

LEY TERCERA.

(L. 2.^a, TÍT. 18.^o, LIB. X, NOV. REC.)

Ordenamos y mandamos que la solemnidad de la ley del Ordenamiento del Sr. Rey D. Alonso, que dispone cuántos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos ó descendientes legítimos, ora entre herederos extraños; pero en el testamento cerrado, que en latin se dice *in scriptis*, mandamos que intervengan á lo ménos siete testigos con un escribano, los quales ayan de firmar encima de la escriptura del dicho testamento ellos y el testador si supieren ó pudieren firmar, y si no supieren y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas y más el signo del escribano. Y mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos; y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento. Los quales dichos testamentos y codicilos, si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no hagan fé ni prueba en juicio ni fuera de él.

COMENTARIO.

I.

1. Ya encontramos plenamente en esta ley el carácter que hemos asignado á la generalidad de la coleccion: ya encontramos disidencias de derecho, dudas que era necesario resolver,

y que ella señala y resuelve. Los términos literales expresan que no es su precepto una disposición fundamental, primitiva, sino que viene después de otras, y precisamente á reformarlas ó á concertarlas.

2. No es nuestro ánimo el exponer originaria y completamente las materias sobre que recaen estas leyes de Toro, como lo hacían en otro tiempo con aplauso y utilidad algunos de sus comentadores. El derecho español está más estudiado en el día: sus tratados elementales son conocidos de todo el mundo: una obra especial como la que nos hemos propuesto no debe salir de su esfera propia, para extenderse á cuanto tenga con ella roce ó relación. Mas esto no impide ni el que estudiemos profundamente las leyes mismas para conocer bien todas sus disposiciones, ni tampoco el que tengamos que volver la vista hácia atrás, cuando las encontramos como la presente, para examinar ó recordar lo que había ántes de ellas, porque de otro modo ni alcanzariamos su razón ni comprenderíamos su espíritu.

3. Así, como esta ley tercera trata de las solemnidades externas del testamento, parécenos necesario indagar lo que existía sobre tales solemnidades en la legislación castellana á principios del décimo-sexto siglo.—Veremos primeramente qué era lo dispuesto por leyes de índole y procedencia española, el Fuero-Juzgo, el Fuero Real y el Ordenamiento de Alcalá; y examinaremos después lo que ordenaban las Partidas, de origen teórico y romano, como queda dicho con bastante repetición.

4. El Fuero-Juzgo había consagrado á esta materia la ley 11.^a, tit. 5.^o del libro II; en la cual se reconocen cuatro maneras válidas de hacer testamento. Es la primera, dice aquella ley, cuando se redacta por escrito, extendiéndolo y firmándolo su autor, y además de él los testigos que fueren presentes. Es la segunda, cuando le escribe el propio testador, pero no le autoriza él y los testigos, sino alguno entre todos ellos tan sólo. Es la tercera, cuando el otorgante no sabe escribir, y pide á alguno de aquellos que lo extienda y lo garantice con su firma. Y es la cuarta, por último, cuando no hay escritura alguna, sino que se hace meramente de palabra, á presencia de los que han de testimoniarlo. De todos estos modos, repetimos, admite y consagra la referida ley las últimas solemnes voluntades de los hombres: de todos ellos dice: «cada una destas quatro maneras de fazer manda, deve valer.»—Mas ¿cuál había de ser, según ese derecho, el número de los testigos que deberían concurrir y estar presentes al acto de que tratamos? Ni una sola palabra,

ni una sola indicacion encontramos acerca de tal punto. Fatigárase inútilmente buscándolas la erudicion; y tendrá que concluir el buen sentido, contentándose para este hecho con lo que segun el propio código constituye prueba en todos los de cualquiera otra clase.

5. Si pasamos del Fuero-Juzgo al Fuero Real, hallamos sin duda algo parecido. «Todo home que fiziere su manda (dice la ley 1.^a, tit. 5.^o del lib. III) fágalo por escrito de mano de los escribanos, ó de alguno de ellos que sean públicos, ó por otro escribano que ponga su sello conoscido, que sea de creer, ó por buenas testimonias: la manda que fuere fecha en qualquier destas quatro guisas vala por todo tiempo, si aquel que la fizo no la desfiziere.»—Texto oscuro como el anterior, y en el que, si bien encontramos ya al escribano que en aquel no había, quedanos siempre por declarar el número de testigos que son indispensables, ora como solemnidad, ora como prueba del testamento.

6. El Ordenamiento de Alcalá hizo adelantar esta materia como tantas otras. Segun la ley única de su título 19.^o, los testamentos que se redactasen ante escribano debian ser autorizados con tres testigos, vecinos del lugar donde se otorgaran; y los que lo fuesen sin aquel requisito tenian precision de contar cinco, igualmente vecinos del lugar, á no ser que fuera imposible haberlos, en cuyo caso bastaría con tres tan sólo (1).—Mas esta ley, que así fijaba lo que hasta entónces no se había fijado por los fueros generales, dejaba, en verdad, sin decidir otro punto de notoria importancia. Esa solemnidad de testigos, ese número, ¿habían de ser la propia, el propio, para los testamentos nuncupativos ó públicos y para los cerrados? ¿Ó era que se desconocian estos, despues de haberlos indicado por lo ménos las leyes que citamos más arriba?

7. Entre tanto que procedía así la legislacion nacional, tradicional, puramente española, la teórica de D. Alfonso X consignaba un derecho mucho más completo en todo lo respectivo á últimas voluntades. El testamento, y cuantas doctrinas se refieren á él, eran tratados con gran extension, como que ocupaban, juntamente con las herencias, toda la sexta Partida. Aquí

(1) Una ley de Felipe II, que es la 1.^a, tit. 18.^o, lib. X de la Novísima, haciéndose cargo de esta, permitió tambien que se otorgase testamento nuncupativo ante siete testigos, que no fuesen vecinos del lugar.—Pero tal extension es posterior á las leyes de Toro.

se ponian con perfecta claridad todas las diversas especies en que cabia dividirlo: aqui se señalaban, sin dejar lugar á duda, las solemnidades que en unos y en otros eran necesarias. El número, rogacion y calidades de los testigos, la unidad de contexto, la institucion de heredero, cuanto en sus últimos tiempos habia conservado ó prescrito la legislacion romana, todo se encuentra aqui determinado con una minuciosidad diligente, como acostumbraba hacerlo el autor del referido código. Sólo, repetimos, que atendiéndose demasiado á las fórmulas ó á las sutilezas de aquel antiguo derecho, no se tenia presente que la historia y las tradiciones españolas rechazaban de todo punto ese espíritu estricto y formulario.

8. Mas en fin, sucedia, en este particular, que las leyes del Fuero y del Ordenamiento eran demasiado oscuras y demasiado incompletas en presencia de las leyes de Partida; y que por lo tanto, sin abandonar su espíritu podia tomarse algo de estas otras, para perfeccionar una materia tan interesante. Sucedia que, conocidas dos clases de testamentos, el nuncupativo y el cerrado, era natural dar á cada uno de ellos solemnidades que no fuesen las mismas. Sucedia, por último, que la ley del Ordenamiento, completa y explicita en algunas partes, como al declararse que no fuese necesaria la institucion de heredero para la validez de la última voluntad, dejaba que desear en otros puntos, cuando eran llegados nuestros mayores á una época tan ilustrada cual lo era la de fines del siglo XV.

9. Tal fué la razon de esta ley tercera de Toro. Encaminóse á perfeccionar la del Ordenamiento; y lo hizo muy racionalmente, tomando del sistema de las Partidas lo que era necesario para tal fin.

II.

10. Tenemos, pues, distinguidas en esta ley varias expresiones, varias fórmulas de última voluntad. Tenemos reconocidos en ella el testamento nuncupativo, ó abierto como vulgaramente se llama, el testamento cerrado ó *in scriptis*, el testamento del ciego, el codicilo. Tenemos señaladas, volvemos á decir por último, las solemnidades testificales que á cada especie corresponden.

11. El testamento nuncupativo, que entónces y ahora era y es entre nosotros el más comun, se otorga ordinariamente ante

un escribano público y tres testigos, vecinos del lugar. También puede otorgarse ante cinco testigos vecinos, si no concurrese escribano. Y por último, no sería inválido aunque los tales testigos fueran sólo tres, cuando en el pueblo no pudiesen encontrarse más. Todo ello era explícito en la ley del Ordenamiento que citamos arriba, y que esta de Toro confirma plenamente para el caso que señalamos (1).

12. Pero esta hizo todavía más. El estudio del derecho romano había, de seguro, suscitado la idea de que los testamentos llamados *inter liberos*, aquellos en que la voluntad y disposición paterna no salían de entre sus descendientes, necesitaban de menos solemnidades que las exigidas para otros. No es eso irracional en el sistema de aquella legislación: dado que el testamento es una ley especial que se sustituye á la comun, aceptable es que haya menester de más corto aparato cuando se conforma con ella que cuando la deroga y varía. Concíbese, pues, que el espíritu de imitación importase tal regla en nuestra España, y que la ley 7.^a, tit. 1.^o de la sexta Partida explícitamente la escribiese. Pues bien: la ley que examinamos descartó esa doctrina, condenó ese propósito, derogó esa concesión: la ley que examinamos igualó los testamentos familiares con todos los ordinarios testamentos. El padre como el que no lo era, el que instituía por herederos á sus hijos como el que instituía á personas extrañas de su linaje, todos debieron, si testaban nuncupativamente, declarar su voluntad ante el escribano y los tres testigos, ó ante los cinco testigos cuando el referido escribano no concurría.

13. Tan sencilla como queda visto es la solemnidad del testamento comun. El que expresa su voluntad la declara delante de aquellas personas: el escribano toma nota y la extiende: aquel la firma, si sabe y puede firmar: luego se coloca el documento en los registros de la escribanía. Pero todos estos actos posteriores, si deben ejecutarse y de hecho siempre se ejecutan, no constituyen, sin embargo, la esencia del testamento propio: el testamento existe desde que se declara la voluntad ante las personas que ha señalado la ley. Aunque el otorgante fallezca en el momento mismo, sin estar aún recogidas en el papel sus palabras, toda vez que las ha pronunciado delante de quienes las debía pronunciar, el acto es válido y no puede menos de surtir sus legítimos efectos. Extenderá despues el escribano lo que

(1) Véase nuestra nota al núm. 6 de este Comentario.

ántes no pudiera extender: firmará un testigo lo que no pudo firmar el testador; y cumpliráse la voluntad de éste, pues que fué expresada y conocida por los medios que tiene señalados el derecho para que se exprese y se conozca.

14. Dos testigos más se exigen para el testamento del ciego: exuberancia de solemnidad, aumento de prueba, que ha tenido por causa el triste estado de tales personas. Á medida que está el hombre más incapaz para defenderse á sí propio, más indispensable es que le circunde la ley de garantías, á fin de que no se le perjudique ni se le engañe.—Ese testamento, por lo demás, no es otra cosa que el nuncupativo comun: el ciego no puede otorgarlo cerrado. Impídeselo la naturaleza; y apenas era menester que la ley lo supusiera ó lo indicara.

15. Pero hemos visto tambien que se puede testar nuncupativamente sin que concurra al acto ningun escribano público. No es ese un medio que deba por lo comun aconsejarse; no es un recurso del que se haya de echar mano por mero capricho: puesto que los testamentos han de ser al cabo escrituras públicas, protocolizadas en los archivos ó escribanías, ninguna razon hay para que no se llame desde luego á un escribano que las otorgue y las recoja. El arbitrio, pues, de que vamos hablando no debe emplearse sino en casos de necesidad, siquiera no lo exija la ley como indispensable, absoluta condicion. Muchas cosas hay permitidas en el mundo y que no ejecutarán ni aconsejarán los hombres prudentes. Mas ese testamento, en fin, cuando ocurriere, cuando se presentare, no podrá ménos de ser válido. Si en el acto de otorgarse se redacta, despues se presentará á la autoridad judicial por quien tuviere interés en ello, y se hará depositar ó protocolizar en un archivo. Si no se hubiere escrito en el primer momento, habrá que pedir al juez que reciba informacion de los testigos presenciales; que declare en seguida tal testamento nuncupativo lo que resulte de sus uniformes declaraciones; y que lo mande asimismo protocolizar, para que surta los efectos oportunos. Todas estas son diligencias de práctica comun, no extrañas de verse, sobre todo en los tiempos de epidemias, y que no suscitan ninguna dificultad importante (1).

16. Llegamos al testamento cerrado, hecho por escrito, cuya forma ordenó con esmero esta ley: testamento que garantiza por

(1) Véase el tít. XI de la segunda parte de la ley de Enjuiciamiento civil.

esa propia forma el secreto de la voluntad, y que merece en su virtud la aprobacion de cuantos mediten sobre esta materia. En otros paises se ha dado una amplitud y una facilidad mayores á la idéa, reconociendo todo papel ológrafo como expresion auténtica de esa última voluntad; y nuestra propia jurisprudencia ha admitido, si bien excepcionalmente, tal pensamiento, ora autorizando las *memorias*, ora dando fuerza á los testamentos militares. Pero en regla general nuestro testamento escrito ha exigido más solemnidades que ninguno; y la ley que vamos examinando es la que se las ha dado de una manera terminante, poniendo fin á las incertidumbres que existian ó podían existir hasta aquel momento.

17. Ese testamento cerrado se otorga, presentando el que lo hace al escribano y á siete testigos un papel, en el que dice se contiene su voluntad; cerrándolo, si ya no lo estaba; y escribiendo en la cubierta el acta de aquella diligencia propia, que firman el otorgante y los siete testigos, y signa y firma el escribano. Si el testador no puede escribir, uno de los testigos ha de hacerlo por él: si cualquiera de estos tampoco sabe ó puede, otro de sus compañeros lo ha de verificar á su ruego y en su nombre. La ley quiere que sean ocho las firmas, además de la firma y el signo del escribano.—Verificado lo cual, el testador guarda ó deposita su obra, que está legalmente perfecta, todo lo que lo está un testamento ántes de que muera el que lo ha ordenado. Cuando él muriere, se abrirá y reconocerá su contexto interior, con las precauciones y prácticas que no son materia del presente exámen.

18. Aquí solo nos limitaremos á observar que no es necesario que el propio testador sea quien escriba su obra. La ley reconoce que éste puede hallarse impedido, al otorgarlo, de la facultad de escribir, y no encuentra por eso obstáculo á que se valga de un aceptable recurso, firmando en la cubierta por él uno de los concurrentes. Pues lo mismo decimos del papel que se cierra y guarda: tambien puede haber estado su autor impedido de escribirlo, cuando haya querido hacerlo, y validose por consiguiente de otro que materialmente se lo escribiera. Siempre que él sepa escribir, siempre al ménos que sepa leer y haya podido leerlo, es bastante para la legalidad, porque lo ha sido para el perfecto conocimiento de la obra. Lo que no puede suponerse es que otorgue testamento de esta clase quien no supiere descifrar su contenido, ni asegurarse por sí propio de que lo que se ha escrito es su voluntad. Para el ciego, para el ignoran-

te de la escritura, no ha concedido la ley este medio de que aquí se trata. Ha debido mirar por ellos y defenderlos en sus debilidades, no permitiéndoles lo que, no siendo forzoso, no tendría en su caso ninguna plausible razon de ser.

19. Venimos á la última parte de la ley, en la cual se habla de los codicilos. Nuestros lectores saben en qué se diferenciaron estos primitivamente de los testamentos: saben tambien que en el dia no hay ninguna otra diferencia sino que se apellida con este segundo nombre (testamento) la disposicion que es universal, que se refiere y en que hay intencion respecto á la generalidad de los bienes, ora se instituya ó no se instituya heredero; miéntras que con aquel otro (codicilo) se da á entender una disposicion de especial índole, limitada á sólo cierta parte de los bienes que se dejan, y la cual se otorga de ordinario despues de la general, y como apéndice ó modificacion á la misma. Toda otra razon de diversidad, no sólo ha desaparecido en el dia de hoy, sino que había dejado de existir desde el origen de nuestro derecho, y más aún desde que la ley de Alcalá declaró no ser necesaria la institucion de herencia para que valiesen todo género de últimas voluntades.

20. Pues bien: esta de Toro que examinamos concluye de todo punto con esas reminiscencias de escuela. Segun su texto, el codicilo requiere las propias solemnidades que el testamento nuncupativo, los mismos testigos, idéntico escribano ó suplemento de escribano. Toda la forma es igual: lo que para el uno no baste, no ha de bastar para el otro: las palabras de la ley son explícitas y no consienten duda. *Solemnidad* es aquí una voz genérica, que comprende el cúmulo de hechos y de accidentes exteriores, necesarios para la validez de la cosa de que se trata.

21. Pero cabe, á consecuencia de ello, una importante duda. El codicilo (dice la ley) ha de tener las propias solemnidades que el testamento *abierto*: ¿quiere esto decir que aun el codicilo *cerrado* no ha de tener otras, ó bien que no ha de poder hacerse codicilo *cerrado*?

22. En nuestro entender, ni lo uno ni lo otro. La ley habló del codicilo abierto, porque es el género más comun, y porque quizá á las últimas voluntades cerradas no se las llamaba entonces codicilos. Pero si cualquier persona quisiera otorgar uno de estos *in scriptis*; si desease dejar bajo esa forma un mero legado, ó verificar una leve modificacion en lo que por su anterior testamento tenía dispuesto, juzgamos que no obraría válidamente no haciendo firmar y signar la cubierta de tal disposi-

cion cerrada por siete testigos y el escribano público, que hubiesen asistido al acto de declararla tal. Téngase presente que verdadera diferencia, diferencia sustancial, entre testamento y codicilo, no hay en el dia ninguna; y no se dudará que las garantías y solemnidades con que ha querido revestir la ley el otorgamiento de una última voluntad secreta, alcanzan á todas las de este género, nómbréselas como las nombren la rutina ó la tradicion.

III.

23. Parécenos natural, cuando examinamos esta ley, que es la que ha fijado la forma externa de los testamentos, declarando el número necesario de testigos que á ellos han de concurrir; parécenos, decimos, natural investigar en este Comentario lo que puede preguntarse acerca de tales testigos: de qué sexo, de qué vecindad, de qué condiciones deben ser; si necesariamente han de conocer al testador; si han de ser rogados para que vengán á oírle, ó si basta que por acaso estén presentes y le oigan. Hay en estos particulares cuestiones y sentencias diferentes, más ó ménos autorizadas, más ó ménos defendidas; y no creeríamos cumplir nuestro propósito si no emitiésemos y no razonásemos sobre ellas nuestra opinion.

24. Primer punto que ocurre en esta materia. ¿Se necesita para la validez del testamento, es condicion de forma, que sean varones los testigos que han de concurrir á él y autorizarlo?

25. El derecho romano lo había establecido de un modo terminante; y la ley 3.^a, tít. 1.^o de la sexta Partida, lo consigna de la propia suerte. Pero esta determinacion es tomada de aquel origen; y el motivo que en Roma la había inspirado no es un misterio para ninguno que conozca sus antigüedades. El testamento fué allí primitivamente una ley, que se ordenaba en los comicios como cualquier otra, y á cuya formacion solo los ciudadanos podían concurrir. Cuando despues se convirtió en un acto privado, quedáronle reminiscencias de su naturaleza pública. Siempre se le supuso conservar este carácter; y siempre, por eso, se prohibió que lo autorizaran los que no habrían podido asistir á las asambleas del pueblo ni desempeñar los cargos civiles.

26. Mas si esta es indudablemente la procedencia de la ley

de Partida, ¿es tambien, por ventura, la disposicion del antiguo, tradicional, histórico derecho de las Españas, ó mejor dicho de Castilla? ¿Se funda en alguna ley del Fuero-Juzgo, del Fuero Real, del Ordenamiento ó de las Recopilaciones?

27. La verdad es que en ninguno de estos códigos encontramos indicios ni gérmenes de doctrina semejante. La palabra *testimonias* que los más antiguos empléan, la palabra *testigos* con que aquella se ha sustituido despues, lo mismo comprenden á las hembras que á los varones, no indicando por sí solas esa exclusion que en las Partidas hallamos. Y si se tiene en cuenta que nuestro derecho no es formulario y de rigor estricto, sino amplio y de buena fé, y que al pedirse testigos como solemnidad de cualquier documento no puede ser en buena razon sino como medio de asegurar más firme y superabundantemente lo que él contiene y en él se declara, deberá convenirse (creemos) en que partiendo de esa legislacion y de su espíritu no puede darse ninguna razon sólida para excluir á las mujeres como tales testigos de las últimas voluntades, toda vez que estas no son ya unas excepcionales leyes, recuerdo de los primitivos comicios, sino meros actos privados de la vida comun, que autorizan las más conocidas y vulgares disposiciones de toda regla social.

28. Á nuestro juicio, pues, y siguiendo la doctrina que hemos sustentado en el Comentario de la ley primera, un testamento otorgado ante testigos mujeres no tendrá por eso ningun defecto, ninguna tacha.—Confesamos, sin embargo, que no es este el sentir comun de los autores ni la práctica de los escribanos; y sometiendo nuestra razon á la razon del mayor número, aconsejaremos siempre que se busquen varones para concurrir á los actos de que tratamos. Mejor es evitar las dificultades que afrontarlas, aun con la conviccion de la buena justicia.

29. Lo que no podemos comprender es cómo, despues de haber dicho algunos comentadores ilustrados que las mujeres no podían ser testigos en los testamentos, han opinado y sostenido con todo que podrían serlo en los codicilos. Parécenos inexplicable tal contradiccion, teniendo á la vista el texto de la presente ley. Sus palabras son: «Y en los codicilos intervenga *la misma solemnidad* que se requiere en el testamento nuncupativo.» Si pues la condicion *viril* de los testigos, que esos autores demandan para este, es una solemnidad—(y claro está que ellos así lo han estimado, cuando necesariamente lo exigian),—¿cómo prescinden luego y en el codicilo de tal idéa, sin tener en cuen-

ta que la ley impone de precision á éste el que sea revestido de las mismas, idénticas solemnidades?

30. La verdad es que en ese, como en tantos otros puntos, las tradiciones del derecho romano han influido más de lo que fuera razon en el ánimo de nuestros tratadistas. Quizá son ellas, tanto como el propio texto de las Partidas de D. Alfonso, las que les han hecho exigir la cualidad de varon en los testigos de los testamentos; y de seguro son ellas tambien las que los han llevado á prescindir en los codicilos de esa misma cualidad. Por nuestra parte no la pediríamos, pues que no la demanda la legislacion verdaderamente española, ni en los unos ni en los otros; pero si impelidos de una natural modestia, y respetando la opinion comun, nos sometemos á lo que esta quiere en los testamentos, en tal caso, repugna á todo principio de razon que no pidamos lo igual para los codicilos, puesto que hallamos en nuestra ley de Toro un precepto de igualdad tan claro y terminante. Una sola es la regla, uno es el derecho para los documentos de entrambos nombres.

31. Despues de haber hablado del sexo de los testigos, parecenos que debemos hablar de su vecindad. Las leyes, por lo ménos algunas leyes, han hecho expresion de ella, y no nos es permitido á nadie ni el olvidar ni el separarnos de sus preceptos; mas cabe dudar en qué sentido se concibieron las que no mencionan tal circunstancia, y cabe entender asimismo de distintos modos y con mayor ó menor amplitud esa calificacion ó exigencia de vecindad en las que la mencionan.

32. La ley del Ordenamiento previene de un modo explicito que los testigos sean vecinos del lugar en donde el testamento se otorga, y no supone caso alguno en que pueda prescindirse de tal condicion. Y como esta de Toro se refiere á la del Ordenamiento, y como lo que hace es confirmarla para el testamento nuncupativo, y exigir mayores condiciones para el cerrado, no creemos nosotros que autorice á prescindir de la vecindad, á pesar de que no la menciona en sus palabras textuales. No habla de ella, porque no era necesario que hablase, partiendo de la del Ordenamiento y completándola. Habría debido ser explicita, y creemos que lo hubiera sido en este punto, si se hubiese propuesto alterar sus doctrinas, y sustituir su sistema con otras doctrinas y otro sistema.

33. La única ley que dispensa á los testigos de la condicion de vecindad, es la de Felipe II, posterior á estas de Toro, inserta en la Novísima, donde ya hemos dicho que es la 1.^a, tit. 18.^o,

lib. X. Mas téngase en cuenta que no habla sino del testamento nuncupativo; y obsérvese tambien que al eximir de esa cualidad de que tratamos, compensa su exencion aumentando el número de los testigos indispensables. Esto es racional, esto es lógico, dado que la dispensa pudiera concederse. De testigos vecinos bastaban cinco,—en algunos casos tres: de testigos no vecinos siete son necesarios. Claro, evidente es que si se hubiese querido extender la concesion á los testamentos cerrados, hubiérase tambien hecho en ellos un aumento de igual naturaleza. El principio de esta ley era el de compensar y suplir la cualidad con la cantidad.

34. Vengamos ahora á otra duda, y completemos esta materia, examinando qué es lo que se entiende por *vecino* para poder ser testigo de un testamento; porque sabido es que la palabra *vecindad* se toma en diversas acepciones, y tiene de consiguiente el peligro de ser insegura como anfibológica.

35. Ninguna ley, ninguna autoridad irrecusable han decidido este punto, y los escritores de derecho no se hallan de acuerdo sobre él. Parécenos, sin embargo, que toda persona reputada de buena fé tal vecino en el lugar de que se trate; que toda la que evidentemente no es transeunte, que permanece en él sin el ánimo de trasladarse á otro, y que no tiene en otro una verdadera, reconocida vecindad, es apto para lo que demandan estas leyes, y puede autorizar con su presencia las disposiciones testamentarias de los que en ese sentido lato son sus convecinos. Un empleado, por ejemplo, que reside en cierta ciudad porque tiene su destino en ella, un cursante de derecho que hace en la misma sus estudios, y que piensa permanecer años, no vemos por qué razon no deban ser estimados vecinos para el objeto y materia que nos ocupa. ¿Cuál ha sido, preguntaremos, la razon legítima de exigir aquí la vecindad? ¿No es, por ventura, el que tengan los testigos un probable conocimiento del testador y del escribano, y el que dificulten por esa misma circunstancia lo que siempre es bueno de dificultar siendo posible, todo género de ilegalidades, de falsificaciones, de fraudes? Pues bien: á nosotros nos parece, repetimos, que ese estudiante, que ese empleado que citábamos, pueden llenar estos objetos tan bien como cualesquiera otros. Siempre que se hallen en la vecindad real de la poblacion, siempre que no se encuentren en ella por accidente, siempre que no sean transeuntes, entendemos que el fin está cumplido, y que no puede pedir más la práctica, porque no debió pedir más la ley.

36. Las otras condiciones que hayan de tener los testigos de un testamento son por lo general fáciles de comprender, y no dan lugar á dudas. Han de ser púberos; porque los niños no se estima que posean ni el suficiente conocimiento para apreciar tales actos, ni la competente dignidad para autorizarlos de un modo solemne. Han de ser libres; porque la ley quiere en ellos *personas*, y no puede aceptar como coadyuvantes á solemnizarlos á los desgraciados seres que apenas reconoce por hombres. No han de estar física ni moralmente impedidos; porque los primeros (ciegos, sordos, desmemoriados) no los podrían materialmente comprender, y á los segundos (infames) los repele con justicia en estas diligencias serias é importantes. No han de haber sido condenados por libelistas,—delito que indica vileza de ánimo; ni han de haber abandonado la religion cristiana,—hecho que siempre ha puesto al que lo comete fuera de la sociedad. Por último, no han de ser ascendientes ni descendientes del que testa, como ni tampoco se ha de contar entre ellos el heredero que es instituido, ni sus parientes hasta el cuarto grado: aparece en tales casos demasiado notorio el interés, para que no surta este necesario efecto, imposibilitando á los que no pueden ménos de hallarse sometidos á su influjo (1).

37. ¿Podrán serlo los legatarios? La ley 11, tit. 1.º de la Partida VI, se expresa de tal suerte que parece autorizar esta suposicion. Fundados en ella, la han admitido sin dificultad los expositores, viniendo despues á consagrarla la práctica. Para nosotros, sin embargo, el caso es dudoso, lo mismo en ley que en razon, por lo ménos para los testamentos nuncupativos. Encontramos oscuro el texto; y nos permitimos vacilar ante su letra, porque no aplicamos bien su mandato al otorgamiento de una última voluntad. La referida ley principia hablando de los casos en que hay contienda entre el heredero instituido y los parientes del difunto; y sigue despues refiriéndose al en que la hay entre el heredero y los legatarios (2). Ó no recae, pues, sobre la cuestion genérica que hemos propuesto, ó no es clara su dispo-

(1) Leyes 9.^a, 10.^a y 11.^a, tit. 1.º, P. VI.

(2) Hé aquí el texto de la citada ley:—«Contienda nasciendo sobre el testamento, entre el heredero que era escrito en él, é los parientes del finado que quisiesen desatar el testamento; estonce dezimos que bien pueden testiguar aquellos á quien fuesse algo mandado en él si se acertaron y quando fué fecho. Esso mismo sería si alguno destes á quien el finado dexasse algo en el testamento oviesse contienda con los he-

sicion, no es evidente su sentido, como lo son por lo comun en aquel código. Y si añadimos á esto lo que inspira abiertamente la razon, bien fáciles son de comprender los poderosos motivos de nuestra duda. Hemos dicho y dicen todos que el heredero no puede ser testigo de la institucion. ¿Por qué? Por su interés seguramente, si no de un modo exclusivo, en una buena parte. Pues en este caso, idéntica razon debe tambien impedirlo al que reciba mandas; el heredero puede adquirir ciento, y el legatario puede adquirir mil.—Por eso quisiéramos que se huyese de lo que no es razonable, tratándose de testamentos nuncupativos, en los que se conoce desde luego su tenor: el escribano, oficial público encargado de recibirlos y extenderlos, debe hacer en este particular las necesarias prevenciones. Por lo que toca á los cerrados, reconocemos que la situacion es muy diferente: á excepcion del testador, todos ignoran lo que incluye su contexto; y no vemos por lo mismo razon alguna para una severidad que no resultaría de ningun modo justificada.

38. Todavía hay otra circunstancia que exigen las leyes respecto á los testigos de las últimas voluntades: la de que no sean fortuitos, la de que no estén presentes por mera casualidad, la de que hayan acudido á oirlas sabiendo á lo que acudían. Esto es lo que quiere decir que sean *rogados*. Para las pruebas de otros hechos, semejante condicion no es de ningun modo necesaria: el que ve y entiende puede deponer, y su dicho surte todos los efectos legales, cuando hay el convencimiento de que vió y entendió. Pero tratándose de las últimas voluntades, materia tan grave de suyo, la ley ha sido más exigente ó más escrupulosa. En los principios, cuando tenia fuerza el derecho romano, existia aún otra razon que conocen cuantos se han dedicado medianamente á él: los testamentos (ya lo hemos dicho) eran primero leyes y despues pro-leyes; los testigos representaban al pueblo en los comicios del Foro; el pueblo era rogado, convocado, y los testigos debieron serlo igualmente, en conne-

rederos, en razon de la cosa quel fuesse mandada en él. Ca estonce podrían testiguar los otros que fuessen y escritos sobre tal razon, pues que non tañe la contienda de tal cosa á ellos. Mas el que fuesse establecido por heredero, ó su padre, ó los que descendiesen dél, ó sus hermanos, ó los otros parientes cercanos fasta el quarto grado, non pueden ser testigos sobre la contienda que oviesse el heredero con los parientes del finado, ó con los otros omes, en razon del testamento en que fuesse escrito por heredero.»

moracion de aquel origen. De aqui pudo venir y vino de seguro la adopcion de esa circunstancia en las leyes de Partida, que tantas veces copiaron á las de Roma. Mas aun aparte de ellas y de tal fundamento, en las propias españolas ó castellanas, que no podían tenerlo en cuenta, se exige una y otra vez la misma condicion. Indicalo de un modo bien claro el Fuero-Juzgo (1); y el Real la dice y prefija más terminantemente, disponiendo que «cuando alguno quisiere fazer su manda, las testimonias que quisiere que sean en ellas fágalas rogar ó las ruegue: ca si non fueren rogadas ó combidadas, non deven ser pesquisadas de la manda» (2).

39. Despues de unas palabras tan explicitas, ni concebimos la duda, ni mucho ménos la opinion de los que han juzgado superflua la rogacion de los testigos. No es ya necesaria, ciertamente, por los motivos ni con el fin que la determinaron en Roma; pero lo es porque la disponen nuestras leyes, y por las causas que han tenido presentes nuestras leyes. Los testigos han de ser rogados, invitados, llamados *ad hoc*, para dar solemnidad á un acto tan serio como el testamento, y para que no quepa duda en que se enteran de él: esta es la razon de la ley. Las de los jurisconsultos deben ser no sólo esa propia, sino tambien que aquella lo manda, y nadie puede eximirse de cumplirla.

40. Lo cual no quiere de ningun modo decir que si en el contexto de un testamento no se expresase la rogacion de los testigos, haya por eso de creerse que no la hubo, invalidándose en su consecuencia tal acto. Entendemos que la rogacion se presume cuando se ve reunidos al testador, á los testigos y al escribano que lo va á autorizar, y cuando éste da fé de que los segundos concurren á la solemnidad de la diligencia. Y lo entendemos así, porque es lo natural, lo comun, el que suceda de esa suerte: en el hecho de verlos reunidos, está la idéa de que hayan sido llamados. Quien alegare una cosa contraria tendrá la obligacion de probar su dicho, por lo propio que se separa de lo presumible y de lo usual.

41. Llegamos ya á la última de las preguntas que indicamos ántes acerca de los testigos de un testamento: la de si es necesario que conozcan personalmente al testador. Pregunta á la

(1) Leyes del tít. 5.º, lib. II.

(2) L. 9.ª, tít. 5.º, lib. III.

cual no han respondido las leyes, al ménos de un modo directo y claro, y á que tampoco responden con igualdad la práctica de nuestro foro y las opiniones de nuestros juristas.

42. Respecto al conocimiento personal de los testadores, pueden ocurrir diversas hipótesis. Primera, que lo tengan el escribano y todos los testigos. Segunda, que lo tengan el escribano y algunos testigos. Tercera, que lo tenga el escribano solo. Cuarta, que no teniéndolo el escribano, sean sólo los testigos ó algunos de ellos los que lo posean. Quinta, en fin, que el testador no sea conocido de nadie, ó lo sea de un testigo únicamente, lo cual es idéntico en la esfera legal.—Ahora bien: si todos estos casos son posibles, ¿qué es lo que hemos de juzgar, qué es lo que hemos de decir de todos estos casos?

43. Comenzamos por repetir que ninguna ley ha prevenido esa necesidad del conocimiento del testador. Las leyes han dicho: para que haya testamento se necesita un número tal de testigos con escribano, ó de testigos sin escribano. Y han dicho todavía más que esto: han prohibido que sean testigos los que se encuentren en determinadas circunstancias, que especifican con la claridad conveniente. Y sin embargo, ninguna de esas circunstancias es la de que hayan de conocer al que testa, sabiendo de ciencia propia su identidad y su nombre: entre tantas condiciones como piden las Partidas, unas de buen sentido y de razón, otras también de reminiscencias romanas puramente formularias, buscárase en vano un precepto, que, de haber querido establecerse, no habría escapado de seguro á la perspicuidad de D. Alfonso ó de los doctores que empleaba D. Alfonso.

44. Añadamos á esto que las propias leyes reconocen el testamento del peregrino, y aun le eximen de solemnidades, como veremos despues. ¿Es de presumir que creyesen que el peregrino hallaría con facilidad dos testigos que personalmente le conocieran? ¿Es de presumir que cuando se facilitaba á aquél hasta tal punto el derecho de testar, hubieran de ponerse trabas á cualesquiera otros testadores, exigiendo que escribano y testigos, todos, los hubiesen de conocer?

45. No es una voluntariedad, una suspicacia nuestra el hallar en esa condicion el gérmen de dificultades para ejercer un derecho tan precioso y tan necesario. Si no lo sería en la mayor parte de las hipótesis, lo sería de cierto en algunas, y esto basta. Llega á Barcelona un vecino de Badajoz, llega á Madrid un hacendado de América, que vienen por primera vez: ¿quién los conoce? Tal vez una sola persona, tal vez nadie, hasta que ha-

yan presentado sus pasaportes y sus cartas, é introduciéndose en esa para ellos nueva sociedad. Si caen enfermos en el momento mismo, ¿cómo testan? ¿A qué testigos, á qué escribano llaman, que los conozcan é identifiquen? ¿Se responderá bárbaramente que no testen? ¿Se les estimará de peor condicion que al romero?

46. No creemos que lo autoricen ni la ley ni la razon. El escribano que se negase á recoger la última voluntad de tales personas, los testigos que rehusaran escucharla ó presenciarse su otorgamiento, faltarian á todos sus deberes de oficial público, de ciudadanos y de cristianos.

47. «Pero entónces—(se nos dirá)—si no es necesario que el escribano y los testigos reconozcan la identidad personal del testador, abris la puerta á un sin número de fraudes, y autorizais las suposiciones más escandalosas. Cualquiera podrá tomar un nombre que no es el suyo, y disponer con él de bienes que realmente son de otro. ¿Qué garantía nos ofreceis ante ese peligro de criminales usurpaciones de personalidad, cuyas consecuencias son tan obvias como temibles? Por evitar el de que alguno muera intestado, ¿no teneis en cuenta que caeis en otro mayor, cual lo es el de los testamentos falsos, ó por mejor decir, el de los testamentos supuestos?»

48. Claro debe ser que habremos visto esa dificultad, y que no nos parecerá invencible, cuando á pesar de ella hemos emitido la precedente opinion. Diremos por qué, con la propia lisura con que la hemos emitido.

49. En toda expresion de últimas voluntades pueden verse, creemos, dos cosas distintas, y concebirse dos diferentes cuestiones. Primera: ¿ha habido esa expresion de última voluntad? ¿ha habido testamento? ¿ha habido codicilo?—Segunda: ese codicilo, ese testamento, esa última voluntad, ¿quién lo ha hecho? ¿quién lo ha otorgado?—Nuestros lectores ven que la una y la otra son preguntas diversas: que las respuestas no pueden ménos de ser tambien diferentes; y que cabe que haya habido una perfecta última disposicion,—perfecta, decimos, en sus formas,—sin que el testador fuese reconocido por quien decía, y hasta sin ser conocido de nadie. Para no citar otro hecho, limitemonos al caso de un soldado herido, que escribe su voluntad delante de mil personas, ninguna de las cuales sabia quién era, cómo se llamaba. ¿No es evidente que habia habido allí un testamento? ¿No es cierto que era desconocido su autor, que eran ignoradas sus condiciones, ignorado su nombre?

50. Pues bien: si la existencia de un testamento y la identi-

dad del que lo otorga son cosas diversas, ningun inconveniente vemos, ningun peligro descubrimos en la doctrina que vamos sustentando. El testamento existe cuando un hombre declara su última voluntad, ó hablándola, ó mostrándola escrita, ante un escribano y los testigos que ordena la ley. Que conozcan ó no conozcan á su autor, que puedan ó no puedan deponer sobre si es cierto el nombre que se atribuye, para el hecho de existir el testamento son circunstancias accidentales. Una persona, que dijo llamarse de tal modo, testó de tal suerte: la forma en que expresó su voluntad llena todas las solemnidades legales, y no puede ménos de ser colocada en la categoría á que esas voluntades corresponden.

51. ¿Era él empero quien dijo, quien aseguró? Eso, repetimos, es una cuestion diferente. Su personalidad no es el testamento: su personalidad no ha de acreditarse por las formas de este, sino por los medios legales por donde se resuelven las dudas jurídicas. No es para comprobarla á ella, sino para solemnizar y justificar otras cosas, para lo que se requieren los tres, los cinco, los siete testigos, á más del escribano.

52. De manera, que si todos ellos le conocían, no hay ningun mal; pero si no le conocían, no por eso dejará de ser válida su disposicion. La personalidad podrá acreditarse por el conocimiento del escribano, aunque sea solo, que hace fé, y no habiéndole, por el de dos testigos que tambien la hacen. Aún sería posible suplirlo por pruebas subsidiarias: por los papeles del mismo testador, si muriendo inmediatamente los dejase; por inspeccion que en este caso hiciesen de su persona quienes hubieran llegado tarde para ser testigos de su voluntad. Téngase presente que todos los medios de prueba pueden servir, cuando es de prueba sola y no de solemnidad de lo que se trata; y que las solemnidades, esto es, las pruebas especiales del testamento no tienen otro fin ni otro propósito que el de asegurar la realidad, la verdad, la sinceridad de su ejecucion. Refiérense sin duda á la forma, y dejan en el derecho comun á la persona.

53. Así, en las diversas hipótesis que señalábamos ántes, sólo sería la última la que pudiera ofrecernos dificultad; cuando ni escribano ni testigos, ó sólo uno de estos, conociesen al testador. Y aun en ella será siempre nuestro juicio que debe y puede otorgarse testamento, dejando á mil pruebas ó complementos de prueba que siempre y de mil modos son posibles, el justificar ó desmentir el nombre y cualidades que el propio testador hubiere tomado. Cumplirá el escribano expresando la verdad,

refiriendo cómo pretendió llamarse el que le había invitado para tal diligencia, y testimoniando, por último, cualesquiera documentos en los que apoyara su nombre. Los tribunales juzgarán después, si fuere forzoso; declarando, no si ha habido ó no ha habido testamento, sino si lo fué ó no lo fué de tal persona, de aquella cuyo nombre se había tomado.

IV.

54. Además del testamento escrito y del testamento nuncupativo, que han de otorgarse como previene esta ley, ó bien como ordena la de Felipe II,—1.^a, tit. 18.^o, lib. X, de la Novísima Recopilación,—se conocen entre nosotros el testamento de fuero militar, el del romero ó peregrino, el hecho por comisario, y el que se completa por medio de una memoria. Del tercero de ellos se hablará en su lugar oportuno, pues que lo ordenaron y regularon definitivamente otras leyes de Toro: sobre el primero, el segundo y el cuarto, nos parece natural el decir aquí algunas palabras.

55. La idea de un testamento privilegiado, esto es, del derecho de hacerle sin consultar las solemnidades comunes, es muy antigua y muy arraigada entre nosotros. Ya la habían concebido los Romanos, á pesar de su obsequioso rendimiento á las fórmulas: ó tomada de ellos, ó inspirada por la necesidad, acogieronla también nuestros mayores, y la consagraron en algunas de las más antiguas, de las primitivas entre sus leyes.—«Aquél que muere en romería ó en hueste, si oviere omnes libres consigo, escriba su manda con su mano ante ellos. E si non sopiere escribir, ó non pudiere por enfermedad, faga su manda ante sus siervos, que sepa el obispo que son de buena fé, é que non fuessen ánte fallados en pecado. E lo que dixeren estos siervos por su juramento, fágalo el obispo ó el juez escribir después, é sea confirmado por ellos é por el Rey» (1).—Donde se ve que la servidumbre, embarazo constante para ser testigo en materias testamentarias, no lo era ya tratándose del guerrero que moría en la hueste, en defensa del estado, ó del peregrino que moría en su santo propósito, al visitar los lugares que celebra y enaltece la religion.

(1) L. 12.^a, tit. 5.^o, lib. II del Fuero-Juzgo.

56. Nada semejante á esta ley encontramos en el Fuero Real ni en el Fuero Viejo: lo cual no es extraño, si se atiende á las escasas, vagas solemnidades requeridas para la testamentación por aquellos códigos. Pero llegan las Partidas, que dan á esta una forma esmerada, doctrinal, y vuelve á aparecer el privilegio de los militares y de los romeros, consignado en los términos más explícitos. La ley 4.^a, tit. 1.^o de la Partida VI, si bien principia por distinguir los casos en que el testamento se otorgue en la morada ó en la hueste, pidiendo en aquel más formalidades que en este otro, concluye por autorizar el que se verifica en medio del combate (en *fazienda*), ó por sus resultas y con peligro de muerte, para cuya validez no exige absolutamente nada, sino que conste sólo la voluntad del testador. Hablado ante cualesquiera personas, escrito de cualquiera suerte, aunque sea con la propia sangre, siempre que se averigüe aquella voluntad por dos testigos contestes en comprobarla, habrá de llevarse rigurosamente á efecto, como si se la hubiese otorgado con las solemnidades más exquisitas y minuciosas de la ley comun.

57. Otro tanto sucede, otro tanto se dispone en el mismo código, respecto á las últimas voluntades de los peregrinos. Es imposible favorecerlas más, facilitarlas más, eximir las más de todo lo que excede del carácter de la prueba precisa, para tomar el de lo especial, el de lo solemne, el de lo testamentario (1).

58. Y estos preceptos de las Partidas, conformes en su espíritu con el del Fuero-Juzgo, han permanecido siempre entre nosotros vivos y constantes; y léjos de restringirse, han ido, por el contrario, tomando mayor latitud, á medida que avanzaban los tiempos. Hablamos del respectivo á la clase militar. Las ordenanzas del ejército le consignaron entre sus disposiciones, y despues de ellas promulgóse la cédula de 24 de Octubre de 1778,—L. 8.^a, tit. 18.^o, lib. X de la Nov. Recop.,—que ha acabado de extender y poner el sello á un privilegio tan importante. Segun sus palabras, no solo los militares efectivos, en cualquier situacion en que se encuentren, sino aun todos los que disfrutaban el fuero de guerra, pueden otorgar por sí solos, en papel simple, firmado de su mano, ó de otro modo que les convenga ú ocurra, toda clase de testamentos ó últimas voluntades; dando á esa forma no solemne, sea la que sea, el propio

(1) L. 30.^a, tit. 1.^o, P.VI.

valor que tendría si se arreglase á las prescripciones comunes del derecho, y empleara la asistencia del escribano y los testigos que demanda esta ley de Toro.

59. Tal es lo preceptuado, lo vigente en la actualidad. No sólo en campaña, no sólo en peligro de muerte, y no sólo los que combaten y cabe que estén en él, sino todos los que gozan fuero militar, en cualesquier circunstancias en que se hallen, pueden disponer sin solemnidad alguna de los bienes que hayan de dejar por su fallecimiento. Lo único necesario es que su voluntad aparezca y conste; no por formalidades, sino por una mera prueba, y aun prueba privilegiada. El hecho de encontrarse el papel-testamento en los escritorios y entre los demás del difunto, la identidad de su escritura con otras letras indubitadas del mismo, cualquier medio, en fin, de los muchos que pueden presentarse en la práctica, son suficientes para dar fuerza á tales declaraciones.

60. Esto, repetimos, es lo mandado y lo practicado. Ahora, sin necesidad apénas de que lo digamos nosotros, se comprenderá bien que no merece nuestra aprobacion tal amplitud de la ley. Si el testamento es un hecho vulgar, semejante á cualesquiera otros de la vida, entónces no debe haber para él ninguna clase de solemnidades especiales: la prueba comun en todos sus géneros, bastará para justificarlo, como justifica los demás actos de los hombres. Y en ese caso, suprimase la ley del Ordenamiento, bórrese esta de Toro, olvidese la de Felipe II, no se tengan en cuenta las de Partida, acéptese el testamento ológrafo para toda clase de personas, y admítase, en fin, la deposicion de dos testigos contestes. Pero si no es así, si se estima y cree que el testamento es algo más, y que le conviene por su naturaleza estar rodeado de formas particulares, entónces séase consecuente con tal principio, y no se dispense de aquellas sino en casos muy caracterizados, y en los que evidentemente no se puedan llenar esas formas. Las prescripciones que se dictan por utilidad pública, no deben ser jamás suspendidas ni excusadas por mero privilegio. ¿Por qué, en el dia de hoy, ha de eximirse al peregrino de testar como todo el mundo, cuando como todo el mundo puede encontrar un escribano y tres testigos que le oigan? ¿Por qué ha de tener la exencion de que hemos hablado el oficial que está en su casa ó en guarnicion; el que, gozando por gracia de fuero militar, ni ha visto nunca, ni verá jamás el fuego de un combate? Concebimos y aprobamos la diferencia, cuando se concede á los que están empeñados

en la lid, en medio de sus peligros, de sus azares, de sus angustias. Aquí hay razon para conceder algo, para dispensar algo: aquí no es una mera gracia á las personas, es un homenaje que se rinde á lo imposible. Pero todo lo que sea salirse de ese terreno, no merece otro juicio, á los ojos de la filosofía, que el de una caprichosa distincion, para adular á una clase prepotente. Lo respetaremos porque está mandado; pero jamás lo aprobaremos, jamás obtendrá nuestra alabanza.

61. Por lo demás, si admitiendo la disyuntiva que indicábamos poco hace, se nos preguntara nuestra opinion sobre aceptar ó no aceptar, en todos los casos y para todas las personas, el testamento ológrafo, exento de solemnidades; responderíamos sin vacilacion ni duda, declarándonos sus contrarios, y prefiriéndole el sistema comun de las leyes castellanas. Y no de seguro porque nos fijemos y demos importancia al origen de las últimas voluntades, como lo hacía el derecho romano; sino porque creemos de tal gravedad su expresion y consignacion, porque vemos cifrados en ellas tales intereses, porque tememos tanto los fraudes á que todo otro sistema puede dar lugar, que bien creemos deben estar adornadas de solemnidades especiales que las defiendan y garanticen. Así como cierta clase de contratos no se deben realizar verbalmente sino por escrituras, así tambien los testamentos habrían siempre de revestirse, en nuestro juicio, con dignas, nobles, bien pensadas fórmulas. Es aquel acto algo que debe meditarse mucho, y que debe otorgarse con solemnidad, por sí propio; es algo sobre que ha de poner su mano la ley, para sancionarlo y protegerlo, por virtud y en obsequio de la causa pública. Y por otra parte, ¿por qué ó para qué tenemos necesidad, verdadera necesidad del testamento ológrafo? ¿No existe, por ventura, el cerrado, que es tan secreto, más secreto que aquel, y que está exento de su ligereza y de sus peligros? ¿No se ha admitido tambien por nuestra práctica, y quizá con una extension y una amplitud algo imprudentes, el hecho de las memorias que completan los mismos testamentos? ¿Á qué objeto, pues, satisfariamos con esa nueva admision, que no aumentara la incertidumbre, los fraudes, los litigios, que ya tenemos en la actualidad, por la laxitud propia del derecho que nos rige?

62. No; no es una mayor facilidad lo que se necesita entre nosotros. Nuestra ley comun da la bastante. Lo que necesitamos es, por el contrario, limitar los privilegios, volver en todo al espíritu de esa ley, y observarla con sinceridad. Si otros pue-

blos tienen el testamento ológrafo en medio de sus adelantos, no creamos que es un adelanto él mismo. Por lo ménos, no lo sería en España y con las costumbres de España.

63. Fáltanos hablar únicamente, en el cuadro especial que aquí nos hemos trazado, del testamento á que completa una memoria, ó, con mayor exactitud, de las memorias que completan los testamentos.

64. Principiaremos declarando que no conocemos ley alguna que las autorice; y añadiremos con todo, y en el mismo instante, que son, á pesar de ello, un hecho muy comun en nuestra práctica, y que tribunales y tratadistas las admiten como cosa segura y usual. Siempre que se indiquen como ciertas, como existentes, en un testamento ó en un poder para otorgar testamento, esa jurisprudencia constante quiere que se las tenga por parte del mismo, y que se guarden y cumplan las disposiciones que contuvieren. Únicamente (dicen) no se podrá hacer en ellas institucion de heredero; mas por lo que hace á legados, á mejoras, á fundaciones, á nombramientos de tutores, á confesiones de deudas, á todo aquello, en fin, que no sea tal institucion, el acuerdo es unánime para admitirlo.

65. Ante semejante uniformidad no queremos hacer otra cosa que bajar nuestra frente, y someter nuestra conviccion. Pero deseáramos,—y muy sinceramente lo decimos,—que hubiese una ley que ordenara y regulara esta doctrina, despues de haber meditado su conveniencia, su alcance, las formas que se le deberian dar. Si se mira á lo práctico, parécenos que los litigios á que dan ocasion tales memorias, merecen bien que se trate de evitarlos; y si se atiende al valor de las doctrinas, no creemos ménos justo el que se decida de una manera clara y sistemática si las solemnidades del testamento son algo esencial para su validez, ó si ha de permitirse el eludirlas con una facilidad que no tiene apénas obstáculo ni limitaciones.

V.

66. Las solemnidades que declara esta ley,—con la excepcion de lo dispuesto por la de Felipe II, varias veces citada,—son las vigentes para los Españoles, ó más bien para los Castellanos, que quieren testar de un modo válido y legítimo en estos reinos. Pero si alguno de ellos se encontrase fuera de tal

territorio, y quisiere ordenar su última voluntad, ¿tendrá, por ventura, obligacion de guardarlas y observarlas? ¿Ó entenderemos que cumple, y que testa de un modo válido y legítimo, haciéndolo por cualquiera de los medios que sean legales en el país en que se encuentra?

67. La opinion de muchos apreciables escritores de derecho internacional, y la práctica que hemos visto seguida en diversos casos, autorizan este segundo extremo. El *locus regit actum* tan repetido en el dia; la doctrina de que en todo lo que es solemnidad externa puede seguirse la formulacion del país donde el hecho se va á celebrar; son actualmente principios tan comunes, que ni ocurre siquiera duda en cuanto cae bajo su alcance, á la mayor parte de los que se ocupan en cuestiones forenses. Así, en Francia, por ejemplo, está admitido el testamento ológrafo; y nosotros hemos visto bastantes casos en que Españoles residentes en Francia los han otorgado tales, y en que venidas á España sus testamentarias, todo el mundo los ha tenido por legítimos, y nadie ha promovido la menor cuestion sobre sus disposiciones.

68. No es nuestro ánimo el hacer, ni aun el intentar, que se deseche esa creencia: no lo es el arrojar la incertidumbre y la confusion sobre lo que está en el goce de incontestado. Pero asaltan á nuestro juicio algunas dudas, y queremos siquiera indicirlas con modestia y sencillez. Parécenos que es el derecho del libro y el privilegio de la doctrina el pedir á toda creencia su razon, el pesar á todo juicio sus quilates.

69. El *locus regit actum* es, á nuestro entender, una fórmula de civilizacion y de buen sentido, que es necesario limitar algunas veces por lo que el propio buen sentido aconseja. Regia de hechos, debido es conciliarla, y no contraponerla, á la ley de las personas, á que se refieren esos hechos mismos. Téngase presente que aquellos, los hechos, no existen por sí, sino dependiendo y con relacion á éstas, las personas, para no descuidar lo que el estado y la condicion de éstas puede hacer indispensable.

70. Pero concretémonos al caso especial. Hemos dicho que en Francia está admitido el testamento ológrafo: cualquier Francés puede hacerlo válidamente de esta clase. Mas á un Español que está en Francia no debería bastar, á nuestro juicio, lo que basta á un hijo del país: á pesar de su residencia, él es Español y no Francés. En buen hora que otorgase su testamento de aquel modo, cuando la ley francesa no le concediese otro medio de

realizarlo; pero si esa ley le proporciona además el mismo medio que en España, si le deja lo que es propio de su nacionalidad, si puede testar allí ante escribano y testigos, como está ordenado entre nosotros, ¿por qué no ha de arreglarse al derecho de su país, conservando como conserva la naturaleza de este, y por qué ha de emplear, por el contrario, un recurso que la ley española no aprueba ni reconoce? ¿No obraría mejor, no consignaría su propósito de seguir siendo ciudadano de su patria, no evitaría todo motivo de duda y de disputa, si obedeciese lo que es derecho de esta, toda vez que le es posible obedecerlo?

71. Lo que decimos aquí de los testamentos, lo diríamos con mayor razón y con mayor fuerza en otras cuestiones, á las que tambien se ha aplicado la máxima *locus regit actum*. No hay para qué hacerlo en el momento actual. Hablando solo de ella por incidencia, bástanos haber indicado algo que á nuestro juicio debería limitarla. Y repetimos otra vez que no seremos severos en este punto de las últimas voluntades; porque respetamos como se debe una doctrina comun, y tenemos en cuenta la buena fé que de su creencia y de su práctica ha de seguirse. Rijan, pues, como vienen rigiendo, obsérvense como vienen observándose entre nosotros los testamentos arreglados á otras fórmulas, cuando son otorgados en países donde esas fórmulas se guardan y se emplean. Mas por lo ménos una cosa ha de ser necesaria en tales actos: que conste la verdad de la disposicion; que no quepa duda en la realidad del hecho; que si faltan las solemnidades castellanas, exista por lo ménos el convencimiento moral y legal de que aquello y no otra cosa fué lo querido y lo mandado por el otorgante.
