

Romano, es decir, que han de reducirse en debida proporcion todas las donaciones sin distincion de fechas: pero ni cita ley espresa, ni sus argumentos pueden prevalecer

contra los fuertes y sencillos motivos de nuestro artículo.

Vé, para la perfecta inteligencia de este artículo y del anterior, el 647 y siguientes.

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

APENDICES.

NUMERO 4 (1).

¿Admitiremos el testamento ológrafo?

El Código Frances lo admite en su artículo 969, y en el siguiente dice: "El testamento ológrafo no será válido si no está escrito enteramente, fechado y firmado de mano del testador; y no queda sujeto á ninguna otra formalidad." En el artículo 1007 se ordena que deba ser presentado al Presidente del tribunal, etc., antes de procederse á su ejecucion.—El Código Sardo, artículo 744, no admite sino el público, ó abierto; y el secreto, ó cerrado.—El Código Holandes lo admite en su artículo 978, segun se infiere de la cita de Mr. Rogron (vé los otros Códigos).

El Derecho Romano no reconocia el testamento ológrafo, sino cuando se testaba por el derecho ó privilegio militar, y el del padre entre hijos, Novela 107, capítulo 1, y ley 40, título 1, libro 29 del Digesto.—La ley 7, título 1, Partida 6, tomó del Derecho Romano el testamento ológrafo del padre entre hijos; pero la ley 3 de Toro (hoy 2, título 18, libro 10, Novísima Recopilacion), rechazó esta distincion.

Sin embargo, las leyes 12, 13 y 15, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo, admiten el testamento ológrafo; la 15 que lleva por epigrafe "*De olografis scripturis*," es la mas

1. Al artículo 564.

expresiva, y ordena que, cuando por la calidad de los lugares no se encuentre el suficiente número de testigos, se pueda hacer testamento escribiéndolo el testador todo de su mano, espresando el dia y año, y firmándolo: que dentro de seis meses de la muerte del testador, y habido el testamento, sea presentado al obispo ó juez, y averiguada la verdad (legitimidad) por el cotejo de otros escritos del testador, lo firmen y valga.

La diferencia, pues, entre el Código Frances y el Fuero Juzgo está en que el primero hace del testamento ológrafo un derecho comun, y el segundo un derecho escepcional y privilegiado.

Ni el Código Sardo ni el señor N. lo han admitido aún en los testamentos especiales.

El Código Frances no hizo más que estender, á las provincias que se regian por el *Derecho escrito ó Romano*, el testamento ológrafo admitido ya en las provincias de *costumbres*, y perfeccionado por la Ordenanza de 1733, obra del inmortal D'Aguesseau.

En el discurso 56 se dan brevemente los motivos: "Las provincias de *Derecho escrito* no lo admitian por respeto á la legislacion Romana, que habia exigido tantas solemnidades en el testamento, á causa de estar ligado al ejercicio de los derechos políticos. Ahora está reconocido que es un derecho puramente civil, y debe facilitarse su ejerci-

con las precauciones suficientes para asegurarse de la verdadera voluntad del testador; ¿qué prueba ó medio más á propósito para conseguirlo que un documento escrito enteramente y firmado por él, con espresion de la fecha? En el 55 se dice: "Esta forma es la más cómoda, y la esperiencia no ha hecho ver que de ello hayan resultado abusos bastantes para determinar su supresion."

La legislacion Francesa ha sido desde muy allá mucho más suspicaz que la nuestra para admitir pruebas en materias de interés, como se vé en las señaladas para los contratos y obligaciones: la admision del testamento ológrafo prueba que no se habian notado en este punto tantos abusos y peligros.

Generalmente hablando, deben ser mayores las dificultades para contrahacer ó fingir un testamento que un vale; y el valor de este puede absorber toda ó la mayor parte de una herencia; ¿por qué, pues, negar á un testamento ológrafo la fuerza que tiene un vale, segun nuestros artículos 1204 y 1206, con la sola firma del que se presume obligado?

Entre nosotros, *todos los individuos* del fuero de Guerra pueden otorgar por sí sus testamentos en papel simple, y firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, segun la ley 8, título 18, libro 10, Novísima Recopilacion; y á pesar de ser tan dilatado aquel Fuero y no exigir la ley sino la firma, ¿se han visto muchos ejemplares de suplantacion ó falsedad? Y si se hubieran visto, ¿no se habria limitado este funesto privilegio á los militares estando en campaña, segun parece haberse hecho por la Ordenanza de 1739, y se desprende de la ley 7?

En nuestras provincias de Fueros se observa el Derecho Canónico, y vale el testamento otorgado ante escribano y dos testigos: no habiendo escribano, puede suplirle el cura ú otro clérigo, aunque en algunas se procede despues á su abonamiento: ¿se han experimentado allí más abusos que en Castilla?

Si no hay fundado temor de abusos, es innegable que el testamento ológrafo facili-

ta sobremanera el ejercicio del precioso derecho de testar. Las solemnidades del testamento cerrado son muchas y engorrosas; además, no se puede ocultar que se ha testado, y esto solo puede causar alarmas y disgustos; en el abierto hay el inconveniente mayor de hacerse públicas las disposiciones: de aquí el retraimiento de testar, y lo que es mucho peor, el testar *in extremis* por sorpresa y sugerencias ó intrigas codiciosas.

El Fuero viejo de Castilla, título 3, no permitia al mañero (sin hijos) disponer en la última enfermedad sino del quinto.

Entiendo, pues, que debe darse entrada en el nuevo Código al testamento ológrafo con las precauciones que parezcan oportunas para su presentacion y comprobacion, segun se ve en el artículo 1007 Frances: el 916 de procedimientos civiles sobre esto mismo nada dice, y todavía con mayor espresion en la citada ley 15 del Fuero Juzgo.

Mayor seguridad resultaria mandándose su depósito ó entrega á un escribano público en presencia de dos testigos; pero esto perjudicaria al secreto, á veces conveniente, sobre el simple acto de testar; y seria preciso adoptar, para la entrega y apertura, algunas de las solemnidades del testamento cerrado.

Si esta innovacion pareciere escensiva, creo que al menos debe admitirse en los testamentos de padres entre hijos, aunque contengan mandas á favor de estraños, puesto que nunca pueden pasar del quinto, cuando en todas las otras legislaciones la legitima de los hijos es mucho menor: debe tambien admitirse en todos los testamentos especiales ó privilegiados, y esto es conforme á la citada ley del Fuero Juzgo.

NUMERO 5 (1).

¿Se admitirá el testamento nuncupativo ante cierto número de testigos sin escribano ó con este, pero sin reducirlo á escrito en el acto, leerlo al testador y firmarse por quien mejor parezca?

El Derecho Romano lo admitia; pero ni él, ni el escrito requería la presencia del escribano: lo mismo se encuentra en las leyes

1. Al artículo 572.

1 y 2, título 1º, Partida 6; y la ley del Ordeamiento de Alcalá (hoy 1, título 18, libro 10 Novísima Recopilacion), no exige escribano sino en un caso, pero sin espresar que haya de reducirse á escrito en el mismo acto, ni quien ó quiénes hayan de firmar.

Ni el Código Frances ni el Sardo, lo admiten en el sentido ó latitud del Derecho Romano, y el nuestro Patrio (artículo 671 Frances, 745 y siguientes Sardos). El Código Frances no hizo en esto sino mantener la legislacion vigente por el artículo de la Ordenanza de 1735.

El testamento nuncupativo, así entendido, tiene sobre el abierto ó escrito, la ventaja de la celeridad, que puede ser muy preciosa en momentos criticos, ó de agravacion del enfermo; pero tiene tambien las desventajas de la publicidad en las disposiciones, y de la inestabilidad en la prueba por la muerte de alguno de los testigos.

En Castilla está recibido el testamento nuncupativo sin asistencia de escribano: por la ley arriba citada, bastan cinco testigos vecinos del lugar en que se otorga, y aun tres, si no pueden ser habidos cinco, ni escribano en dicho lugar.

Por la ley 9, título 3, libro 3, Recopilacion Navarra, vale allí el testamento nuncupativo, otorgado (á falta de escribano) ante el párroco ú otro clérigo y dos testigos vecinos, á falta de clérigo, ante tres testigos vecinos.

En Aragon para el testamento en despojado bastan el capellan que lo recibe, y dos muchachos mayores de siete años; á falta de estos, el capellan y una muger.

El hospital general de Zaragoza tenia respecto de sus enfermos un privilegio parecido: pero en ambas provincias estos testamentos debian ser seguidos de las diligencias que se llamaban *abonamiento* para reducir los á escrito y protocolizarlos.

Respecto de Cataluña, vé lo espuesto en el artículo 572.

Lo admitió tambien el Fuero Juzgo por la ley 11, título 2, libro 5, imponiendo á los testigos la obligacion de ponerlo en noticia

de los herederos, y señalando el término de seis meses para practicar las diligencias judiciales.

Yo no encuentro motivos suficientes para abolir la legislacion nacional, consignada en todos los Códigos generales, en todos los fueros provinciales, y vigente hasta hoy desde la fundacion de la Monarquía. ¿Dónde están las quejas contra las falsedades y abusos cometidos á la sombra de esta legislacion? El requisito del domicilio en los testigos, es ya una garantía; en nuestras provincias del Norte las poblaciones suelen ser cortas, y muchas de ellas de difícilísima comunicacion entre sí durante la temporada de nieves; hay un solo escribano de número para dos, cuatro y seis poblaciones, y además puede estar ausente de la de su residencia; sin la facultad de testar de viva voz ante un competente número de testigos, se verian condenados muchas veces á morir intestados los heridos de muerte, los acometidos de un accidente, ó enfermedad aguda.

La segunda parte de esta cuestion parece mas propia de una ley de notariado; así es que la citada ley 1, título 18, libro 10 Novísima Recopilacion, nada prescribe sobre esto. La ley 11, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo, admite tambien el testamento nuncupativo con solo testigos; pero son notables sus palabras, "voluntas defuncti quae instante quocumque periculo conscribi nequiverit, et tamen ab eo qui moritur (qui moriturus est" segun el Código de Cardona), "jussa fuerit alligari." De estas palabras se infiere naturalmente que solo habia lugar al testamento rigurosamente nuncupativo cuando por un peligro inminente no pudo hacerse por escrito, y que solo valia cuando el testador moria á consecuencia del peligro: en la version castellana faltan las dichas palabras.

NUMERO 6 [1]

La seccion al someter esta base al examen de la Comision, ha prescindido de teorías y de cuestiones puramente especulativas, que todos hemos agitado en la escuela

1. Corresponde al artículo 629.

con más curiosidad que provecho. "¿De dónde viene el derecho de propiedad ó el tuyo y el mio? ¿Está limitado por el uso? ¿Puede el hombre disponer de una cosa para cuando no exista, ni la necesite? ¿La testamentación es de derecho natural, lo es al menos de gentes, ó mera y rigurosamente de origen civil?"

Todo esto puede ocupar al filósofo, que se forja sociedades imaginarias, pero no al legislador que se las encuentra ya formadas: el hombre es esencialmente social; no puede haber sociedad sin propiedad, y en la sociedad todo está subordinado á la ley civil. Lo están, pues, los medios ó modos de adquirir y transmitir la propiedad, y mas que todos, los que arreglan la trasmision por testamento.

Así la cuestion está reducida á si la ley en interés de la sociedad, debe ó no autorizar la trasmision de la propiedad por medio de sustituciones.

Escusado es advertir que por la base no queda escludida la sustitucion conocida en el derecho con el nombre de *vulgar*, para el caso de que el inscrito en primer grado no quiera ó no pueda ser heredero: en este caso no se verifica sino una primera trasmision de la propiedad.

Se trata solo de las trasmisiones sucesivas ó sustituciones en grados ulteriores, y cuando el primer llamado entró en el dominio, posesion y goce de los bienes.

Por de contado las sustituciones perpétuas, conocidas con el nombre de fideicomisos y mayorazgos, están abolidas y á la verdad no es este el tiempo en que pueda tratarse seriamente de renovarlas.

La materia de sustituciones es una de las mas difíciles y complicadas del derecho: la Seccion se propone desembarazar de ellas al nuevo Código, admitiendo únicamente la vulgar.

Mas por ahora la base propuesta se refiere á la esclusion de las sustituciones fideicomisarias, es decir, aquellas en que se deja la herencia á otra cosa, con la obligacion de que á la muerte del que la reciba haya de pasar

á otro, obrándose así la trasmision de la propiedad por medio de una persona interpuesta entre el nuevo dueño y el testador.

Las instituciones perpétuas de esta especie, ó los fideicomisos perpétuos, están abolidos por la ley de 27 de Setiembre de 1820 y otras recientes.

La Seccion va mas lejos, pues pretende que se prohiban todos, aun los reducidos ó que se limiten á un solo grado ó generacion.

Admitiéndose los fideicomisos temporales, como lo hizo Justiniano por cuatro grados ó generaciones, ademas de los perjuicios económicos que esto acarrearía, en el entretanto, podrian por un medio indirecto hacerse perpétuos con solo renovarlos el último llamado.

La facultad de disponer, sobre todo para el caso en que se ha de dejar de existir, puede y debe ser modificada por la ley segun lo exija ó aconseje el interés público.

La ley que autoriza al testador para que arregle su sucesion ó trasmision inmediata de sus bienes, no debe por esto autorizarle á que arregle á su antojo las siguientes con menoscabo de los derechos del nuevo señor, y los perjuicios económicos consiguientes á la prohibicion de enajenar.

La Seccion no ha desdeñado tomar esta base del Código Frances, porque le parece provechosa, y creo que tomará tambien del mismo la disposicion, por la que se autoriza al testador á dejar á uno el usufructo, y á otro la propiedad de una misma cosa.

Alguna analogía ó semejanza hay entre este caso y el de la sustitucion que se rechaza: la Seccion no se lo disimula á pesar de los ingeniosos ó sutiles argumentos de los autores del mencionado Código; pero al fin no habrá aquí mas que una sola trasmision de la propiedad emanada directa ó inmediatamente del testador; y por otra parte, ¿cómo prohibir á este que por un mismo acto y por una sola vez separe al usufructo de la propiedad?

El usufructo en general es anti-económico; pero hay casos en que por otras consideraciones lo establece la misma ley, y su res-

peto por el derecho de propiedad la lleva á tolerarlo siempre que sea efecto de ella.

Tampoco se oculta á la Seccion que podrá eludirse indirectamente la prohibicion de la sustitucion en el primer grado; podrá uno, v. g., dejar á otro por heredero para el caso ó con la condicion, si tuviere hijos, y no teniéndolos, dejarle el usufructo, y á otro la propiedad.

Pero al menos aquí será dueño y podrá enajenar cuando los tenga, y ademas los hijos puestos en condicion, segun la opinion comun, no se entienden puestos en sustitucion.

Ha creido tambien la Seccion que podría admitirse una escepcion ó modificacion de la base para el caso en que el denatario heredero ó legatario sea menor de la edad necesaria para testar, y muera sin llegar á ella: el donador ó testador debe tener facultad para darle un sustituto en los bienes libres que le dona ó deja, si el menor llega á morir antes de la edad mencionada.

Esta escepcion ó modificacion tiene por objeto favorecer á los menores ó pupilos: sin ella podría ocurrir que se retrajeran muchos de ejercer su liberalidad hácia los mismos por el temor, ó más bien por la seguridad de que no llegando á la edad para poder testar, recaeria lo donado ó dejado en otras personas que no fuesen del agrado del donador ó testador.

NUMERO 7 (1).

LEGÍTIMA Ó RESERVA A FAVOR DE LOS DESCENDIENTES LEGÍTIMOS.

¿Conviene hacerla, ó más bien dejar á los padres y ascendientes en absoluta libertad para disponer y testar de sus bienes, aun en favor de extraños?

Esta cuestion de tan alto interés social, bajo cualquier aspecto que se la mire, es precisamente la que mas divide la legislacion Foral de la Castellana.

Sin embargo, nosotros no podemos prescindir de la unidad de Códigos, por ser un

1. Corresponde á la seccion 1, capítulo 6, título 1, De las herencias.

artículo constitucional, y punto debatido ya, y resuelto en la Comision general.

Habremos, pues, de optar entre una ó otra legislacion; sin que esta alternativa inevitable escluya algun temperamento ó término medio para suavizar el cambio recíproco de las dos legislaciones, conservando en lo posible el espíritu de ambas, comunicando sus ventajas, y facilitando la continuacion de ciertas prácticas, tan antiguas como queridas; lejos de mí el sacrificar en este, ni en otro punto una legislacion á otra, ni reconocer supremacia de la Castellana sobre la Foral, ó al contrario: vamos á proponer leyes que han de regir á todos los españoles, y no debemos consultar en su redaccion sino lo mejor, ó lo bueno para todos.

Para mejor resolver esta importante cuestion, conviene hacer una reseña histórico-legal de todo lo concerniente á ella.

Al hablar de la legislacion es casi imposible pasar en silencio la Romana y muchas en la materia de legítimas, que ha pasado á nuestras Partidas, tal como se encontraba últimamente en aquella.

Sabida es de todos los Jurisconsultos la concisa y enérgica disposicion de una ley del título 18 de las doce Tablas "uti legassit suae rei, ita jus esto;" y no es fácil, ni importante el averiguar, si esta ley fué aportada nuevamente de la Grecia, ó de origen anterior romano.

Lo cierto es que por ella quedó consagrada la omnipotencia del padre de familias para disponer de sus cosas como bien quisiese: pero, como observa el Jurisconsulto Paulo (ley 11, título 2, libro 18 del Digesto), no era extraño que el padre pudiese desheredar libremente á los hijos, sobre quienes tenia tambien el derecho, aun mas terrible, de vida y muerte.

Un pueblo guerrero, semi-bárbaro y tan celoso de su libertad para con los poderes públicos, en lo tocante al régimen del Estado, debia serlo mas por lo respectivo á su hogar doméstico, y al gobierno interior de su familia, en el que no era necesaria la participacion de aquellos: por el mismo principio