran riesgo de error, que tan pronto como se faciliten los medios de realización de que por el momento carecemos, ha de tener aceptación universal, por lo que me considero obligado á decir algo, como complemento de este estudio, acerca

de la manera de vencer estos obstáculos materiales en el menor tiempo posible, pues aunque nadie nos gana en esta olímpica afición de dar pragmáticas, aun á sabiendas de que tales son ellas que no ha de haber manera de que se guarden, debemos procurar todos ir curándonos de estos resabios y caminar siempre en busca de lo realizable, en vez de embelesarnos con las engañosas armonías de lo ideal y de lo perfecto.

225. Pensar, por tanto (haciendo de tan buen propósito una inmediata aplicación al caso), que el Estado, tratándose de perfiles del derecho y de requilorios de la justicia, se llegue á decidir en mucho tiempo á hacer el considerable gasto que supone la adquisición de los diez ó doce mil fonógrafos que, cuando menos, serían necesarios para que en todos los Juzgados municipales y de primera instancia de España hubiese disponible un aparato de esa especie, no sólo para el otorgamiento de los testamentos, sino para la celebración de contratos, instrucción de diligencias y hasta para la correspondencia privada de los que no supiesen ó no quisiesen escribir, como está establecido en las Administraciones de Correos de Méjico, sería incurrir en un idealismo y en un éxtasis de la simetría, en el que no podemos caer fácilmente los que tenemos que contentarnos con un papel de oficio bastante endeble y con unos auxiliares y amanuenses que escriben letra procesada de ésa que, según es antigua fama, no la entien-

de ni el mismo Satanás, con otras varias desdichas que no hay para qué mentar.

226. Pero lo que no es de esperar que haga el Estado, no obstante tratarse de un gasto probablemente muy reproductivo, es muy fácil que lo realice, y pronto, el afán del lucro y el interés privado, y si se intentase el ensayo proponiendo condiciones algo ventajosas un arriendo de este servicio, como hoy lo está la venta de tabacos y en otro tiempo lo estuvo la del timbre, puede presumirse muy racionalmente que no habrían de faltar hombres emprendedores ó compañías poderosas que, estudiando detenidamente la proposición del negocio, cayesen en la cuenta de que era, ó podía ser, tan aceptable ó lucrativo como otro cualquiera, pues además del importante rendimiento del timbre de los cilindros ó láminas fonográficas, claro es que la mayor parte de los actos que habrían de celebrarse con el auxilio del fonógrafo son de los que devengan derechos, y sólo la correspondencia particular, en la forma que según he dicho se admite en las Administraciones de Correos de Méjico, llegaría muy en breve á ser una renta muycrecida, cuidando únicamente de que su tarifa excediese en muy poco á la de la correspondencia epistolar; pues no sólo para el que no sabe ó no puede escribir, sino para el que no tiene buena letra, para el que se fatiga escribiendo y para el que dispone de muy poco tiempo, resultaría de una comodidad extraordinaria dictar ante el aparato su comuni-

cación fonográfica, encerrar en un sobre el fonograma y depositarlo en el buzón para que el destinatario, mediante también una corta retribución, pudiese enterarse de su contenido, haciendo la reproducción en el aparato que la misma Empresa arrendataria tuviese en el lugar de su residencia.

227. En cuanto á las dificultades de la manipulación del mecanismo, haré notar ante todo que éstas donde realmente existen es en los aparatos dotados de motor eléctrico, pues en los movidos con pedal, como el grafófono de Bell Tainter, del que en su lugar oportuno hice una ligera descripción, esas dificultades son menores que las del aprendizaje del manejo de las máquinas de coser; pero aunque así no fuese, porque mereciesen la preferencia los sistemas más perfeccionados, desde el momento en que el aparato corriese por cuenta de una Empresa cualquiera, ésta tendría por necesidad que encomendar la custodia, conservación, manejo y administración de cada fonógrafo á un empleado de su confianza, que debería prestar el auxilio conveniente sin aumento de retribución por el servicio y podría, por último, ofrecer además la importantísima garantía de llevar un registro nominal y cronológico de todos los fonogramas, dato precioso para los efectos legales, y que, á su vez, proporcionaría otro nuevo ingreso con los derechos de los certificados que con relación á ese registro se expidiesen. No se me oculta que habría localidades en que la utilidad sería

escasa y aun tal vez nula, pero estaria compensada con el exceso de otras muchas y, sobre todo, éstas no son más que indicaciones de un sistema susceptible de todo género de modificaciones, pero en el conjunto del cual se ve latente la posibilidad del éxito, y su estudio detallado, más que á los hombres de ley, corresponde á los hombres de negocios, hasta que llegue el momento de que el desarrollo portentoso de este nuevo medio de perpetuar y reproducir el pensamiento y la palabra aumente de tal modo las facilidades, que sea innecesario preocuparse con estos pormenores.

---

228. Al terminar este humildísimo trabajo, no he de negar que me siento vivamente poseído de este tardío arrepentimiento que ordinariamente se apodera de todo aquel que advierte que con la intención más sana y excelente ha abusado de la buena fe y de las ingenuas aficiones del público á las letras y al estudio, con algún atentado literario ó con algún desmán científico de mayor ó menor calibre. Pero resultan tan inútiles estos desdichados arrepentimientos, por amargos y sinceros que sean, que no sirven ni para alcanzar una sola gota del bálsamo reparador de la benevolencia pública, pues el que sufre el quebranto dice, y con razón, que el que quiera arrepentirse que lo haga á tiempo. No invoco, pues, el mío para alcanzar perdones que

no merezco; pero quiero hacer constar que si no me he arrepentido con la oportunidad debida, ha sido porque tan escasa como es mi confianza en el modo y forma en que he procurado desarrollar mi pensamiento, tan grande y firme es mi convencimiento de que en la esencia es de bondad irreprochable, de utilidad evidente y de oportunidad indiscutible, por lo que, aun lanzado al mundo en tan malas condiciones, es de esperar que no sea en absoluto desatendido ni rechazado.

229. Tampoco he de intentar disculpar mis faltas ni mis sobras con ninguna clase de pretextos, pues el que no ha sabido enmendar unas ni conocer otras cuando fué la ocasión de advertirlas y remediarlas, menos podrá tener ahora la rara habilidad de hacerlas desaparecer ó de embellecerlas en estos cuatro renglones, cansado ya de escribir y más cansado todavía de tanto cansar al lector; pero al que haya tenido el valor de llegar hasta aquí, no le puedo eximir de darle algunas explicaciones de las tres culpas á mi entender más claras y visibles, aunque no más imperdonables, en que he incurrido, pues ya que, en éstas al menos, no pecho de ignorancia, me considero más obligado á buscar su atenuación aun á costa de la confesión paladina de otras flaquezas.

230. Reconozco ante todo que mi principal y más grave desacierto ha sido el de haber escrito mucho más de lo necesario para el objeto que me proponía, pues si la utilidad del testamento fonográfico es tan noto-

ria, las razones que esa utilidad demuestran son tan de clavo pasado, y las reglas de adaptación de esa nueva forma de testar á las leyes fundamentales de la testamentifacción tan sabidas y tan al alcance del menos avisado, ¿qué fin laudable ni siquiera lícito ha podido tener la publicación de un inacabable tomo para exponer lo que se pudo muy bien decir en un par de artículos regularmente ilados que, á más de la ventaja de su brevedad, habrían tenido la no pequeña de pasar más disimulados entre otros de mayor mérito de cualquier revista? Ante la fuerza abrumadora de este argumento sólo me ocurre replicar que al que no sirve para este oficio le pasa enteramente lo contrario de lo que le acontece al mal escultor que, cogiendo por su cuenta un inmenso bloque de piedra con ánimo de hacer un San Cristóbal, empieza á desbastar sin tino ni concierto, y se encuentra de pronto conque apenas va dejando materia para hacer un mediano San Pedro, y siguiendo su tarea aniquiladora tiene que conformarse con labrar una Virgen del modelo más reducido, y así continúa sin darse cuenta de ello, hasta que por dicha logra dar forma á un Niño Jesús para una rinconera, si no reduce á polvo la montaña que cayó en sus manos implacables. En cambio el mal escritor, en cuanto tiene un pliego de papel por delante, no puede calcular adónde llegará atraído por el vértigo del embrollo, desvanecido por el mareo de la sutileza y desasegado por la fiebre eruptiva de las nimiedades.

231. Por un conato de artículo de periódico empecé yo, en efecto; pero á fuerza de rebuscar razones, de aclarar conceptos y de imaginar medios de realización, me encontré, sin saber cómo, con tanta abundancia de papel escrito, que no hubiera habido periódico capaz de darle hospitalidad, y tuve que pensar en el folleto; mas al tratar de adoptar un orden más apropiado para esa nueva forma, creció otra vez con más fuerza la marea de papel y de tinta en términos que, con asombro mío, he tenido que recurrir al libro, y gracias á que el recuerdo del escultor me ha hecho parar aquí, temiendo dar á luz un descomunal San Cristóbal.

232. De otra culpa, á mi entender más grave, tengo también que acusarme, pues es tan perceptible que desde luego habrá tenido que saltar á la vista del que menos atención haya prestado á la lectura de estas páginas, y sería de todo punto inútil pretender ocultarla. Esta culpa no es otra que la falta de unidad armónica que debe haber en toda obra bien trazada, cualquiera que sea su género; falta que en el fondo se habrá manifestado por cierta vaguedad de criterio en algunas cuestiones, y en la forma por defectos del método, siempre fáciles de ser observados por el que lee, aunque de ordinario muy difíciles de ser evitados por el que escribe. Pero en esto tengo que alegar en mi favor, no sólo aquella escasez de aptitudes de que antes hablé, que es la causa primordial de todos cuantos errores haya podido cometer, sino más especialmente

que este trabajo ha sido escrito á ratos perdidos, separados á veces por muy largos intervalos de tiempo y en condiciones muy diversas de espíritu, según la época y situación en que me he encontrado, y siempre bajo el apremio de atenciones más importantes á las que, por exigencias ineludibles del deber, he tenido que dar la preferencia, ocasionando todo ello que cada vez que he vuelto á tomar la pluma para continuar la abandonada tarea, mi mayor esfuerzo haya tenido que consistir en volver á hacerme cargo del estado en que la dejé.

233. Por último, es probable que á la mayoría de los lectores les haya parecido el estilo de este trabajo impropio de la severidad y circunspección que requiere un estudio jurídico, cualquiera que sea su importancia; pero me ha movido á adoptarlo la consideración de que esa severidad de la forma necesita ir acompañada de condiciones de fondo que tengan el mérito suficiente para compensar su aridez, y como yo no podía ofrecer al público más que una idea casi trivial, falta de profundidad, desprovista de atavios de erudición y que ni siquiera ha resultado con el atractivo de ser una verdadera novedad, me ha parecido disculpable separarme algún tanto de las reglas de una severa preceptiva y procurar, por un inverso procedimiento, suplir la exigüidad de la materia fundamental con algo de amenidad en la forma; mas como también conozco que este aderezo ha resultado tan insípido como in-

substancial el manjar, tengo que esperar mi absolución de la benevolencia del público exclusivamente, haciendo la previa y solemne promesa de no volver á pecar, pues el consabido arrepentimiento no sería más que la mitad de la contrición.

Cáceres 11 de Mayo de 1895.





# ÍNDICE

---

	Páginas.
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO PRIMERO.—Aparatos precursores del fonógrafo.....	33
CAP. II.—Del fonógrafo y sus aplicaciones.....	55
CAP. III.—Razones de carácter general que aconsejan el establecimiento del testamento fonográfico.....	85
CAP. IV.—Utilidad del fonógrafo para garantizar el cumplimiento de las solemnidades testamentarias.....	107
CAP. V.—Eficacia del fonógrafo para atenuar los vicios inherentes á la prueba testifical.....	131
CAP. VI.—Ventajas especiales del testamento fonográfico.....	161
CAP. VII.—El testamento fonográfico, sus requisitos y solemnidades.....	187
CAP. VIII.—Del modo de elevar á escritura pública los testamentos fonográficos.....	227

---



## ERRATAS

PÁGINA	LÍNEA	DICE	DEBE DECIR
28	9	de la misma manera	que de la misma ma- nera
101	27	absurdos	abusos
103	11	dedicado	atrevido
121	9	ó	ya
131	14	testigos	testamentos
174	12	caeco	cæco
184	21 y 22	reducción	redención
184	26	amenazaron	amenazan
211	11 y 12	institución de here- deros legítimos	institución de here- deros, legítimas
227	5	título 2.º	título 6.º
231	17	identicidad	identidad
233	7	vigor	rigor
260	9	venta	renta

Y algunas otras de menor importancia que salvará la discre-  
ción del lector.





## ESTA OBRA

se vende en todas las librerías de Madrid y provincias á **CUATRO PESETAS**. Los pedidos, acompañados de su importe, se dirigirán á D. Victoriano Suárez, calle de Preciados, 48, librería, Madrid.

De venta en las mismas librerías.

**Comas.**—**LA REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.**—Exposición de motivos.—Tomo I, parte general. Tomo II, parte especial. Tomo III, proyecto de Código civil español, articulado, por D. Augusto Comas, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Madrid.—Madrid, 1895; tres tomos en 4.º, 30 pesetas en Madrid y 32 en provincias; en pasta española, 6 pesetas más.

**Seebohm** —**DE LA REFORMA DEL DERECHO DE GENTES.**—Traducida del inglés y anotada. Un tomo en 8.º dos pesetas.

HEREDIA

ARREA

TESTAMENTO

FONOGRAFICO

PRECIO

4

pesetas

4.392