

TITULO XI.

DEL MODO DE ELEVAR A ESCRITURA PUBLICA EL TESTAMENTO HECHO DE PALABRA.

Observaciones.

Desde que comenzó á regir en los juzgados y tribunales el *Reglamento provisional para la administracion de justicia*, principiaron á suscitarse cuestiones entre los jueces de primera instancia y los alcaldes de los pueblos de sus respectivos distritos, respecto á la competencia para la intervencion en la apertura de los testamentos otorgados por escrito, y los municipales hechos de palabra; porque en cuanto á los que pasaren ante escribanos ó notarios no era necesaria la autorizacion de ninguno de aquellos funcionarios, para que gozasen de la fuerza y eficacia propia de los instrumentos públicos.

Daban ocasion á esas dudas en orden al derecho constituido, no tan solo las disposiciones oscuras del *Reglamento provisional*, determinantes de la estension y limites de las facultades jurisdiccionales de los jueces y de los alcaldes, sino más bien que esto, la falta de calificacion de los actos relativos á la apertura de los testamentos, ó de la elevacion á escritura pública de los otorgados de palabra. En efecto, el reglamento mencionado, lo mismo que las leyes anteriores, hablaron de asuntos de jurisdiccion contenciosa, trataron asimismo de los judiciales, y se ocuparon de los actos de jurisdiccion voluntaria; pero no los definieron, ni los describieron con la precision y claridad convenientes, ni mucho menos los especificaron; de modo que discurriendo en la oscuridad, y vagando por un terreno que no conocia limites claros, las competencias se sucedian, y los conflictos continuos perturbaban las relaciones y la armonia que debe reinar entre las autoridades.

Tal era el estado de las cosas, al confeccionarse la *Ley de enjuiciamiento*; y no pudiendo prescindir de entrar en el deslinde de todos los asuntos que mas ó menos habian hecho necesaria la revision de las leyes sobre procedimientos, y contándose entre ellas las referentes á los actos ó diligencias relativas á testamentos, comenzó la *Ley* por declarar que las necesarias para elevar á escritura pública un testamento hecho de palabra son actos de voluntaria jurisdiccion. Esta manifestacion virtual de la *Ley*, deducida de haber incluido aquellos asuntos entre los demás que constituyen la jurisdiccion voluntaria, producirá los excelentes resultados que son consiguientes á la confusion y al desorden en los actos de los tribunales. En adelante no podrán producirse los conflictos jurisdiccionales que se suscitaban.

No eran menos frecuentes las dudas que se ocasionaban respecto á la personalidad para pedir la práctica de aquellas diligencias, porque interesados los herederos muchas veces en no cumplir con algunas partes de la última voluntad, de propósito omitian reducir á instrumento público los testamentos nuncupativos, y los jueces se resistian á practicar aquellas diligencias instados por terceras personas. Era, pues, indispensable que las leyes fijasen reglas claras y precisas, para que el solicitante conociese el derecho que le asistia y pudiera alegarle; así como tambien para que los jueces se atemperasen á ellas en sus resoluciones. La *Ley de enjuiciamiento* llenó aquella necesidad, estableciendo lo que consideró mas conveniente, segun puede notarse en el *art. 1381*.

No obstante lo espuesto, la nueva *Ley* ha dejado un vacío de alguna importancia en la materia, y precisamente es mucho mas notable, en cuanto se refiere á la formacion de los escritos en que se solicita la reduccion del testamento á escritura pública. Al tratar de las demandas y de las contestaciones fija la *Ley* los puntos esenciales de que ha de hacerse mencion en ellas, y determina el orden en que se tienen que colocar. Y si esto se ha considerado conveniente, y aun necesario, ¿con cuánta mas razon debiera haberse dispuesto, que en los escritos fijaran con orden y exactitud los particulares por los que han de ser examinados los testigos? ¿No se recomiendan y se encargan especialmente la exactitud, y la claridad en la redaccion de los instrumentos

públicos? Y si esto es así; si el escrito que presente la parte ha de ser la base, tal vez la materia de la última voluntad elevada á instrumento público, claro es que cuando menos debió exigirse lo que para todas las escrituras se halla prescrito, toda vez que son mas necesarias aquellas circunstancias en los documentos, que no pueden rectificarse ó aclararse por su autor, porque ha fallecido ya cuando se estiene en forma de testamento, todo que expresó ser su postrimera voluntad ante un número de personas que atestiguaran despues de lo que oyeron.

Todaya es mucho mas notable otra omision, que á primera vista se advierte en los *títulos 12 y 13 de la Ley de enjuiciamiento, Parte segunda*. Háblase en el primero de los testamentos hechos de palabra, y se trata en el segundo de la apertura de los cerrados, sin mencionar en ninguno de ellos los codicilos ni nuncupativos ni cerrados, no obstante que las leyes españolas reconocen esos medios de espresar las últimas voluntades. Y tanto mas notable es esa omision, que nos hace recelar algun objeto, en cuanto que en el *art. 1398* se habla de las memorias testamentarias, las cuales por cierto, no corresponden á ninguno de los modos de testar que aquellas leyes reconocen. ¿Significará por ventura esa omision, que los codicilos nuncupativos no pueden reducirse á escrituras públicas? ¿Se habrá querido dar á conocer con el silencio, que para la apertura de los codicilos no son necesarios requisitos de ninguna especie? ¿Acaso se habrá omitido la espresion de los codicilos, porque en la nueva codificación civil no se admitirá la distincion que hicieron las leyes hasta nuestros dias entre las últimas voluntades solemnes y las ménos solemnes?

No podemos persuadirnos de que haya entrado en el cálculo de la *Ley*, reputar los codicilos de condicion peor que á los testamentos para los efectos de que tratan los *títulos 12 y 13* arriba citados: es preciso convenir en que se hallan comprendidos en sus disposiciones, por equipararse á los testamentos en todo aquello que contribuirá á dar seguridades contra la falsificación, así como en su conservacion para el porvenir. El codicilo hecho de palabra desaparecería con la vida de los testigos, que oyeron al testador espresar su última voluntad, y el cerrado se falsificaría con facilidad, si no se aplicaran á su apertura las solemnidades

y requisitos que se exigen para abrir los testamentos otorgados con las solemnidades necesarias.

Por último, no podía prescindir la *Ley de enjuiciamiento* de determinar lo mas provechoso á los intereses de las partes, en cuanto á la protocolizacion de los codicilos reducidos ya á escritura pública; porque es sin duda muy importante para la seguridad de los derechos adquiridos, tener conocimiento, ó facilidad de tomar noticias del lugar en donde se hallaran las escrituras que los acrediten. La *Ley de enjuiciamiento* ha previsto esa necesidad ordenando lo que estimó mas conveniente, aunque no siempre sea, tal vez, lo mas propio, y conforme á lo que disponian las leyes anteriores, ni mucho menos á las reformas que desde hace mucho tiempo se vienen preparando, y se retrasan por cierto demasiado, á pesar de que motivos poderosos las reclaman su pronta realizacion.

Art. 1380. A instancia de parte legitima podrá elevarse á escritura pública el testamento hecho de palabra.

Admitida la distincion de los testamentos en nuncupativos y escritos, é sea en abiertos ó cerrados, y la de los primeros en de palabra ó por escritura pública, tratase de ellos separadamente; pero no hace mencion de los últimos, porque reducidos desde su origen á la clase de escrituras públicas, supuesto que se otorgan con todas las solemnidades que las leyes exigen para su validacion y firmeza, nada mas tenia que prescribirse con ese objeto, nada tenia que hacerse, porque todo estaba ya hecho desde la época de su otorgamiento. Ha limitado por tanto la *Ley* sus preceptos y sus reglas á los hechos de palabra, y á los cerrados, porque únicamente los primeros necesitan elevarse al rango de escritura pública; y los segundos, ademas de esto, exigen la adopcion de precauciones para evitar la suplantacion facilísima, sino se procura justificar la identidad del testamento que se presenta y el que otorgó su autor.

A instancia de parte legitima. Escluye esta frase toda idea de intervencion oficial; no consiente que los jueces, sin reclamacion de parte, eleven á escritura pública los testamentos otorgados de palabra ante un número suficiente de testigos. Si este es el sig-

nificado gramatical y jurídico de las palabras trascritas, tomadas del *art.* 1380, no podría cumplir lo prescrito en otras partes de la misma: necesitamos recordarlo para fijar la doctrina que debe tenerse presente en esta materia, por cierto demasiado interesante y trascendental, porque se trata de todo un patrimonio á las veces cuantioso.

Tratándose de las providencias que deben adoptar los jueces que conocen de los abintestatos, luego que practicaron las primeras diligencias indispensables para la aseguracion de los bienes del difunto, prescribe el *art.* 358 que procuren el juez de primera instancia, ó el de paz averiguar, si en efecto murió aquel con disposicion testamentaria, ó sin ella, recibiendo á falta de otros medios informacion, en la que sean examinados los parientes, amigos ó vecinos del difunto. Asimismo, el *art.* 407 dice que el juicio de testamentaria es necesario, cuando los herederos estan ausentes y no hay quien los represente, ó sean menores, ó esten incapacitados.

Ahora bien, siendo indispensable justificar en el primer caso que falleció la persona de cuyos bienes se trate con testamento, para que cese el juez en el abintestato, ¿basta que de la informacion practicada resulte que hizo testamento de palabra ante número competente de testigos? ¿Será indispensable que el juez los examine para hacer constar su última voluntad, y mandar que se protocolice, elevada ya á la clase de instrumento público? Tal vez nuestra opinion sea desacertada; acaso merezca ser desatendida, pero es lo cierto, en nuestro sentir, que el juez debe, antes de cesar en el abintestato, examinar á los testigos que intervinieron como tales en el testamento hecho de palabra, para hacer constar en el espediente de un modo fehaciente que no puede continuar, porque es un hecho probado que existe última voluntad.

Mas evidentemente justificada se halla nuestra opinion por lo dispuesto en el *art.* 407, porque obligado el juez á instruir las diligencias que constituyen el juicio de testamentaria, cuando los herederos se hallan ausentes ó son menores; y debiendo figurar por cabeza de aquellas la última voluntad del testador, elevada á instrumento público, claro es que no pudiendo instar los herederos por las circunstancias que quedan espresadas, necesi-

tará el juez acordar de oficio cuanto conduzca á la reduccion de testamento á escritura pública, si se hubiese otorgado de palabra ante testigos hábiles.

La única observacion que al parecer merece alguna importancia es, la que se desprende de la naturaleza de los asuntos á que hacen referencia los artículos mencionados; porque como corresponden á la jurisdiccion contenciosa, se creará que lo establecido respecto á ellos no tiene aplicacion á los asuntos de voluntaria jurisdiccion; ó lo que es lo mismo, que la intervencion oficial que se concede á los jueces en lo contencioso, referente á testamentarias y abintestatos no es lícita en los de voluntaria jurisdiccion. Sin embargo, preciso es no confundir las cosas á fin de evitar los errores. Al consignar la opinion de que no siempre es necesaria instancia de parte para reducir un testamento á escritura pública, no sostenemos que cuando los jueces acuerden de oficio las diligencias, que tienden á ese objeto, proceden como si se tratase de actos de voluntaria jurisdiccion; no queremos decir que obrarán de ese modo, sin mas fin que el de elevar á instrumento lo que no lo es; pero como, aunque sea con objeto ulterior pueden hacerlo, resultará que es exacto que se necesita siempre la instancia de parte.

Finalmente, las palabras á instancia de parte se proponen significar, que no es lícito á todos pedir que un testamento hecho de palabra se eleve á instrumento público, sino que es indispensable que, en la persona que lo solicite, concurren condiciones ó circunstancias que constituyan la legitimidad; esto es, el derecho á pedir la práctica de las diligencias; y que los jueces no pueden acceder á cualquiera solicitud que se presente, por persona que no se halle en los casos espresos en las leyes y especialmente en la de que nos ocupamos.

¿Y en qué términos y bajo qué forma se ha de redactar la solicitud que constituye la instancia? Supuesto que el testador espresó su voluntad ante testigos sin reducirla á escritura, necesita hacerse minuciosa relacion en el escrito que se presente, de todas las particularidades que sean objeto de la disposicion testamentaria; tales son principalmente las que se refieren al entierramiento del difunto, la de las exequias que ordenó se celebrasen. Asimismo se espresarán sucesivamente cuantas mandas ó

legados, dejare, puros ó condicionales, nombrando las personas á cuyo favor las hiciere; se especificarán las declaraciones relativas á créditos activos y pasivos; se individualizarán los herederos nombrados, con espresion de la parte de herencia que se les dejare á cada uno, y demas condiciones que se les impongan; se nombrarán los testamentarios albaceas elegidos, con determinacion precisa de las facultades que se les confieren; y por último se manifestará si el testador revocó ó no otras disposiciones testamentarias anteriores que hubiese hecho. A mas de esto, se hará mención de cuanto dijese el testador fuera de lo referido, á fin de que sean examinados todos los testigos presenciales, al tenor de cada uno de los extremos, que reunidos constituyan la última voluntad; y se concluirá pidiendo que se acuerde el exámen de los testigos (que se nombrarán al referir el hecho); y que resultando probados todos los particulares, se declaren las disposiciones del testador su última voluntad testamentaria; y que se provea que se protocolicen las diligencias en el registro de instrumentos públicos, en que proceda hacerlo conforme á las reglas que establece la *Ley de enjuiciamiento*; mandando por último que se den á los interesados los testimonios que fueren de dar, para todo lo cual interpondrá el juez su autoridad cuanto en derecho corresponda.

Podrá. Luego no siempre tienen que elevarse los testamentos á escritura pública para producir los efectos consiguientes en derecho; luego pende de la voluntad de las partes la práctica de las diligencias, que tienden á dar á los testamentos el carácter solemne de escritura pública. Ciertamente que siendo los herederos mayores de edad, como que á nadie tienen que dar cuenta de sus actos; como la autoridad judicial no interviene ni puede de oficio mezclarse en lo perteneciente á la testamentaria, cuando los nombrados no quisieren elevar á instrumento la última voluntad que sirviera de título á sus derechos, podian dejarle confiado á la memoria de los testigos. Pero en la actualidad existe una causa que obliga á dar aquel carácter á todo testamento. Si los herederos son voluntarios, tienen que satisfacer el impuesto por derecho de hipotecas, segun la cantidad que perciban, y ademas necesitan para adquirir el dominio de lo raiz obtener un instrumento público, que acredite la traslacion de aquel

de modo que no es potestativa la reduccion de los testamentos á escritura pública.

El testamento hecho de palabra; esto es, aquellos que siendo nuncupativos no se otorgaron, reduciendo á escritura pública la voluntad del testador. Efectivamente, los testamentos llamados nuncupativos pueden otorgarse, ó bien ante escribano, ó bien reduciendolos á escritura privada que firme el testador con los testigos, ó manifestando aquel su última voluntad de palabra, y confiándola á la memoria de los testigos presenciales. En el primer caso, esto es, cuando desde luego queda el testamento reducido á escritura pública, nada tiene que hacerse para que sea válido y eficaz su juicio; protocolizado en la numeraria del escribano autorizante, ó si fuese notario, en la del numerario mas inmediato, salvo en Madrid donde los notarios tienen protocolo, cuantos testimonios se den con las formalidades que el derecho prescribe, serán fehacientes en juicio. No habla, pues, la *Ley de enjuiciamiento* de esta clase de testamentos.

Si se hubieren otorgado de palabra, pero redactándolos en escritura privada, como acontece con frecuencia en los pueblos en donde no reside escribano, y en los que se valen del secretario de ayuntamiento, será indispensable elevarlos á escritura pública, observando los trámites que prescriben los artículos de que sucesivamente nos haremos cargo.

Por último, cuando el testador manifestase su voluntad ante el número necesario de testigos, confiándola á su memoria, se elevará tambien á escritura pública, por los trámites de que haremos mencion mas adelante; pero con la diferencia de que cuando el testador hizo escribir su voluntad, debe acompañar aquel escrito á la solicitud, para que por él sean examinados los testigos despues de reconocerlo; y cuando testó de palabra simplemente, tienen que referirse en aquella todos los particulares que constituyan el testamento.

Art. 1381. *Se entiende ser parte legitima para los efectos del artículo anterior:*

- 1.º *El que tuviere interés en el testamento.*
- 2.º *El que hubiere recibido en él cualquier encargo del testador.*
- 3.º *El que con arreglo á las leyes pueda representar sin poder*

á cualquiera de los que se encuentren en los casos que se espresan en los párrafos anteriores.

Ya anteriormente indicamos que importaba mucho determinar con precision y claridad, qué personas pueden pedir la reduccion de los testamentos á escritura pública; porque siendo estos títulos legítimos, á virtud de los cuales se transmiten derechos, es evidente que tan solo á los que por ese concepto tengan interés en ellos, se los facultará para que lo soliciten. Por otra parte, en los testamentos suelen hacerse declaraciones no solo interesantes, sino de incalculable trascendencia para las familias; y por tanto, la absoluta libertad para pedir que los confiados de palabra se eleven á escritura, llevaria en pos de si consecuencias lamentables, producidas por la imprevision de la *Ley*, y la mala voluntad de personas interesadas produciria el descrédito con la publicidad de familias determinadas. Finalmente, asi como reducido ya el testamento á escritura pública, no pueden darse testimonios á todos los que lo soliciten, por identidad de razon no debe permitirse que pidan que se eleven á escritura los hechos de palabra.

Comprendiendo la *Ley de enjuiciamiento* la fuerza de estas razones, ha definido la legitimidad personal; ha sentado reglas determinantes de las condiciones indispensables para pedir con derecho, que un testamento de palabra se eleve á escritura pública. Fuera de las personas comprendidas en alguna de aquellas reglas, ninguna otra está autorizada para formalizar eficazmente semejante solicitud; ni tampoco los jueces podrán deferir á las instancias que sobre el particular se presentaren, sin faltar á los preceptos de la *Ley de enjuiciamiento*.

El que tuviere interés en el testamento. Demasiado indefinida es esta regla: necesita esplicaciones minuciosas para que la interpretacion práctica, ni la lleve mas allá de lo que la misma prescribe, ni tampoco se la reduzca á límites mas estrechos que los justos y legales. En los testamentos pueden ocupar un lugar muchas personas por causa de intereses, no tan solo distintos, sino contrarios; haciéndonos cargo por su orden de las que se hallen en alguno de los casos posibles, lograremos hacernos entender con la facilidad conveniente.

Figuran en primer término entre aquellas personas los llama-

mados acreedores; pero como no todos son de igual clase, preciso es hacer de ellos mencion separadamente. En efecto, los acreedores pueden ser ó testamentarios, ó hereditarios; cuéntanse entre los primeros los herederos, ya sean voluntarios, ya necesarios ó forzosos, los legatarios, los mejorados, y todos aquellos á quienes se deja alguna manda, no por voluntad del testador sino por obligacion que le impongan las leyes; y entre los segundos, todos los acreedores del testador por deudas anteriores, á virtud de títulos ó causas particulares, la mujer por la parte de gananciales que la corresponde; la misma por razon de su haber dotal, ó viceversa; el marido por los bienes que aportare al matrimonio y por las ganancias. Pues bien, ¿se reputará interés para los efectos á que aludimos, tanto el que proceda de títulos hereditarios, como el que dimanase de títulos testamentarios? ¿Podrán asi el acreedor por deudas procedentes de títulos particulares, como el heredero ó legatario solicitar con derecho que se eleve á escritura pública el testamento hecho de palabra?

No hallamos razon alguna que escluya á ninguno de aquellos acreedores del derecho á pedir que se reduzca á instrumento público el testamento otorgado de palabra, ni mucho menos puede deducirse una consecuencia negativa del texto del *artículo 1381*. Efectivamente, si interés tienen los acreedores testamentarios en que la última voluntad, puramente verbal, se eleve á escritura, no es menor el de los hereditarios; porque si bien es una verdad legal, que la mayor parte de estos acreedores poseerán otros títulos independientes del testamento, que legitimen sus créditos, y respecto á crecido número de aquellos ningún efecto produce la declaracion de la deuda hecha en la última voluntad, si de otro modo no se acredita, sin embargo, siempre es provechosa; porque sirve á lo menos de punto de partida para las justificaciones ulteriores, y cuando no se acredita otra cosa en contrario vale como presuncion racional favorable al acreedor.

Si la mujer no acredita el haber dotal por otro medio independiente de la simple declaracion hecha por el marido en su testamento; si este no justifica haber aportado bienes al matrimonio, sino por lo que la mujer diga en su última voluntad; si el hijo de familia, no posee otros medios de justificar créditos que

el padre declare contra sí al testar, unos y otros pedirán sin fruto la entrega de las cosas ó cantidades que resulten del testamento, porque las leyes han creído, con justa y fundada razon, que si aquellas declaraciones probasen la existencia de los créditos, quedaba á los padres franca y libre la senda para la perpetración de toda clase de abusos y defraudaciones á los demas interesados en la herencia como acredores testamentarios; y á las veces tambien á los hereditarios. Mas, á pesar de esto, como la simple espresion de los créditos significa, cuando menos, que pueden existir aquellos, gozarán el concepto de interesados en la herencia, y servirán para pedir la reduccion del testamento nuncupativo á escritura pública.

En mas ventajosa situacion se hallan los que lejos de tener interés en que se haya otorgado un testamento solemne, por el contrario, de la existencia de este nace la pérdida de sus derechos. Nos referimos á los herederos legitimos ó abintestato, y á los que reunan circunstancias que en casos dados se les transmitan el derecho de heredar á falta de herederos testamentarios; porque si bien los unos y los otros no esperan cosa alguna favorable de la última voluntad que sea válida y eficaz; por el contrario, de su nulidad se prometen percibir la herencia, que en el caso de no haber testado les correspondiera. Efectivamente, los sucesores legitimos pueden entablar demanda de nulidad del testamento; los hijos desheredados pedirán tambien la rescision de la parte en que se les priva de la herencia; y como á las demandas respectivas deben acompañar testimonio fehaciente del testamento, claro es que cuando se haya hecho de palabra, necesita permitirles la Ley que soliciten la reduccion de aquel á escritura pública para los efectos indicados.

2.º *El que hubiere recibido en él (testamento) cualquier encargo del testador.* Esta segunda circunstancia es igualmente genérica; no precisa ni especifica los cargos á que hace referencia, y en verdad que esa generalidad puede dar ocasion á contestaciones y dudas, que tienen que resolverse por las disposiciones del derecho civil referentes á la materia.

La palabra, *encargo* usada en el art. 1381, excluye desde luego toda idea de participacion en los bienes de que se componga la herencia; porque bajo ningun punto de vista que se conside-

ran los derechos que nacen á favor de ciertas personas procedentes de herencia, pueden confundirse con los encargos que se encomiendan á la confianza. Y no vale decir que al heredero se le obliga á las veces al cumplimiento de una cosa, cualquiera, porque respecto á él es un deber de que no puede prescindir. Lo mismo acontece con los legatarios, á quienes se manda una cantidad ó una especie para que cumplan con obligaciones ó condiciones que al mismo tiempo se les imponen; al uno y al otro se los obliga á cumplir lo prescrito por el testador en el hecho de adoptar la herencia ó el legado; uno y otro por consiguiente se hallan comprendidos en el caso primero del art. 1381.

Efectivamente, las leyes han reconocido unos herederos, á quienes se titula fiduciarios, porque reciben la herencia con el encargo de distribuirla en los términos que ordena el testador: tambien se nombran personas á quienes se encarga el cumplimiento del todo ó de una parte de las disposiciones testamentarias, denominando á los que se confia ese cargo albaceas ó testamentarios. Asimismo, suele el testador dejar nombrados partidores ó contadores para que distribuyan la herencia entre los nombrados herederos. Ahora bien, los que reciben esos encargos del testador, ¿podrán pedir que se reduzca la última voluntad otorgada de palabra á escritura pública? ¿Son esos los referidos en el *núm. 2.º del art. 1381*? No abrigamos la menor duda de que los herederos fideicomisarios y los albaceas, se hallan comprendidos en aquella disposicion, porque reciben un encargo directo del testador relativo á una parte sustancial del cumplimiento de la última voluntad, contra la cual nada pueden los deseos ni la voluntad de los herederos.

Tambien los contadores ejercen un cargo interesante en la particion y distribucion de los bienes; tanto que cuando se trata de herederos forzosos no los puede imponer el testador la obligacion de someterse á lo que los contadores dispongan; pero si bien esto es exacto, el cargo no obstante, que se les confia, no tiene ni la importancia, ni el interés material que el de los fideicomisarios ni el de los albaceas; estos representan inmediatamente al testador, son llamados á desempeñar las funciones que por sí mismo ejerciera, si viviese; así es que figuran como actores en el cumplimiento de la última voluntad. Estos prece-

deben compararse los fideicomisarios y los albaceas, ó testamentarios con los contadores y partidores para los efectos del *art.* 1381; los últimos no están facultados para pedir que el testamento hecho de palabra se eleve á escritura pública.

2.º *El que con arreglo á las leyes pueda representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los casos que se expresan en los párrafos anteriores.* Esta parte dispositiva del *art.* 1381 no determina condiciones especiales que constituyan una nueva legitimidad; es la misma que la de los primeros números del artículo citado; la parte legítima que en el caso de que trata el número tercero pide que el testamento se eleve á escritura pública, es la que tiene interés propio en la última voluntad, ó la que haya recibido algún encargo del testador, representada por medio de persona legalmente autorizada para gestionar en nombre de cualquiera de aquellas.

En efecto, como puede acontecer que un hijo de familia, ó un menor de edad ó una mujer casada sean instituidos herederos, claro es que, atendiendo á la inhabilidad legal que les impide obrar por sí mismos, podrán pedir la práctica de aquella diligencia el padre, el tutor ó curador, ó el marido respectivamente, siempre que convenga á los intereses de aquellos.

Lo que en nuestro concepto puede ocasionar alguna dificultad, es la aplicacion del segundo caso; esto es, de aquellos que hayan recibido algún encargo del testador. Efectivamente, aquellas comisiones ó encargos que confían los testadores á personas determinadas, son por regla general personalísimos; como consecuencia inmediata de la confianza que se tiene en las personas á quienes se hacen; como acontece con los testamentarios, albaceas, fideicomisarios y otros semejantes. Ahora bien, esos encargos personalísimos ¿podrán encomendarse á personas terceras, á fin de que las cumplan? ¿Podrá el padre desempeñar por el hijo el cargo de testamentario? ¿Podrá el marido cumplir el encargo de fideicomisario? No tenemos dificultad en asegurar que no, porque la eleccion es personalísima.

Esto no obstante, como no son una misma cosa pedir la reduccion del testamento á escritura pública que cumplirle, ó llevarle á efecto en la parte que el testador haya recomendado

bien podrán los que sin poder representan á otros, pedir lo primero, aunque no están facultados para ejecutar lo segundo. Cuando esto no acontezca; cuando no sea puramente personal el encargo, ninguna duda puede suscitarse.

Pueda representar sin poder. Se comprende á primera vista que ha querido la *Ley* escluir á los procuradores, en quienes aunque se dá la aptitud legal esclusiva para representar á otros, no obstante necesitan la autorizacion especial ó sea el poder general ó particular para gestionar en nombre ajeno, en cualquiera clase de diligencias judiciales.

ART. 1382. *Hecha la solicitud, se señalarán día y hora para el exámen de los testigos y del Escribano, si hubiere concurrido al otorgamiento.*

Después de haber dictado la *Ley de enjuiciamiento* las reglas determinantes de la legitimidad para pedir la reduccion del testamento hecho de palabra á escritura pública, ordena en el artículo preinserto y los siguientes, la forma de proceder en la práctica de las diligencias necesarias.

Hecha la solicitud. Principia el espediente por escrito que ha de presentar la parte, concebido en los términos que quedan es-puestos en el *Comentario al art.* 1380. Pero no es suficiente que se presente solicitud escrita; es indispensable que se espese la cualidad que autoriza al solicitante para pedir que el testamento se reduzca á escritura pública. En efecto, si el simple hecho de presentar solicitud obligara al juez á acordar la práctica de las diligencias consiguientes, fuera en ese caso inútil lo dispuesto en el *art.* 1381.

Pero si el solicitante pide como heredero nombrado en el testamento; si manifiesta que es acreedor testamentario; si dice que ha recibido encargo del testador, ¿bastará su solo dicho para que el juez decrete la práctica de las diligencias? Supuesto que no sea bastante esa simple manifestacion, ¿cómo ha de justificar que se halla en cualquiera de aquellas circunstancias, cuando cabalmente el medio de probarla es el mismo testamento hecho de palabra? Esta consideracion nos inclina á creer que basta la expresion de la circunstancia que segun la *Ley* da la legitimidad, y que con solo alegarla tiene el juez que mandar