

madre, á falta de padre, un abuelo á falta de ambos, el curador testamentario cuando no existe ninguno de esos parientes, ó si alguno vive y carece de la capacidad necesaria, y el Juez cuando no hay curador testamentario. Como el derecho de cada uno se funda en la ausencia ó falta de los anteriores, si ese supuesto deja de existir, cesa su derecho. El rigor con que está aplicado ese principio es verdaderamente lógico. No podía suceder otra cosa en materia cuyas bases y fundamentos son tan claros y están de una manera tan correcta definidos. Ese mismo era el espíritu de la Ley anterior que los autores de la de 1881 han hecho muy bien en conservar, afirmándolo, si cabe, más rotundamente.

TITULO VI.

Del modo de elevar á escritura pública un testamento ó codicilio hecho de palabra.

Repetidas veces en el trascurso del largo comentario que venimos dedicando á la ley actual de Enjuiciamiento hemos indicado la oportunidad de que por medio de ella se modificaran algunos de los principios y reglas de nuestro derecho civil. Tienen los principios y reglas á que nos referimos íntima conexión y estrecho enlace con los del derecho procesal; de tal suerte que los unos dependen de los otros y están en realidad tan confundidos y mezclados que es indiferente modificarlos en aquel ó en este orden de preceptos. No por hacer la reforma desde aquí podría sostenerse jamás que el legislador había invadido atribuciones propias de una esfera distinta ó independiente. Tarda tanto, por lo demás, la reforma del Código civil que no podría atribuirse á impaciencia anticipar algunas de las modificaciones que aquel sin duda realizará, sobre todo si con esas modificaciones se atendía á alguna urgente necesidad. Eso sucede, como vamos á ver, en la materia trascendentalísima en que ahora nos ocuparemos; en la forma de elevar á escritura pública los testamentos hechos de palabra.

Para demostrarlo recordemos ante todo algunos de los principios consignados á ese propósito por las leyes sustantivas civiles. Según ellas los testamentos pueden ser abiertos ó cerrados. El testador puede declarar á presencia de otras personas cuál es su última voluntad, ó

puede reservarse de hacerlo y consignarla de una manera sigiliosa y callada de suerte que solo él la conozca, y solo despues de muerto se descubra y publique. En esta especie de testamentos no hemos de fijarnos ahora. Baste que hablemos de la anterior, de los testamentos abiertos, que puedan ser hechos por escrito ó de palabra. La Ley no entiende por testamentos abiertos y escritos los que materialmente han sido hechos por el medio de la escritura. Como veremos al analizar el artículo 1945 se llama solo testamento abierto y escrito el que ha sido otorgado de una manera solemne y elevado á escritura pública. Es por lo tanto testamento hecho de palabra el que no tiene este requisito, el que ha sido hecho por el testador ante testigos y ante notario ó testigos, sin llegar á solemnizarlo, lo mismo cuando se ha limitado á exponerles verbalmente su última voluntad que cuando se ha tomado de lo que dijo alguna nota ó apunte, ya por el notario, ya por los testigos, ya por el testador; pero sin llegar á redactar ú otorgar el necesario instrumento público.

Estos testamentos son los que se necesita elevar á escritura y de la manera de elevarlos trata aquí la Ley. Parte al hacerlo de lo dispuesto en la 1.^a del título XVIII, del libro décimo de la Novísima Recopilación que, bajo el epígrafe de "Solemnidad de testigos necesarios en el testamento abierto ó nuncupativo" dispone lo siguiente: "Si alguno ordenare su testamento ó postrimera voluntad con escribano público, deben ser presentes á verlo otorgar tres testigos á lo ménos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere, y si lo hiciere sin escribano público, que sean ahí á lo ménos cinco testigos, vecinos, según dicho es, si fuere lugar donde los pudiese haber, y si no pudiese ser habidos cinco testigos, ni escribano en dicho lugar, á lo ménos sean presentes tres testigos vecinos de tal lugar; pero si el testamento fuese hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los vecinos no sean testigos del lugar á donde se hiciere el testamento."

El objeto de esta Ley es notorio y claro. Se ha querido favorecer la expresión de las últimas voluntades; se ha querido facilitar al testador que en los últimos instantes de su vida quiere disponer de lo que deja, y que acaso no se encuentra en condiciones de rodearse, para declarar lo que quiera, de los medios y condiciones que han de garantizar la

ejecucion de su postrer deseo. Pero ¿se ha atendido de la propia manera á la necesidad de garantizar la legítima trasmision de los bienes y al interés de impedir fraudes y despojos que en cuestion de herencias habrán de interesarse todos los dias? Nosotros, por lo ménos, lo dudamos. Una larga práctica y un estudio constante de este linaje de asuntos nos mueven á mirar con grandísima desconfianza, con invencible prevención esas reglas de la Ley recopilada. A su sombra han sido posibles muchos abusos y lo serán más todavía, especialmente en los grandes centros de poblacion, que es donde se forman y transmiten las cuantiosas fortunas capaces de escitar el apetito de los criminales y la codicia de los desalmados, y de animarles á falsear las garantías que acabamos de exponer.

Algunas observaciones prácticas y algun ejemplo, demostrarán que nuestra crítica no es, por desgracia, infundada.

II.

Que un hombre que vive en su casa de campo ó en un pequeño pueblo donde no hay Notario, ó á larga distancia del punto en que reside el más próximo de los depositarios de la fe pública, prescinda de su concurso para solemnizar la última voluntad que otorga, es verosímil. Hay dificultades materiales que explican suficientemente esa omision. Pero que hallándose en condiciones completamente distintas, proceda de esa manera no se justifica más que por la amplitud excesiva con que la Ley lo tolera.

En los mismos dias en que escribimos este comentario dan cuenta los periódicos de Madrid de un hecho harto significativo que pone de relieve con más vigor que nosotros podriamos hacerlo los defectos de ese sistema. Dicen que en un Juzgado de nuestra capital acaban de promoverse actuaciones sobre un caso singularmente curioso que relataremos, porque ha de excitar el interés de nuestros lectores y convencerles de la exactitud de nuestro juicio. El caso es el siguiente: En la madrugada del 10 de Octubre de 1882 falleció N. N., habitante de la calle de C** Media hora antes de morir otorgó disposicion testamentaria, segun se dice, en los términos que luego expondremos.

Nada tiene de particular que otorgue su última voluntad, sino que es natural que lo verifique, el que se halla en trance de muerte, si estando en buena salud y con ánimo tranquilo y reposado, no cuidó de disponer de sus bienes para despues de su fallecimiento. Lo particu-

lar del caso es, y por eso lo hemos calificado más arriba, de singularmente curioso, que segun las actuaciones incoadas, el difunto, media hora antes de morir mandó llamar á siete testigos para que oyeran el testamento que de palabra iba á hacer ante ellos. No se darán, en efecto, muchos casos como éste, en que en una poblacion como la de Madrid, donde tanto abundan los Notarios, el testador prefiera prescindir de la intervencion de uno de esos depositarios de la fe pública para la disposicion de sus bienes en última voluntad y expresarla más bien ante testigos, zapateros y silleros de portal y jornaleros, como parece lo son los examinados en las actuaciones promovidas para la elevacion de ese testamento á escritura pública.

Presta mayor interés al caso la circunstancia de que habiendo sido instituida heredera, segun las declaraciones de los testigos, la sirvienta del difunto, casada, que con su marido eran los únicos que vivian en la habitacion, resulta que el esposo de la heredera es uno de los testigos que han declarado respecto á este curioso testamento; curioso, repetimos, por las circunstancias de tiempo, lugar y ausencia de Notario en que se ha realizado. Si el difunto hubiera sido un pobre ó un hombre de escasos recursos, á pesar de todo ello habrian quizás pasado los hechos completamente inadvertidos. Pero como no sucede así, como el testador disponia de una cuantiosa fortuna, como se sabe que tenia hecho en el Monte de Piedad el depósito de valores importantes más de doscientas mil pesetas, y que poseia otros bienes de diferentes clases, y tambien de consideracion, todo esto ha contribuido en primer lugar á que varios parientes acudan á impugnar el testamento y á reclamar la herencia, y en segundo término á que la opinion se fije en estos hechos y la prensa los comente de una manera desfavorable para las leyes que exigen tan pocas solemnidades en la expresion de la postrera voluntad de una persona.

No nos es lícito detenernos en el exámen de esos hechos, ni levantar sobre ellos suposiciones que podrian parecer y que acaso fueren poco fundadas. Nos limitaremos á tomar base de lo que ellos mismos revelan, sin necesidad de otros esclarecimientos ó de más expresivos comentarios para criticar las reglas vigentes en la materia. Esos hechos demuestran que este es un punto en el cual, al amparo de semejantes disposiciones, pueden cometerse grandes abusos. ¿Por qué no impedirlos? ¿Por qué no dificultar cuando ménos su ejecucion?

La Ley recopilada que ántes citamos, ha sido objeto de serias impugnaciones por parte de nuestros tratadistas. ¿Por qué no se ha atendido al espíritu que dictaba esa crítica? Se ha creído y con razón que aquella Ley dejaba muy al descubierto los grandes intereses de las familias, al atribuir tanta importancia y alcance á declaraciones de testigos en semejantes casos, sin exigirles eficacísimas garantías de providad y de veracidad en sus dichos, y al admitir á personas desconocidas, sin representacion ni arraigo alguno, á deponer sobre instituciones de heredero, hechas ante ellos en las ansias de la muerte. Se ha creído que al prescindir de Notario en un acto como el de la última disposicion de bienes, habiendo más de uno á la mano y costando ménos trabajo llamarlo quizá que convocar á siete testigos procedentes muchas veces de puntos distintos, era tratar con demasiado menosprecio legalmente á los depositarios de la fe pública, y mecerse en un optimismo exagerado en que las leyes no deben incurrir jamas. ¿Y por qué, repetimos, se ha prescindido al legislar sobre esa materia tan por completo de esas creencias?

Una gran parte de la opinion, ya que no digamos la unanimidad de ella, pide que los legisladores fijen su atencion en el punto en que nos ocupamos; y por nuestra parte creemos que habia razon sobrada para haber hecho algo en la Ley de procedimiento inspirándose en ese sentido y con el propósito de favorecer la tranquilidad de las familias.

No era necesario, ni acaso conveniente prescindir en absoluto de lo que dispone la ley recopilada, base doctrinal de este título. Bastaba con haberla modificado; bastaba con haberla combinado con nuevas disposiciones. Muy bien que subsista allí donde no haya notario público el sistema de los cinco testigos vecinos del pueblo ó de los siete testigos no vecinos; pero es completamente distinto en las poblaciones donde existe notario, y sobre todo en las grandes ciudades, donde, por motivos que están al alcance de todos, hay que vivir más en guardia contra el engaño y la corrupcion, que son ménos temibles en las aldeas y en los pequeños pueblos por la sencillez de costumbres que en ellos reina. Pero á nuestro juicio en los lugares donde existe notario su intervencion deberia ser, por regla general, necesaria para el otorgamiento de las últimas voluntades, sin perjuicio de que en un caso excepcional (siempre que la excepcion quedase bien demostrada) fuera bastante la intervencion de testigos sin notario.

Pero entónces habia de ser preciso que se practicara una justificacion cumplida de que, requerido el notario para asistir al otorgamiento de la última voluntad, no habia sido posible lograr por algun motivo su intervencion. En ese caso tambien exigiriamos que los testigos tuvieran y demostrasen de una manera no ménos cumplida y eficaz que poseian el arraigo y cualidades indispensables para dejar fuera de toda duda, en lo racional y en lo posible, la veracidad y buena fe de su proceder y de sus acertos. No sabemos por qué cuando se trata, por ejemplo, de fijar las condiciones de que han de estar adornadas, por ejemplo, las personas llamadas á desempeñar ciertos cargos, como el de jurado, por ejemplo, se les ha de exigir que acrediten tantos requisitos y tan excepcionales circunstancias y cuando se enumeran las que tienen capacidad para testificar en un testamento nuncupativo nada ó muy poco se les pide, como si en manos de éstas no hubieran de hallarse, más todavía que en la de aquellos la hacienda y la suerte de una familia.

El hombre sin casa abierta, profesion ni oficio, de fama dudosa y costumbres reprochables; el que dé motivo á legítima desconfianza por cualquier motivo, por su conducta, por sus pasiones, por su interés directo ó indirecto en el negocio, ¿cómo ha de poder emitir un testimonio aceptable en expediente tan árduo como el que se incoa para elevar á escritura pública un testamento hecho de palabra?

III.

Y si estas razones,—muchas de las cuales copiamos nosotros ahora aquí de los periódicos que las han alegado estos dias con motivo del hecho ántes referido,—y si estas razones no son convincentes apelaremos para reforzarlas á los antecedentes que nos suministra la crónica judicial. Repítense en ella con extraordinaria frecuencia los casos de testamentos falsificados al amparo de ese sistema. Algunos de esos casos han puesto de relieve, además, que quienes explotan ese defecto de la Ley tienen habilidad bastante para aprovechar todas sus in experiencias y todos sus vacíos. En ese punto han llegado los criminales á un grado de perfeccion que asombra, y que los Jueces deben tener en cuenta para vivir advertidos contra cierto género de sorpresas.

Es muy fácil hacer que se contradigan testigos que deponen de un hecho falso y que lo afirman, porque no hay prevision que alcance á instruirlos en todos los pormenores sobre los cuales puede un Juez dis-

creto interrogarles. Habrá, pues, distintas versiones sobre el lugar, la ocasión, la situación de las personas, etc., etc. Un Juez inteligente no podrá ser engañado cuando los hechos ocurran de esa manera. Pero para evitar tales peligros han escogido los fautores de esas falsedades un medio harto ingenioso y que es sin duda eficazísimo.

Se trataba de confeccionar un testamento, y ¿qué hacían? Uno de ellos figuraba el testador, postrado en el lecho, fingiendo las ansias de la muerte próxima; los demás le rodeaban. El testador hablaba, exponía su última voluntad, fingiendo en esta indigna comedia la realidad que iba á simularse. Concluido el acto cada cual sabía ya su papel, reducido á referir con exactitud lo que había visto. Y como todos habían visto lo mismo era imposible equivocarse y era imposible contradecirse. Les preguntaba el Juez y todos estaban acordes, sobre la situación de los concurrentes, sobre la postura del testador, sobre el color de las ropas de su lecho, sobre los muebles de la habitación, sobre la hora á que tenían lugar los sucesos, sobre las palabras pronunciadas por cada cual, y en suma sobre todos los detalles, aun los más insignificantes que podrían recordarse y traerse á los autos. Se nos dirá que, aun así, á un Juez discreto no se le escapa la verdad de lo ocurrido. Indudablemente; pero en esas condiciones qué difícil es que la contradicción resulte plenamente comprobada! Para casos de esta especie es para los que nosotros pedimos prevision al legislador á fin de que adopte medidas y reglas que impida ejecutarlos.

Antes de ahora hemos dicho que en un proceso reciente el Tribunal Supremo había declarado que no cometían falsedad en juicio, para los efectos de la ley penal, testigos que deponen falsamente en un expediente de jurisdicción voluntaria incoado para elevar á escritura pública un testamento hecho de palabra. No estamos de acuerdo con esa doctrina. Si de una parte el sistema de la Novísima Recopilación permite esas falsedades, y de otra se alienta á los que las cometen con la aplicación benigna de los artículos del Código ¿qué garantía se dá á las familias de que los bienes que les pertenezcan no han de estar á merced del primero que intente sin peligro apoderarse de ellos? El legislador y los Tribunales deben fijar su atención en este punto más de lo que lo han hecho hasta ahora y comprender que es indispensable aquí una reforma de nuestro derecho civil y tan precisa como eso la aplicación inexorable y rigurosa de nuestro derecho penal. Sin la resolución

necesaria para ello preveemos que muchos fraudes quedarán impunes y muchos despojos se cometerán á mansalva.

Art. 1943. A instancia de parte legítima podrá elevarse á escritura pública, el testamento hecho de palabra. (*Ley anterior, art. 1380.*)

Art. 1944. Se entiende ser parte legítima 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 encuentran en los casos que se expresan en los números anteriores. (*Ley ant., art. 1381.*)

La ley actual en estos artículos se ha limitado á reproducir las disposiciones contenidas en el 1380 y el 1381 de la anterior, disposiciones, en general, acertadas, porque en esta materia no se debe proceder de oficio, sino por virtud de gestión de las personas á quienes importe que se cumpla la última disposición de que aquí tratamos. Si estas personas, que han de ser herederos, sustitutos, fideicomisarios, mejorados, legatarios, acreedores reconocidos y cualesquiera otros que tuvieren interés en la herencia ó que hayan recibido encargos del testador, como sucederá á los fiduciarios, testamentarios, contadores-partidores, no hacen gestión alguna se entenderá que renuncian á los beneficios que de hacerlo podían obtener y que prefieren se abra el ab-intestato de quien hubiese fallecido, para lo cual tienen derecho.

Aprobamos, pues, lo ordenado en el art. 1943 y en los dos primeros números del 1944. Sobre lo que debemos decir algunas palabras es acerca de lo que ordena el número tercero de ese último artículo. Dispónese en él que sea considerado también parte legítima quien con arreglo á las leyes pueda representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los casos anteriores. Se dice esto á fin de autorizar al marido para que en nombre de su mujer, al padre en nombre de sus hijos, al tutor en nombre de sus pupilos, y al curador en representación de los que están bajo su guarda, puedan solicitar que sea elevado á escritura pública un testamento hecho de palabra. Pero podía entenderse que esa cláusula limitaba el derecho de la mujer, el hijo, el menor ó el incapacitado para practicar por sí mismo ó de otra manera