

Barreiro Meiro

Harmonias Juridicas







4/84

HARMONIAS JURÍDICAS

M. 13823

**EN PREPARACIÓN:**

Legislación notarial, anotada.

De mi Región.

R. 576

# HARMONÍAS JURÍDICAS

POR

JOSÉ BARREIRO MEIRO

DOCTOR EN DERECHO Y NOTARIO

¿LEGÍTIMAS Ó LIBERTAD DE TESTAR?  
(apuntes críticos).—DEL USUFRUCTO  
EN LOS BIENES DE LOS QUE ESTÁN BA-  
JO LA PATRIA POTESTAD, Y DE LA HI-  
POTECA POR ELLOS.—FE DEL CONOCI-  
MIENTO EN LOS ACTOS mortis causa.

LA CORUÑA

IMPRESA Y LIBRERÍA DE CARRE

1894.

R. 13738

---

ES PROPIEDAD DEL AUTOR.

---

## ¿LEGÍTIMAS Ó LIBERTAD DE TESTAR?

---

### I.



UANDO, cumplidas las predicciones de nuestros juriscultos, se promulgó el mal llamado *Código civil*, regian en los territorios españoles, para que principalmente se hizo, los de Derecho civil común, ó de Castilla, como dicen los forales, y sobre el punto que estudiamos, la misma famosa ley de Chindasvinto, 1.<sup>a</sup>, tit. V, libro IV del Fuero Juzgo, aclarada por la 28 de Toro, y las 6 y 9 también de Toro, ó sean, las 8.<sup>a</sup>, 1.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del tit. XX, libro X de la Novísima Recopilación.

Y así, eran *herederos forzosos* del difunto, sus descendientes legítimos, en las cuatro quintas partes, y los ascendientes, en las dos terceras, lo cual constituía sus respectivas legítimas ó cuotas de reserva; y podían los ascendientes disponer libremente del quinto; del tercio, en favor de cualquiera de sus descendientes legítimos; y éstos, de la mitad siempre, si no tenían prole legítima, y de todo, en favor de un hijo natural, aunque tuvieran ascendientes legítimos. Los hijos naturales y espúrios, que no fueran de dañado y punible ayuntamiento, eran herederos forzosos de su madre, en defecto de legítimos.

En las provincias y territorios de derecho foral (1) habia y hay, en Navarra, absoluta libertad de testar; en Aragón, libertad absoluta de disponer entre los descendientes, cuya legítima de diez sueldos jaqueses es un recuerdo, más que un derecho efectivo; en Vizcaya y pueblos de Alava incluidos en la tierra de Ayala, Llodio y Aramayona, con sólo apartar para los otros un tanto de tierra, poco ó mucho, puede el testador dejar todo á un descendiente, y á extraños sólo el quinto, rigiendo igual disposición, cuando hay ascendientes; y en Cataluña, los padres pueden disponer libremente de las tres cuartas partes de sus bienes, siendo sólo legítima de los hijos la cuarta parte, y el instituido heredero tiene elección de pagarla en bienes ó en dinero. (2)

En cuyas legislaciones se encuentran representados dos opuestos principios: el de muy grave restricción de las facultades del dueño que dispone para después de la muerte, en la legislación de Castilla; y en la de los territorios y provincias forales, el de libertad.

Y si es cierto que por ella están considerable y escogida parte de nuestros escritores, con los países y territorios donde existe; no lo es menos que ni el decaimiento y desmoralización del pueblo, cual en Roma, y en parte en España, en tiempo de Chindasvinto; ni los motivos de los fueros municipales para establecer igualdad entre los hijos en los bienes de su padre, ni los que tuvieron los catalanes para suplicar

---

(1) «Decimos que se llaman de legislación foral, porque no hay motivo para apellidar así á unas provincias, y no dar el mismo nombre á otras. La legislación de Castilla puede ser la que se observa en mayor extensión del territorio; pero las provincias que no se rigen por ella no han recibido la suya á título de concesión, ni como derecho de excepción.» *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña*, por D. Manuel Durán y Bas. Barcelona—1883. *Introducción*, pág. IV. Nosotros usamos las palabras del Código civil: *provincias y territorios en que subsiste el derecho foral*.

(2) *Memoria sobre la sucesión hereditaria*, por D. Joaquin Cadafalch y Buñá. Madrid, 1862, Cap. V.

*El Código Civil en sus relaciones con las Legislaciones Forales*, por D. Manuel Alonso Martínez, Madrid, 1884. Tomo 1.º, cap. IV, y Durán y Bas, obra citada, cap. 4.º parte 6.ª

se adoptase la Constitución que hoy los rige; ni lo que se llama conmociones de la opinión pública, reclamaban que, para la formación del Código civil, se estableciese esta base 16:

“El haber hereditario se distribuirá en tres partes iguales: una, que constituirá la legítima de los hijos, otra, que podrá asignar el padre á su arbitrio como mejora entre los mismos, y otra de que podrá disponer libremente. La mitad de la herencia en propiedad..... constituirá, en defecto de descendientes legítimos, la legítima de los ascendientes, quienes podrán optar entre ésta y los alimentos. Tendrán los hijos naturales reconocidos derecho á una porción hereditaria, que, si concurren con hijos legítimos, nunca podrá exceder de la mitad de lo que por legítima corresponde á cada uno de éstos.”

Si ninguna razón histórica tuvo esta base, fuera la de cumplirla, tampoco tuvieron razón los legisladores para desarrollarla y, sobre todo, para ampliarla en el mismo; y así es naturalísima la pregunta siguiente: “*Nuestro Código civil ¿hállase informado por un criterio perfectamente racional y justo* (1) *en la parte relativa á la sucesión testamentaria forzosa?*”; que es el tema del *Discurso* de inauguración del curso de 1890 á 1891, en la Universidad de Santiago, por D. Cleto Troncoso y Pequeño, y el objeto principal de este estudio.

## II.

Después de afirmar que es inmenso el beneficio de la unidad legislativa, nos cuenta someramente el Sr. Alonso Martínez (2) el establecimiento de aquella base.

Como fórmula de transacción, y propuesta por D. August-

---

(1) Lo justo siempre es racional; si el Código se hallase informado por criterio justo, también sería necesariamente racional.

(2) Sección 4.<sup>a</sup> pág. 179.

to Comas, la ofreció la Comisión general de Códigos á los representantes de las provincias de régimen foral; y después de ver que éstos no la aceptaban, y de poder adquirir por sus respectivas Memorias—sinceramente escritas en atmósfera de serena y secular libertad—la certidumbre de que tampoco la aceptarían las mismas provincias forales, porque pudieran transigir sin repugnancia grave en casi todos los puntos del derecho y aún en los que á la familia se refieren, sin experimentar sensibles alteraciones; pero al llegar á cambiar el sistema de sucesiones, al poner sobre todo trabas á la libre testamentifacción, el cambio es rechazado enérgica y unánimemente por todos, como si comprendiesen que, conservando sus envidiables privilegios, guardaban el arca santa de su libertad civil (1); se adoptó, sin embargo, como una última esperanza, por si llegaban—dice—á vislumbrarse términos hábiles de avenencia.

Y para desmentir las afirmaciones de que el cambio de las leyes civiles produce una revolución social (2), que hay siempre gran peligro en su reforma (3), y que es una profunda verdad, que ninguna alteración notable en el modo de ser de los pueblos se ha verificado sin ir acompañada de un gran cambio en la legislación sobre sucesiones (4); pues le hubo aquí y ninguna alteración en el modo de ser de los pueblos á que se refería; los cuales vieron con la más soberana indiferencia la reforma, como cosa “que se nos antoje hacer ó decidir en Madrid.”

Y como en cuanto el trascurso del tiempo puede dar color de justicia á una institución, sólo la establecida por el Fuero Juzgo tenía de su parte la justicia tradicional de inper- turbable serie de siglos que rigió en Castilla, y aún en algu-

---

(1) *La familia foral y la familia castellana*, por D. Segismundo Moret y D. Luis Silvela, Madrid, 1863

(2) Durán y Bas, obra citada. *Introducción*, pág. III.

(3) Troncoso y Pequeño. *Discurso*, pág. 9.

(4) Moret y Silvela, pág. 141.

nos que son hoy países forales; sin razón histórica la base, puede ser uno á modo de ensayo de embozada libertad en el Derecho civil común, ó triunfo cierto de energías regionales sobre el Gobierno central, sólo tendrá por disculpa un plausible móvil político al fin del “antiguo propósito de la unificación” (1), como avance en el limpio y seguro camino de la libertad, será siempre estimada de los más, y la tendrán los menos por modificación desventajosa, y que no puede admitirse, de nuestro antiguo sistema de legítimas. (2)

### III.

Aun antes de indagar si el Código se halla informado por criterio filosófico en este punto, diremos, sin barajar á Cicerón con Leibnitz, ni á Grocio con Rousseau, que el hombre, por su personalidad, tiene el derecho de propiedad, y como consecuencia de éste, el de disponer de sus bienes ya en vida, ya para después de la muerte, ó “sagrado es, por tanto, el derecho de disponer para después de la muerte, como generalmente se reputa sagrado el de disponer por acto entre vivos, representando todos una consecuencia y una función legítima del derecho de propiedad”, como dijo muy bien Cimbali. (3)

---

(1) En el periódico de Madrid, *El Tiempo*, números 353 y 356, correspondientes á los días 22 y 25 de febrero, se publicaron dos notabilísimos artículos *sobre la cuestión foral*, que tanto y tan justamente llamaron la atención, por la alteza de miras y la profundidad con que la estudiaban, y de los cuales son algunas de estas frases.

(2) *Novedades y modificaciones que introduce en nuestra legislación el Código civil*. Conferencias en el Ateneo de Madrid, por D. Aureliano Linares Rivas, 1889, pág. 127.

(3) *La Nueva fase del Derecho civil*, por Enrique Cimbali, traducida por don Francisco Estéban García. Madrid, 1893, pág. 167.

Añadiendo que, cual el epigrafe indica, hay sobre estos sistemas: el de libertad y el de sucesión forzosa, y que, en los dominios de la ciencia, no significa que deba ser precisamente omnimoda, ilimitada, esta libertad; ni que deban pasar siempre por entero los bienes del difunto, á los llamados por la ley á sucederle: pues esto sería suprimir la facultad de testar, y aquello hacer caso omiso de todos los deberes que las relaciones de familia engendran, á las cuales tienen ambos sistemas por origen y fundamento, y por línea divisoria, el concepto de la naturaleza de los deberes que provienen de ellas . (1)

#### IV.

Á cuatro reduce el señor Troncoso los aspectos de esta disputa: *social*, jurídico, político y económico; y no seguimos su sistema, porque, en el sentido que él usa la palabra, así el jurídico, como el político y económico, son aspectos *sociales* de la cuestión, y ésta no es *social*, en el significado que, hoy por hoy, asigna la ciencia á esta palabra. (2)

Por esto, y porque todo lo que estudia el Sr. Troncoso desde el punto de vista social de la contienda, cabe y dice perfectamente en sus aspectos moral y económico, adoptamos la división del señor Durán y Bas, y examinaremos la libertad de testar en el campo del derecho privado, del derecho político, del interés moral y del económico de las sociedades humanas; cuyo escritor confirma aquella observación nuestra, cuando añade: bajo los dos primeros aspectos, la cuestión es primeramente jurídica y secundariamente so-

---

(1) Durán y Bas, pág. 206.

(2) *Discurso* de recepción de don Gumersindo Azcárate en la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1891, núm. VII.

cial; bajo los dos últimos, es antes social que jurídica; pero los cuatro se compenetrán, por cuanto la vida del derecho positivo no es, ni puede ser, ajena á la vida de la sociedad.

Y como el señor Troncoso dedica buena porción de su *Discurso* á la Historia de las legítimas y al examen de algunas disposiciones del Código, de tan ceñida manera como estos apuntes permitan, nos ocuparemos también en esas materias.

## V.

Desde el punto de vista jurídico, así los enemigos como los partidarios de la libertad de testar, están conformes en que el dominio, derecho absoluto, sólo se halla limitado en el acto de disponer para después de la muerte, por las obligaciones provinientes del matrimonio y del parentesco.

Ya discrepan en el modo de entender estas obligaciones, pues, mientras los defensores de la libertad de testar las fijan en alimentar y educar á la prole, pudiendo después el testador disponer libremente de sus bienes; los sostenedores de las legítimas, fúndanlas en aquellas obligaciones, que dan derecho efectivo al hijo á una parte del haber del padre, del que es copropietario. Mas, como estos derechos son iguales para todos los hijos, y de resultados comunistas, á fin de atender la autoridad paterna, que por tal camino anulaban, y á las desigualdades de los hijos, inventaron las ingeniosas mejoras de tercio y quinto, que dijo Goyena. (1) En el sistema de libertad todo es fijeza, y vacilación y contradicciones en él de legítimas.

Por mucho que se extiendan las palabras de Ahrens: *hacer respetar al testador las obligaciones naturales que resultan del*

---

(1) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, por don Florencio García Goyena. Madrid, 1852. Tomo II, pág. 327.

*matrimonio y del parentesco*, las de Taparelli: *que el padre contrae para con todos sus hijos el deber de proveerlos*, ó las de cualquier otro respetable escritor de los atectos á las legítimas, nunca se sacará de ellas otra obligación exigible al padre, que la de conservación y educación para la vida física, moral y social de los hijos; ó sea, en el más lato sentido de la palabra la de *alimentación*; que cesa, faltando su motivo, cuando desarrolladas las facultades físicas y morales, el ser, antes débil, se halla capaz de bastarse á si mismo. (1) *Si tal deber se olvida*, dice el señor Durán y Bas, *la ley debe hacerlo cumplir severamente*. (2)

Y estando de acuerdo con estas afirmaciones, no acierta el señor Alonso Martínez á armonizarlas con el principio de la libre testamentifacción. ¿Qué se hace con un padre que, al otorgar testamento, instituye heredero á un extraño, olvidando que sus bienes están principalmente destinados á la conservación de la vida física de sus hijos y á su preparación para la vida intelectual, moral y social? Pues, hacérselo cumplir. ¿Cómo? Por el establecimiento de la legítima: *ni la ciencia* (subrayamos nosotros) ni las legislaciones positivas han inventado otro medio. (3)

No señor; la ciencia dice por el señor Durán y Bas (4), lo que ya antes dijeron otros escritores, tales como los señores Moret y Silvela y Cadafalch: que el deber jurídico de los alimentos puede cumplirse por el heredero como carga hereditaria, cuando deba prolongarse la obligación, sin que esto limite la libertad de testar más ni menos que cualquiera otra que grave el patrimonio del difunto.

Además, este deber de los alimentos tiene identidad en su fundamento de las relaciones familiares, respecto á las personas á quienes se deben, en su caso, como carga de la

---

(1) Moret y Silvela, pág. 166.

(2) Pág. 213.

(3) Pág. 162.

(4) Pág. 217.

herencia, á los hijos, á los padres y á los esposos; lo cual no ocurre con las legítimas, desiguales para todos, y de las que son privados los ascendientes; cuando hay descendientes. “Si únicamente se coarta la libertad (observa acertadamente el señor Durán y Bas) de los padres en favor de sus descendientes, y no la de estos en favor de aquellos, la desigualdad, además de injustificada, es odiosa. Si por el contrario, se restringe por igual la de unos y de otros, no puede ser el mismo su fundamento, porque la misión de la paternidad es de índole distinta de la piedad filial.”

Esta desigualdad en el título de legítimas, es más patente en sus efectos. Sociedad total la familia, tiene su poder en el padre y, éste los medios de acción de que la sociedad dispone para su fin, y la justicia, que es su ley. Pues bien, la justicia en el seno de la familia es, no la igualdad material, aparente, sensible, sino la desigualdad, que es la igualdad esencial, la igualdad interna, cuando la diversidad de condiciones por el sexo, la edad, la salud, la fortuna en los negocios, etc., la reclaman; por manera, que donde no hay libertad en la distribución, no puede realizarse la justicia. (1)

Así pudo decir el señor Cadafalch, (2) que la ley de legítimas es ciega y no puede ver los obstáculos que se presentan á cada paso para su recta aplicación, que es inflexible y no sabe acomodarse á las mil vicisitudes y diferencias de la vida: con ella es imposible la justicia distributiva.

Cimbali dice (3) que el fin del derecho de sucesión, consiste en satisfacer racionalmente y conciliar de un modo armónico (no sabemos cómo se *conciliará* inarmónicamente), los derechos respectivos del individuo, de la familia y de la sociedad ¿y de qué modo se concilian esos derechos con las legítimas? Lo primero, que ya el derecho del dueño lo ha

---

(1) Durán y Bas, pág. 216.

(2) Pág. 129.

(3) Pág. 167.

mutilado el Estado con la cuota de reserva ó legítimas; luego, el individuo y la familia pueden tener y tienen, de cierto, derecho—en el sentido en que ellos hablan—á que uno de sus exmiembros, que vive en la opulencia, no perciba nada de su ascendiente, por ser poco lo que deja para los demás descendientes, muy necesitados y á todo acreedores en justicia; y por fin, la sociedad está interesada en que, á veces, deje todo el testador, á un amigo desgraciado, á un sirviente leal, á obras de caridad, etc., como cree el señor Pisa Pajares (1); pero siempre la importará (*tendrá derecho*) que se cumplan las leyes, incluso la que, en esos casos, manda dar legítimas á descendientes ó ascendientes opulentos.

Y no para ahí la desigualdad y la falta de lógica y fundamento cierto de las legítimas. Sabido es que, en Aragón, puede el padre dejar todo á un hijo, y á los otros paga con diez sueldos jaqueses de pura fórmula. “Salvados por tal manera, escribe el señor Alonso Martínez, (2) los principios eternos de la moral y del derecho y orillados á la vez los inconvenientes de la libertad de testar.....”; luego, el sistema castellano de legítimas y todos, no salvan los principios eternos de la moral y del derecho, pues no permiten dejar todo á un descendiente.

Y como todos los defensores de ese sistema, dicen que no discuten el tanto y cuanto, pues “siempre que la pequeñez de la cantidad no haga ilusorio el derecho que se declare, esa es cuestión secundaria,, (3) pudiendo, en consecuen-

---

(1) *¿Debe admitirse, en buenos principios de derecho, la absoluta libertad de testar?* por don F. de la Pisa Pajares. Madrid, 1881.

(2) Pág. 120.

(3) *Estudios jurídicos*, por D. Francisco de Casso y Fernández. Madrid, 1892 pág. 123.

Dice en una nota (pág. 63), que por un conjunto de circunstancias, á que vino á prestar fuerza la timidez que en la resolución del problema de la unidad legal ha presidido en la redacción del Código, el casi abatido *Regionalismo* vuelve á tomar cuerpo con extraordinario empuje. Barrúntase que arremeterá con él en otro estudio que promete (y que aún no ha hecho ¡qué había de hacer!), dedicado á la *«significación y transcendencia del Regionalismo en nuestra organización*

cia, ser, desde diez sueldos á una cuota muy exigüa, cual hoy marca nuestro código y otros; de ahí que podemos sentenciar, como sin base cierta é incierta, el sistema que combatimos.

Quédales aún á sus partidarios, como refugio, el supuesto derecho de copropiedad en los sucesores. Yo sostengo (es el señor Alonso Martínez) que el caudal que se encuentra en el hogar doméstico, al exhalar un hombre el último aliento, no era la fortuna *personal* y exclusiva de éste, sino el patrimonio de su familia. (1) Y por más que parezca que viene en apoyo de esta afirmación el autorizado sentir de Cimbali (2); bastaba recordar el desdén con que habla Azcárate de la *copropiedad* de la familia (3), las pocas palabras que, para refutarla, le consagra el señor Durán y Bas (4) y la acerba crítica que de ella hicieron Cadafalch y Moret y Silvela, y sobre todo, el señor Lastres, para no mentar siquiera tan ilusorio derecho y desvariada teoría.

“Se dice que el hijo es condueño de los bienes del padre, luego no debe disponer éste de lo que ya reconoce amo. ¿Por qué no son lógicos los que esto dicen, y no obligan al jefe de familia á que dé cuenta de sus gastos, entradas y salidas? ¿En qué se funda este derecho? ¿Por qué empiezan con la muerte los que en vida no reconoce la ley, que no le

---

política actual.» sin duda para que se diferencie de éste de la *sucesión testamentaria*, en que se habla de *soberbia altanería*, de *vinculos enlazados*, de que, *si bien los derechos absolutos no son susceptibles de restricción, si pueden ser y son de hecho, objeto de la ley, en cuanto á su ejercicio* (pues llámale *hache*), y de que, ese *principio* de legítimas satisface á la razón y á la justicia, y *tiene su bondad acreditada por una larguísima experiencia*. Este estudio está... fechado en Sevilla.

(1) Pág. 101,

(2) Pág. 165. «La cuota de reserva constituye una sucesión necesaria... y es al mismo tiempo la afirmación del condominio que á cada miembro de la familia compete respectivamente sobre los bienes del otro...»

(3) *Minuta de un testamento*. Madrid, 1876, pág. 122.

(4) Pág. 213.

da protección para separar del haber común la parte que le corresponde?., (1)

El mismo señor Troncoso dice: En cuanto á la copropiedad del padre y del hijo, entiendo que hay patente inexactitud, porque mientras el primero vive, es único dueño de su patrimonio, y el *condominio virtual* (subrayamos nosotros) de los hijos, no se pone en ejercicio, sino después de la muerte del propietario. (2)

Y como por otro lado, ni el interés, sin influencia decisiva en la familia, ni la utilidad social, ni las aspiraciones de los hijos, ni las conveniencias sociales y el hábito de comodidades que adquirieron en la familia sus miembros, son títulos de legítima, terminaremos esta parte de nuestro estudio, diciendo: "El hijo menor de edad tendrá, pues, derecho para que de los bienes del padre se aparte lo necesario para su existencia y para su educación; el hijo ó el padre, al que una enfermedad privó por completo de sus sentidos, ó la desgracia arrebató los medios físicos para ganar honradamente con que apagar las necesidades que sin cesar renacen, seres desgraciados á quienes el dedo de Dios condenó á vivir en la impotencia de la infancia, tendrán el mismo derecho. Si en las mismas circunstancias se halla uno de los cónyuges, que no posea bienes, y en el caso de que no existan descendientes, sobre los que naturalmente habrá de pesar esta carga — si semejante deber puede llamarse carga — tendrá también derecho á exigir una parte proporcionada del caudal del difunto., (3)

Pues así como, en vida, el padre tiene la libre disposición de sus bienes y al mismo tiempo el deber de alimentar y educar á sus hijos, de igual modo esta obligación es compatible con la libertad de testar, y el imponerla no responde *ni re-*

---

(1) *Conferencias populares sobre el nuevo Código civil*, por Francisco Las-  
tres. Madrid, 1889, pág. 243.

(2) Pág. 54.

(3) Moret y Silvela, pág. 167.

notamente (parece escrito para el señor Alonso Martínez) al principio en que se fundan las legítimas. (1)

## VI.

En el terreno del derecho político también se justifica la libertad de testar.

La libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres, y los derechos políticos no son sino su garantía: aquella es la libertad esencial. El mejor testimonio de que la disfruta un pueblo sobre los bienes, está en la libertad de la propiedad y en la libertad de la contratación, porque es el reconocimiento de una de nuestras más preciosas libertades, la del empleo de nuestras facultades y de nuestras fuerzas, con relación al mundo exterior. Cuanto más libre es un pueblo, más libre es la propiedad.

Además de que confirman esto, los en que hay libertad de testar, (2) y el testimonio de escritores tan eximios como Le Play y el Conde de Montalembert; es indudable que la libertad de testar favorece el sentimiento del individualismo, en el recto sentido de la palabra, es decir, el valor del hombre como hombre, que es la base de la dignidad personal, y

---

(1) Azcárate, *Minuta*, pág. 122.

(2) Tanto el señor Pisa Pajares, (pág. 64) como el señor Linares Rivas, (página 127) dicen que no pueden conocer por la experiencia el uso que harían los padres de la absoluta libertad, por cuanto no han podido ni pueden ejercer un derecho que la ley les niega. Lo cual no es cierto, pues pudieron ejercerlo en Roma, y en España hasta la ley de Chindasvinto; y pueden ejercerlo en Inglaterra, en los Estados Unidos, y, por lo menos, en Navarra. El mismo señor Pisa, ha dicho de Roma, (pág. 54) que si los padres desheredaran por altos fines sociales, es probable que las legítimas no habrían sido conocidas. Y la ley de Chindasvinto: *E porque algunos son que biven sandiamiente, é despienden mal sus cosas, é danlas a las personas estranas, é tuellenlas a los fijos é a los nietos sin razon.....*

la libre dirección de sus fuerzas, como condición de su responsabilidad en el cumplimiento de su deber, enseñando así á los hombres á vivir en las sociedades democráticas, donde les interesa conocer la Autoridad, amarla, respetarla y bendecirla; para la educación de cuyos sentimientos es grande escuela la familia. (1)

Por esto, dice Cadafalch: (2) "No basta la libertad política en su más amplia acepción; es menester, además, la libertad civil, libertad doméstica, esa libertad, sanción de la autoridad paterna, que permite organizar plenamente las familias, esas primeras y pequeñas sociedades que son el origen, el ejemplo y la fuerza de la sociedad general, en la que se reflejan sus virtudes y vicios. ¿Se quiere que los hijos de propietarios, llamados por su posición á ejercer no escasa influencia en el país, se acostumbren desde sus primeros años á obedecer y respetar las superioridades sociales? Permitase al padre que pueda hacerles sentir desde su infancia todo el peso y prestigio de su suave autoridad.."

## VII.

Tanto los partidarios de las legítimas, como los de la libertad de testar, van conformes al decir que ésta robustece la autoridad paterna, sostén de todas las autoridades; porque, sino lo entendieran así los primeros, no hubieran acudido, con las mejoras y la desheredación, á devolver al padre la autoridad y los medios de ella que le arrancaron con las legítimas, ó sea, con la sucesión *forzosa*, condenada ya por su mismo nombre.

---

(1) Durán y Bas, págs. 219 á 225.

(2) Págs. 166 y 132.

“Venis á entibiar el respeto del hijo, no sólo por la consideración mezquina de que espera de la ley el caudal, y no del padre, sino por la importantísima de que, desde que nace, ó tiene uso de razón, sabe que la ley desconfía de quien á él le dió la existencia, y oye hablar de ello á cada hora con ocasión de otras familias. Tal escuela no es á propósito, en verdad, para infundir respeto ni confianza, decia el señor Nocedal. (1)

Mas, se debe poner á la libertad de testar otro nombre, afirma el señor Linares Rivas, (2) á fin de que todos conocieran, que no es sino el absolutismo, el despotismo en materia de testar; y el señor Troncoso, (3) que el poder absoluto de los padres revela una tendencia pagana, que no se compadece con los progresos de la cultura pública, ni con los ideales del derecho moderno, ni con las bases en que descansa la familia cristiana, que se funda en los lazo del amor y de la sangre.

Oigo aquí hablar de despotismo paterno, de abusos de autoridad paterna, de aberración y perversión de la autoridad paterna, exclama el P. Felix (4) y con él les respondemos. Desgracias son inevitables, desgracias excepcionales, por encima de las que resalta la verdad en globo, de que un padre comprende los intereses de su familia, que son también los suyos, mejor que nadie; y todo lo que disminuye ó encadena esa paternidad, tal como Dios la hizo, y tal como Dios la quiere; suave, pero fuerte, buena, pero soberana, mina por su más profunda base el edificio de la prosperidad doméstica.

Precisamente, porque se funda en el amor la familia cristiana, nada más apartado de ella que el despotismo do-

---

(1) *Discurso inaugural leído en la Academia de Legislación y Jurisprudencia*, año de 1866.

(2) Pág. 126.

(3) Pág. 38.

(4) *Conferencias pronunciadas en la cátedra de Paris*. Año IX. Publicadas por *El Pensamiento Español*. Madrid, 1866; pág. 47.

méstico, ni nada más antitético que las ideas de poder absoluto (en el sentido de inconsiderado y abusivo), y la de familia cristiana, espejo de amor, y armonía, donde su jefe es verdadera imagen de la Providencia.

Y en punto á esas tendencias paganas, el mismo señor Pisa Pajares, partidario acérrimo de las legítimas, dice, que la solución moral de esta contienda, nos lleva á lo que otros llaman el poder absoluto paterno: á que el padre, no sólo puede, sino que debe dejar todos sus bienes, á veces, ya á extraños (en parentesco) ya á uno solo de sus hijos, sin acordarse para nada de los otros, que no necesitan de la riqueza de su padre.

Además, todos nuestros lectores, conocen, de seguro, un libro de los que vivirán, escrito por el insigne Pereda. En los primeros capítulos de ese libro, se nos pinta un matrimonio muy rico y malbaratador, insensato el padre y ahita de vanidad la madre, cuyo único descendiente, una hija de pocos años, no saca á sus padres más ventaja que la de tener mejor entendimiento que ellos. “Convencido, dice el abuelo de la *Montálvez* (así se llama el libro), y dueño de tanta riqueza, convencido de que tan pronto como echen la zarpa á ese caudal, la insensatez de tu padre y la loca vanidad de tu madre han de despilfarrarlo en cuatro días, he procurado dejar á salvo, en beneficio tuyo, *cuanto la absurda ley vigente me permite*.... “ó sea el tercio y quinto,,” según se lee pocos párrafos después. Creo que nadie tendrá á Pereda por *inclinado al paganismo*, ni este libro por anticristiano: casualmente, ha sido muy celebrado por otro esclarecido literato y sacerdote católico, por el P. Coloma.

Evita la libertad de testar, el inútil y odioso sistema de desheredación (cuyo carácter punitivo tan mal dice al del derecho civil), y un seguro motivo de odios en las familias, á causa de las legítimas. Y después de lo que sobre esto han escrito los señores Cadafalch y Lastres, entre otros, choca leer en la obra citada (1) del señor Alonso Martínez, que el

---

(1) Pág. 129.

legislador no ha desarmado al padre, inhabilitándole para ejercer con éxito su sagrada magistratura; medios sobrados tiene con la exheredación y las mejoras de tercio y quinto, para castigar al indolente, al ingrato, al rebelde, al que se revuelca en el cieno del vicio: como si un hijo no pudiera ser indolente, ingrato, rebelde y asaz vicioso, todo á un tiempo y en sumo grado, sin incurrir en causa legal de desheredación. (1)

Un medio que en la práctica apenas se usa, ni puede usarse, porque rarísima vez pueden acreditarse hechos que no salen del misterioso recinto de las familias. ¿Cuántos padres habrá tampoco, que deshereden á un hijo y se atrevan á consignar en su última voluntad, en términos claros y precisos, una de las causas al efecto prevenidas por la ley? ¿qué padre se ha de atrever á publicar en esta forma la deshonra del hijo, deshonra que imprime una afrentosa marca en su frente, en la de su esposa y en la de sus hijas? (2) ¿En qué lugar se coloca al padre, cuando acude al tribunal pidiendo la desheredación de un hijo? En el de acusador; en el de delator de su misma sangre; no es el Magistrado, que secretamente hace justicia en vista de pruebas, sino el esbirro infame, que entrega á la víctima. (3)

En verdad, no puede ser más ilógica la ley; hace á veces depender la felicidad de un hijo, del *irracional disenso* del padre, que no necesita decir en qué lo funda: y cuando

---

(1) A este propósito, copia el señor Troncoso: «En medio de la disolución moral porque atraviesan las sociedades modernas, se siente la necesidad urgente de fortificar la autoridad paterna, base y fundamento de todas las demás autoridades. ¿No es el padre el juez más competente é imparcial para juzgar de las aptitudes y del mérito de sus hijos? Y siendo esto así, por qué obligarle á manifestar el motivo en que se funda para desheredarles?»

Y acota (pág. 36): Sr. Durán y Bas.—*Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*.—debiendo haber error material en la cita, pues en la única edición de esta obra —Barcelona. Imprenta de la Casa de Caridad. 1883, —no hay los párrafos trascriptos.

(2) Cadafalch, pág. 125.

(3) Lastres, pág. 244.

se trata, acaso de una exigua legítima, para privar de ella al hijo, no sólo ha de expresar causa legal, sino que ésta, si se negare, ha de probarse ante el juez.

Y después de todo, ¿cuál será más racional, dejar al padre los medios que Dios le ha dado para premiar y castigar hechos de que es el único juez, ó quitárselos con las legítimas, y buscar después, con la mejora y la desheredación, la manera de devolvérselos en parte?

Al enseñar á los hijos, que los bienes del padre son de ellos, y luego permitir las mejoras, es causa, el sistema de legítimas, de grandísimos odios en las familias, que estallan, calientes aún las cenizas de su jefe, que dijo Nocedal; pues un hijo no puede menos de ver con malos ojos al padre que se aparta de la regla común que la ley le traza, para introducir diferencias en la familia en contra del espíritu de igualdad que en ella domina (1) y que primeramente sentó la ley: mientras, en la libertad, el padre da con mano generosa, y el hijo recibe con pecho agradecido.

Sobremañera inmoral es el sistema que combatimos, en cuanto de él pueden deducir y deducen muchas veces los sucesores, derecho propio é imprescriptible, obligación del testador, que conviene descienda pronto á la tumba (2) para enseguida aprovecharse de su haber; y, en cierto modo, fomenta el celibato, porque, en este estado, no hay herederos forzosos, y se los impone la ley al laborioso y honrado padre de familia, disponiéndole de los bienes, sin consultarle, y después de haber cumplido en vida con las obligaciones de alimentación y educación de su prole, ya capaz de bastarse á si misma: luego, las leyes de sucesión forzosa son un ataque, un dardo que hiere al padre de familia y no al soltero. (3)

---

(1) Moret y Silvela, pág. 171.

(2) Viene aquí muy á cuento, lo que, inspirándose en Séneca, dice el P. Rivadeneira: «No tendrás heredero, pero no le temerás.» *Tratado de la Tribulación*.—Barcelona. Biblioteca Clásica Española, 1885, pág. 165.

(3) Cadafalch, pág. 119.

Además de otros, dos argumentos podemos hacer en este terreno contra ella : hay menos densidad de población en los países de sucesión forzosa, que en los de libertad de testar, y diversas causas inclinan en aquellos á la esterilidad de los matrimonios (síntoma de malas costumbres), (1) y á la desidia de los hijos, el saber que, con la herencia, tendrán lo bastante para sus necesidades; (2) en lo que insistiremos, al estudiar económicamente esta contienda.

Aun tienen los mantenedores de las legítimas, como último recurso, el de decir, que hay seres capaces de desheredar á sus ascendientes legítimos, para enriquecer á los que son fruto de una pasión criminal; ó sea, lo que se conoce con el nombre de *principio* de la desconfianza en los padres; pudiendo ser el testador, con la libertad, víctima de asechanzas en los últimos momentos.

Por de pronto, cuando no lo realizan los particulares, sujetos de Derecho, no siempre lo justo puede cumplirse por el Estado, y menos, tratándose del misterioso recinto de la familia, donde siempre será un mal que el Estado intervenga, siendo manifiesta la insuficiencia de las garantías meramente externas para cumplir el derecho, dice un filósofo; después, aún suponiendo que el abuso fuera más frecuente, lo que no es verdad, siempre sería la excepción, como ya vimos asegura el P. Félix y confiesan los mismos partidarios de las legítimas, y la excepción no ha de ser fundamento de la ley, por más que no deba despreciarse como coeficiente legislativo; y por fin, aunque, para la excepción rarísima, se hiciera la ley, ¿cómo evitaba el abuso? De ningún modo se impide que un hombre de mala fe reduzca su capital á dinero y lo tire ó entregue á la persona que más le convenga.

Este no es ningún argumento Aquiles contra las legítimas, pero es verdad: con la mayor facilidad se deshereda á

---

(1) Durán y Bas, pág. 227.

(2) Cadafalch, pág. 133.

los hijos por estos y otros medios, sin que á nada alcancen las precauciones del legislador. Que serán los menos los padres que hagan esto; pues menos serán aún los que abusen de la libertad; en lo que nos fundamos para pedir que se quite esa violación injusta del derecho de propietario. (1)

Respecto á esas asechanzas de los últimos momentos, bien dijo el Sr. Pisa Pajares (2) (con cuyas palabras respondemos al Sr. Troncoso), que el pensamiento de la muerte debilita las tendencias egoistas y aviva el sentimiento moral, y tantos abusos puede haber en un sistema como en el otro: que tanto la parte de mejora, como la libre, pueden ir á parar, por medio de asechanzas, al que las empleó con fruto, y merece ser desheredado.

¡Cuán cierto es!, que si los que tienen cierta fortuna, y sobre *todo* los poderosos hicieran un *uso racional* de la facultad de disponer de sus bienes, se quitaría en gran parte el pretexto y la ocasión á tantas utopias como se han formulado y formulan respecto del *derecho de herencia*; puesto que el individuo y la sociedad harían libremente mucho de lo que se *pretende* (subrayamos nosotros) por medio de la *imposición* de la ley del Estado. (3)

## VIII.

Y vamos á la Economía. Con razón dice el Sr. Troncoso que de ella se sacan poderosos argumentos contra las legítimas. Por de pronto, en sentir de algunos escritores (y también de muchos, incluso de los mismos partidarios de las le-

---

(1) Lastres, pág. 246.

(2) Pág. 60.

(3) Azcárate. *Minuta*, pág. 119.

legítimas) es preciso evitar la división de fortunas, para no dar lugar á que el suelo se desmenuce y se pulverice: porque así convendrá el grande, mediano, ó pequeño cultivo, según la *desigualdad circunstancial* de los terrenos; pero será un hecho en todos, el mal inherente á la condensación y división de tierras llevadas hasta la exageración. Por esto mismo, y porque la libertad equivale á la estabilidad y continuidad de la familia, está demostrado, entre otros, por el P. Félix (1), que la libertad favorece la producción de la riqueza. Si la familia, dice el Sr. Alonso Martinez, es un grupo natural, una unidad indivisible (2), un organismo cuya existencia y autonomía no depende de las necesidades variables de la política, ni de las *combinaciones artificiales de la ley*, sino que es una imposición de la naturaleza, una condición de nuestro ser (y allá discutan con él la exactitud de sus afirmaciones): ¿cómo concebir su *continuidad* sin la sucesión?

¿Y habrá *continuidad*, con la sucesión forzosa, en una institución sujeta á un reparto inevitable, cada vez que muere uno de sus miembros? Ni siquiera existe en la ley castellana, alguno de los remedios que hay en otras, para el mal de la división, cual en Cataluña la facultad de pagar las legítimas en dinero, ó la que tiene el testador, por el moderno Código de Italia, para que, habiendo herederos en la menor edad, las particiones no se verifiquen hasta un año después de haber llegado á la mayor edad el más joven, con el objeto de que sea más fácil llegar entre todos á un acuerdo que ceda en interés común, como hacen muchos entre nosotros, sin ley ni testador que lo mande, vendiendo, al cabo, sus derechos hereditarios de legítimas, al mejorado ó mayor partícipe en la casa de sus antepasados, que tanto les repugna desbaratar.

Cada dia vemos pasar y volver á pasar incesantemente

---

(1) Conferencia citada.

(2) Pág. 102.

sobre nuestros terrenos (la ley de sucesión), *destruyendo á su paso los muros de nuestros hogares y las cercas de nuestros campos*, copian de Tocqueville, Durán y Bás y Cadafalch. (1)

A esto oponen, que la libertad de contratación y las combinaciones que á su sombra hacen, el padre con los hijos y los hermanos entre sí, inspirándose en el cariño y en su común y recíproco interés, son un contrapeso suficiente á *los males* (habla el Sr. Alonso Martínez) (2) á *los males* de una división excesiva. ¡Preciosa confesión! Si vosotros teneis por mala una ley, lo mismo que nuestros más ignorantes labriegos, que huyen de las partijas como el diablo do la cruz, ¿por qué preconizais á la *ingeniosa*? No será, sin duda, porque no se sepa que es regla general, diga lo que quiera el mismo señor, la impedimenta de odios, pleitos y "liquidaciones morales," en toda partición. Asi lo reconoce tambien, al decir: Por de pronto, es más sencillo y menos expuesto á litigios, la libertad: esta primera ventaja es innegable; y Goyena, llamando á los juicios de testamentaria, eternos, dispendiosos y como una declaración de guerra abierta entre los miembros de una misma familia (3), canta á más y mejor las excelencias de las particiones.

Como se ve, no citamos amigos de la libertad, como Le Play, el Félix, Herbé-Bazin y Nocedal; tan sólo copiamos de la obra de Cadafalch (4), por lo elocuente del testimonio, éste: "Refiere el conde de Montalembert que los ingleses, al *querer estampar el sello de la esclavitud* en la frente de la desgraciada Irlanda, promulgaron el año 1701 una ley prescribiendo que *los bienes raices de todos los papistas se dividiesen á su fallecimiento en partes iguales entre sus hijos*, á menos que el primogénito se convirtiese al protestantismo, caso en que podría suceder y tener toda la herencia de su difunto padre."

---

(1) Obra citada, pág. 180.

(2) Pág. 149.

(3) Pág. 332.

(4) Pág. 162.

También es indudable que la seguridad de suceder en pingüe herencia, fomenta la ociosidad, con todo su séquito: frases vulgares como la de: si yo fuera tan rico como Fulano, ya había de trabajar como trabajo, etc., etc., lo están diciendo á voces. No sólo se distinguen los hijos de familias acomodadas, por su indiferencia y desidia; distingúense también, á veces, por su falta de respeto y obediencia hacia sus padres, y más tarde hacia la autoridad pública. (1)

Y como él mismo tenemos en principio al aumento de población, como un signo al mismo tiempo que un elemento de progreso y de fuerza; causa y efecto de la prosperidad de las naciones: al cabo son para nosotros economistas de más autoridad, en este punto al menos, Le Play, Périn, Herbé-Bazin y el mismo P. Félix, que cualquier utilitarista, aunque sea Blanqui, al cual parece muy afecto el Sr. Troncoso.

Y acordándonos de que á Le Play no puede nunca citársele como enemigo de la libertad de testar, ni aun por las palabras de él, que copia el Sr. Troncoso, terminamos esta parte de nuestro estudio, con Economía: ésta condena la sucesión forzosa.

## IX.

Y la Historia lo mismo. Desde luego, si ponemos, como en deslabazado cronicón, en uno de los platillos de la balanza, las leyes que reconocieron la libertad de testar, y en el otro, las que establecieron las legítimas, de seguro que del lado de la restricción caerá la balanza. Pero, á tal modo de ver los hechos, replicamos con una vulgaridad, la cual no

---

(1) Cadafalch, pág. 133.

deja de serlo, por más que ya lo dijo Laveleye: De que existan instituciones y leyes, no se puede deducir que sean necesarias, inmutables, las únicas conformes con el orden natural.

Hay, pues, que estudiar las cosas desde punto más alto, y á eso vamos. Trátase de Roma, en sus mejores y también decadentes tiempos. Floreciente la República, se reconoció, por aquella ley que valía más que las bibliotecas de todos los filósofos, la omnimoda libertad en los padres para disponer de sus bienes, *mortis-causa*; ya en la decadencia de la República y destruido el Imperio, se restringió tal libertad y aparecieron las legítimas. ¿Por qué?

Defender hoy la libertad omnimoda de testar, escribe el Sr. Troncoso, es renunciar al ideal verdadero de la libertad por seguir la ley de un pueblo egoísta y bárbaro, que carecía de toda noción de los derechos del hombre (*¿y aquella razón escrita?*), ley que los mismos romanos no pudieron menos de rechazar, *cuando los progresos de la humanidad y el influjo de la civilización transforman las costumbres y se filtran en las leyes.* (1)

Sino fuera porque el mismo Discurso me da la razón más adelante, creo que no me aventurara á decir, que no fué así; que no vinieron al mundo las legítimas con tal aureola de prestigio, sino que fueron concebidas, como nosotros, en la iniquidad y en el pecado; pero como: Efecto de la gran corrupción de costumbres que entonces existía, presentábase con harta frecuencia el espectáculo de padres que ofrecían su caudal á la concubina ó al hijo nacido de uniones inmorales, y el espíritu de las leyes romanas que establecieron la legítima, fué el de evitar esos escándalos (2), de ahí que vote en contra, acompañado de los Sres. Moret y Silvela, que aseguran, que el mismo estudio nos puede hacer ver, que la primera limitación, puesta al derecho de testar, se fundó en el decaimiento y desmoralización del pueblo romano, lo cual,

---

(1) *Discurso*, pág. 38.

(2) *Idem*, pág. 75.

antes que progreso, fué decadencia de la primitiva constitución familiar. (1)

Si los padres que desheredaban, dice Pisa, hubieran destinado su patrimonio á altos fines sociales ó necesidades imperiosas, *es probable que las legítimas no habrían sido conocidas*. Luego, antes que á sancionar derecho de los hijos, vinieron á ser paliativo ó intento de remedio al escándalo de dar los bienes á objetos repugnantes á la conciencia social.

Y es verdad. Dice Donoso que la civilización es siempre el reflejo de una teología, y de cierto que la teología que entonces civilizaba al pueblo romano, jamás se acordó de encadenar la autoridad paterna, tal como la misma teología la quiere, "compuesto maravilloso de autoridad y de amor," que dice el P. Félix; el cual también condena, desde el fondo de su alma, las servidumbres impuestas al poder paterno.

Como en Roma, así en España: vinieron los godos y con ellos la libertad de testar; pasan siglos, y la deroga una ley del Fuero Juzgo. ¿Por qué? Por consideración, principalmente, á una clase distinguida, *por la corrupción de algunos padres*, y con el propósito de excusar del trabajo á los hijos que de él solían ser excusados. (2)

Y si continuando con nuestra historia, pasamos del Fuero Juzgo á los Municipales, y los vemos establecer una igualdad entre los hijos, en la partición de los bienes paternos, reclamada por el estado social de aquel tiempo, que graduaba el número de soldados de cada concejo, tan precisos entonces, por el de propietario; y de los Fueros llegamos á las Leyes de Toro y nos encontramos con que ninguna razón tuvieron para restablecer la ley de Chindasvinto, ya no veremos en la Historia nuestra, sino la sinrazón de las legítimas. (3)

Recuérdese ahora el hecho citado por Montalembert, y

---

(1) *Memoria*, pág. 152.

(2) Cadafalch, cap. X.

(3) Cadafalch, cap. VIII y IX.

sébase que el Código de Napoleón, seguido con poco discernimiento por tantos legisladores, tiene en esto el vicioso origen de ser una ley dictada á impulso de las circunstancias políticas, con la segunda intención de anonadar á los que se mostraban hostiles al desorden, una ley que al principio se asestó como una máquina de guerra contra la clase rica, y dígasenos si la Historia canta alabanzas á las legítimas.

Tanto Montalembert, como Le Play, dice el Sr. Cadafalch, están acordes en que el sistema de división forzosa es el medio más activo que haya podido escogitar el despotismo para destruir resistencias y anonadar fuerzas colectivas é individuales. “Plantead el Código civil en Nápoles, y dentro de pocos años desaparecerá todo lo que no os sea afecto,,” diz que decía Napoleón I á su hermano José. (1)

## X.

Sería cuento de nunca acabar, si en esta parte del discurso, la que estudia el Código, hubiéramos de detenernos tanto como en las otras. Para censurarlos, como el Sr. Troncoso, copiamos la última parte del artículo 807 y el 846 del Código: “*Son herederos forzosos (legitimarios).... los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre ó madre de estos.....*,” “El derecho de sucesión que la ley da á los hijos naturales pertenece *por reciprocidad* en los mismos casos al padre ó madre naturales.” ¿Dónde están los precedentes aquí, de estas disposiciones? Sin duda en las doctrinas del egregio Laurent, tan brillantemente refutadas por el Sr. Troncoso. Realmente es para maravillarse á cualquiera, el pensar que el mismo que refrendó, como Ministro, este Código, sea aquel ju-

---

(1) Idem, cap. XXIV.

risconsulto, que en su obra tantas veces citada, nos amenaza con una relajación total del orden, si se establecía la libertad de testar.

Y ciertamente, si algunas censuras del Código que hemos oído y leído, no tienen muy claro fundamento, todas cuantas conocemos contra esos artículos, las tenemos por justas; desde las que, con más ó menos embozo, se dijeron en las Cortes, hasta las que últimamente le aplica el Sr. Troncoso, pasando por estas acerbísimas, dichas por el Sr. Linares: ¿En qué principio de derecho ó de justicia, de moralidad ó de orden familiar, se puede disculpar, el que una persona que se halla en esas circunstancias, sea heredera forzosa con preferencia á las demás que constituyen parte de la familia, como los hermanos y sobrinos? Casi parece eso la recompensa de una falta. (1)

Otro artículo, el 838: "Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo," de varias maneras. "Mientras esto no se realice, *estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de ese usufructo,*" cuyo lenguaje huele á cocina hipotecaria de cien leguas. Pero, ¿qué quiere decir el artículo? ¿Establecerá como apunta alguien, una hipoteca general sobre los bienes del cónyuge premuerto? No. El mismo Código lo dice, al declarar vigente la ley Hipotecaria con su artículo 105 y todas las bases en que esta se asienta (2). Y aunque, también sin decirlo, modificó el Código algo y aún algo de la ley Hipotecaria, es lo cierto que en este punto, clara como la luz del día es la vigencia de ese artículo fundamental, ¿Y luego?, vaya usted á saber. Lo más seguro es que aquel artículo se puso en el Código por no perder la costumbre, ya viejísima aquí, de derogar unas con otras leyes de un mismo cuerpo legal.

---

(1) Pág. 129.

(2) Confirma esto la *Ley Hipotecaria de las provincias de Ultramar de 14 de Julio de 1893*, pues no establece la hipoteca que parece contenía ese artículo del Código.

De todo lo cual se desprende también, que no anduvo muy exacto el renombrado Laurent, cuando dijo, que el jurisconsulto ha de proponerse inspirar profundo respeto á la ley; á menos que se sustituya la palabra *ley* por las de *elemento permanente del Derecho*: y que podemos, al cabo, decir con el Sr. Lastres, que el sistema de legítimas es injusto, inmoral, antieconómico y además, inútil.

Luego, nuestro Código no se halla informado por un criterio perfectamente racional y justo, en la parte relativa á la sucesión testamentaria forzosa.



DE LA HIPOTECA POR LOS BIENES DE LOS QUE  
ESTÁN BAJO LA PATRIA POTESTAD.

---

I.



OGIDO al azar, entre los muy oscuros del Código civil, debe ponerse en primera fila su art. 163, materia de estos apuntes y de tantos y tan contradictorios comentarios.

Leídos los de Q. Mucius Scævola (1), Sánchez Román (2) y Escosura (3), con otros de menos importancia, publicados, ya en revistas (4), ya en libros (5), sin quererlo recordamos el triste apotegma del doctísimo profesor D. Jacobo Gil, que dice: "El derecho positivo y nuestra ciencia se van pa-

---

(1) *Código civil* comentado y concordado, tomo III, Madrid, 1890.

(2) *Estudios de Derecho civil*, Tomo III, Madrid, 1891.

(3) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, por D. León Galindo y D. Rafael de la Escosura, Madrid, 1891, tomo III.

(4) *La Reforma Legislativa* de 5 de Enero y 1 de Agosto de 1890.

(5) *Tratado de los Derechos reales*, por D. Emilio Fernández Luis, Madrid, 1891 y *Novísima Legislación Hipotecaria*, por D. Cristóbal Bordín, Madrid, 1890

reciendo al caos,» (1) ya que, en verdad, es punto menos que imposible, al cabo de enfadosa labor, sacar de esta balumba de estudios y notas, la regla jurídica encerrada en tan malaventurado artículo.

Sin duda estaba escrito que así saliera, después de los sesudos comentarios de Goyena (2), La Serna (3), y Galindo (4) á los precedentes de él, que eran; el art. 69 de la Ley de matrimonio civil, los arts. 202 á 206 de la Ley hipotecaria, 134 y 143 de su Reglamento, y los 53 y 54 de la Instrucción de redactar instrumentos sujetos á registro, deduciéndose de todos:

Que el padre y en su defecto la madre, cuando gozaren del usufructo de los bienes de los hijos, tienen las obligaciones de todo usufructuario, menos la de prestar caución fructuaria: al contraer segundo matrimonio, están obligados á inscribir á favor del hijo, si ya no lo estuvieren, los bienes inmuebles del peculio, y á asegurar con hipoteca especial, si pueden, los bienes que no sean inmuebles pertenecientes al mismo peculio, en que tengan la administración y usufructo.

También están obligados á formar inventario, con intervención del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos respecto á los cuales tuvieren solamente la administración.

Siendo esto lo más seguido y sustentado por La Serna y Galindo, rechazamos desde luego, en ley de buena hermenéutica jurídica, lo que se desprende de la redacción del segundo párrafo del art. 134 del Reglamento hipotecario.

Preceptúa que la hipoteca legal en favor de los hijos sobre los bienes de sus padres, para la seguridad del peculio, se entenderá limitada á los casos en que la *administración y usufructo* de dicho peculio corresponda á éstos.

Ahora bien: si nos fijamos en que este párrafo y el tam-

---

(1) *Lo Capacidad civil de los religiosos en España*, Santiago, 1887.

(2) Obra citada, tomo I, arts. 156 y 449.

(3) *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Madrid, 1881, tomo I.

(4) Edición de 1874 de la obra antes citada, tomo IV, reimpresa en Madrid 1888.

bién segundo del art. 143, son nuevos en el Reglamento, traídos á él por la Ley de matrimonio civil, y reparamos en la insistencia con que la Exposición (1) de motivos de la Ley hipotecaria habla de la *administración*, dando á entender es sola causa de la hipoteca legal, cuya misma idea campea en el primer párrafo del art. 143, cifra de la verdadera doctrina de los Fundamentos, confirmada por los arts. 53 y 54 de la Instrucción, últimos preceptos en este punto, siendo precisamente los bienes donados ó mandados al hijo para su educación é instrucción, del peculio adventicio, el que la Ley hipotecaria tuvo presente; no veremos en todo esto, más que motivos de sobra para creer, en consonancia con lo que pide notoria justicia en pro del seguro de los hijos, que basta la administración, para estar obligado á constituir hipoteca.

Si manda advertirlo así la Instrucción en todo instrumento porque adquiera un hijo bienes de peculio, cuya administración corresponda á los padres, hallándose en este caso los del art. 68 de la Ley de matrimonio civil, por ellos tienen el padre ó madre que constituirla. El mismo Galindo que afirma en la pág. 595 del tomo IV de su famosa obra, que sólo debe hipoteca legal el padre por los bienes peculiares en que la administración y usufructo le correspondan: al decir en la página siguiente, que es inútil la advertencia de la clase de peculio en que consistan los bienes, porque sólo por el adventicio tienen los padres binubos obligación de constituir hipoteca, virtualmente contradice el anterior aserto, toda vez, según el mismo señor, pertenecen al peculio adventicio (usando términos viejos), esos bienes donados al hijo.

No va en zaga á ésta, la que podemos llamar interpretación auténtica del punto que estudiamos. En la famosa Real

---

(1) La hipoteca legal que tienen los hijos sobre los bienes del padre por los del peculio que *administra*, esto es, por los del peculio adventicio.

No es extensiva á los bienes protectivos, por que el hijo los *administra*, ni á los castrenses ni casi castrenses, en cuya propiedad, usufructo y *administración* el hijo es considerado como padre de familia.

orden de 28 de Agosto de 1876, sobre enajenación de bienes raíces y derechos reales de menores, dictada después de ver y considerar cuanto hay debajo del sol, se lee: considerando que si la ley de Matrimonio sólo concede á los padres la propiedad de los bienes que los hijos adquiriesen con el caudal que aquéllos hubiesen puesto á su disposición, y la simple administración y usufructo respecto de los que adquiriesen por título lucrativo ó por su trabajo ó industria, *obligando á los padres á que practiquen inventario de dichos bienes, etc.*

Aparte la poca claridad del considerando, es falso de toda falsedad, que la Ley de matrimonio civil obligue á los padres á practicar inventario de dichos bienes, ya sea de todos ellos, como pide la palabra *dichos*, pues dichos ahí son todos (algunos malamente traídos á cuento), ya sea de los adquiridos á título lucrativo ó con su trabajo ó industria por los hijos, porque de ningunos de los bienes comprendidos en el considerando, tienen los padres obligación de hacer inventario. Por si alguna duda dejaran las palabras de la ley: También estarán obligados á formarlos de los bienes de los hijos respecto á los cuales tuvieran solamente la administración; la desvanecerían estas otras de Q. Mucius: sabido es que la legislación anterior (al Código) no contenía disposición alguna que exigiese el inventario.

Tal era el obscuro estado legal, que los autores del Código debían tomar por base (según la 4.<sup>a</sup> de él) al escribir este:

Art. 163. *Los padres tienen, relativamente á los bienes del hijo en que les corresponde el usufructo ó administración, las obligaciones de todo usufructuario ó administrador, y las especiales establecidas en la sección tercera del título 5.<sup>o</sup> de la Ley hipotecaria.*

*Se formará inventario, con intervención del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración; y, á propuesta del mismo Ministerio, podrá decretarse por el Juez el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo.*

II.

La primera disputa á que da margen, es la de si los padres tienen obligación de formar inventario de los bienes del usufructo.

Antes que el párrafo segundo, como cree Q. Mucius (1), es causa de la duda el primero, cuando dice que los padres tienen las obligaciones de todo usufructuario; deduciéndose á su simple lectura, que han de formar inventario de los bienes del usufructo, como para el usufructuario (sin distinguir) previene el art. 491.

No vemos, sin embargo, difícil llegar á tener como seguro, que no hay esa obligación en los bienes usufructuados por los padres.

Por de pronto, las palabras origen de la pregunta, están copiadas de la Ley de Matrimonio civil—que no preceptuaba el inventario,—y quizás con el mismo alcance que en ella tenían, por ser el sentido de su art. 69, el principio que lo formaba, el de este art. 163, con la adición referente á la Ley hipotecaria; notándose, además, que este primer párrafo se ocupa de obligaciones generales, comunes al usufructo y á la administración (conservar y administrar diligentemente é hipotecar), como así lo ha entendido, en cierto modo, Q. Mucius (2), y se confirma por el párrafo segundo, cuyos sentido y letra excluyen toda idea de inventario en el primero, pues de existir en éste esa noción, naturalmente diría aquél así: *El inventario de los bienes de los hijos, en que los padres tengan sólo la administración, se formará interviniendo*

---

(1) Obra y tomo citados, pág. 289.

(2) Obra y tomo citados, pág. 292.

*el Ministerio fiscal, pudiendo, á su propuesta, decretarse por el Juzgado el depósito de los valores mobiliarios del hijo.*

De los artículos del usufructo, relacionados con éste, ninguno dice que es nulo el derecho del padre al usufructo, si no hace inventario, ni menos se preocupa de la sanción, en caso de que falte, y si de la fianza; antes bien, según el 493, el usufructuario, *cualquiera que sea su título*, puede ser dispensado del inventario, cuando no resulte perjuicio á nadie. Opina el señor Sánchez Román (1), que este precepto no puede extenderse á casos que son objeto de precepto especial, como el de los padres, que por el art. 163 se determina *la necesidad y la forma* del inventario; y, entendemos nosotros, que no hay modo de distinguir en precepto tan absoluto, cuyo mismo espíritu, y no digo ya su letra, cierra todos los caminos á la distinción, y que, ni la necesidad, ni menos la forma del inventario, las determine el art. 163, porque, si puede discutirse algo sobre la primera, ni por asomo indica pizca de la segunda.

Además ¿de dónde sacará este señor la conjunción copulativa *y*, puesta por él en la misma página al art. 493, que en la edición oficial del Código tiene la disyuntiva *ó*?

Que ningún perjuicio puede existir con la falta de inventario, se echa de ver, con sólo recordar que están los padres obligados á dar hipoteca por los bienes no inmuebles (según demostraremos), y en el expediente para constituirla, hay que fijar su valor, quedando conocidos (fin del inventario) y asegurados los inmuebles, por su título inscripto á favor del hijo.

El mismo art. 491, no parece hecho para este usufructo, porque las palabras de aquél no encajan en éste. Representante legítimo del hijo dueño, es el mismo padre, y no ha de ir al inventario con dos representaciones opuestas en intereses; y si, contra la redacción de este artículo, hay necesidad de nombrar defensor al hijo, para que le represente en el in-

---

(1) Idem, pág. 580.

ventario, será más largo y dispendioso que el de los bienes, administrados por los padres, cuando es uno el fin de ambos, inventarios.

Teniendo en cuenta que, citado el propietario ó su legítimo representante, es *libre*, como dice el Sr. Sánchez Román, la forma del inventario, con el que no se evitarían perjuicios, si los hubiera, los cuales torna el expediente de hipoteca, hecho por el padre ó madre, cuando no la den voluntariamente, bien podemos tener á los padres por eximidos siempre del inventario, aun en el dudoso supuesto de que les alcance el número primero del art. 491.

Y si alguien, aferrado á él, sin darnos la razón de contarle como regla primera en este punto, sostuviera que hay necesidad de formar inventario siempre; respondemos que, letra por letra, es primero la del art. 163, título de este usufructo que manda formarlo de los bienes de los hijos en que los padres tengan *sólo* la administración.

Hay, por último, un argumento, el único que parece de fuste en pro del inventario, expuesto por el más autorizado comentarista del Código, Q. Mucius, en esta forma: Siendo dos las obligaciones del usufructuario, inventario y fianza el artículo 492 exime de ésta al padre y no de aquélla, de donde se deduce que no ha querido librarle de ella, cuando, pudiendo hacerlo, no lo ha verificado, y cuando el legislador *ha destinado un artículo con objeto de hacer constar la exención á favor del padre*, del requisito comprendido en el número segundo, sin hablar para nada del que figura con el primero. (1)

Pero á esto contestamos, que no es cierto se haya hecho un artículo con el solo objeto de hacer constar la exención á favor del padre, como se desprende del contexto de lo copiado, sino á favor del padre, de la madre en su caso, del vendedor ó donante y del cónyuge superviviente, del modo que dice el artículo; no pudiendo deducirse de su silencio sobre

---

(1) Pag. 290.

el inventario, que no ha querido librar de él al padre, porque ésta es materia de que no tenía que ocuparse, por ser la del precepto general, art. 493, que ya hemos dicho exime al padre de esa obligación.

De la que, así como de prestar fianza, diz que están libres los padres hasta que contraigan segundo matrimonio, si hemos de creer á D. Emilio Fernandez, que lo dice muy serio en la pág. 80 de su citada obra (tal vez de mérito para la carrera de su autor), y yo consigno, con el fin de saber algún día los fundamentos de tan peregrino aserto.

### III

No obstante lo que, en un más riguroso lenguaje jurídico puede sostenerse, al publicarse el Código civil, hallamos confundidas en la sola obligación de *afianzar*, la impuesta á todo usufructuario por la ley 20, tit, XXXI, Partida 3<sup>a</sup> (el recabdo), y al padre usufructuario de los bienes del hijo por el párrafo 2<sup>o</sup> del art. 202 de la Ley hipotecaria.

Los hechos — que llevan el mundo á puntapiés, como dijo un poeta — y las severas y elocuentísimas censuras que el desvariado párrafo 2<sup>o</sup> del art. 143 del Reglamento hipotecario mereció al sesudo escritor D. José María Planas y Casals, (1) han debido ser parte en el ánimo de los legisladores, para añadir á la idea del art. 69 de la Ley de matrimonio civil trasfundida en el 163 del Código, la que expresa con estas palabras: *...y las especiales establecidas en la sección tercera del tit. 5<sup>o</sup> de la Ley hipotecaria.*

Derogada la de matrimonio, creímos que todos habrían de tener por inconcuso el restablecimiento de la doctrina y preceptos de la hipotecaria, que su reglamento modificara irre-

---

(1) Los Peculios después de la Ley de Matrimonio civil.

gularmente, y por obligados, en todo caso, los padres usufructuarios de los bienes de los hijos, á lo dispuesto en el número 2º del artículo 202 de esta Ley; y, sin embargo, excepto Q. Mucius y D. Cristóbal Borbin que así lo han entendido, los demás sostienen otra opinión.

A la cabeza de éstos hay que poner al Sr. Sánchez Román, cuyos comentarios de este artículo hace suyos el señor Escosura. Dice aquél: que se *exceptúan* de la obligación de prestar fianza por razón del usufructo, con arreglo al artículo 492, los padres usufructuarios de los bienes de sus hijos *lsgítimos ó legitimados*, pues aunque el art. 163 dice que tendrán “las obligaciones de *todo usufructuario* ó administrador, y las especiales establecidas en la sección 3ª del tit. 5º de la ley hipotecaria”, dicho artículo aparece en evidente *antinomía* con el 492, y en ella funda su parecer.

Hecho cargo del estado legal anterior al Código, escribe: Pero viene éste, y en su art. 163 modifica visiblemente (cuenta que así lo dice) aquel estado de derecho, é impone á los padres, relativamente á los bienes del hijo, en que le corresponde el usufructo ó administración, las obligaciones de todo usufructuario ó administrador, «y las especiales establecidas en la sección 3º del tit. 5º de la Ley hipotecaria». Si se entiende *literalmente* este precepto, el resultado es de indudable *derogación*, tanto del art. 69 de la Ley de matrimonio civil, como del párrafo 2º del 143 del Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria, etc.

A lo cual respondemos, que no puede haber *modificación visible* de aquel estado de derecho, si rigen después del Código, el art. 69 de la Ley de matrimonio civil, y su secuela el párrafo 2º del art. 143 del Reglamento hipotecario. Pero ¿quién sostiene con razón, que esté vigente la asendereada Ley de matrimonio, “en todas las materias que son objeto del Código,?” Y ese párrafo 2º que la cita ¿será menester derogarlo expresamente, después que desaparece su fundamento, su vida, con la Ley que se la diera? Si fué puesto allí por modo “algo irregular”, como dice muy bien el Sr. Sán-

chez Román ¿por qué no le hemos de tener ahora por muerto regularmente por el Código, que es ley posterior?

No le place esto, é intenta, agudamente por cierto, darle vida, aun publicado el art. 163 del Código, y con tal fin, dice: Si en lugar de *Ley hipotecaria*, se lee *Legislación hipotecaria*, sustitución de términos á que no autoriza ciertamente la letra del artículo, resulta que su inteligencia no modifica el estado de derecho anterior al Código, desde el momento que se supone que deja á salvo el citado art. 143 del Reglamento. Y sital hubiera de ser la inteligencia *virtual* que se diera al mencionado art. 165, fuerza es confesar (cuidado que son sus palabras), fuerza es confesar que no sería sin hacer gran violencia á su letra, Y á algo más que á su letra decimos, toda vez que no podría el Código referirse, no á un artículo, sino á un 2º párrafo de él, si lo derogaba en sus fundamentos y en su letra. No obstante lo cual, insistiendo en la supradicha antinomia, concluye este escritor por someter, no ya la inteligencia virtual del art. 163, sino su declaración clara y terminante, y con agravio de su tenor literal y explicito, al art. 492, sin que por ningún resquicio de toda su disertación, se barrunte el motivo de preferir un artículo injusto á otro justo y más importante.

Y no es esto sólo; el Sr. Sánchez Román, como todos los que le siguen, incurre en una falta de lógica; pues, si en algún punto habla, inconscientemente al parecer, de la *fianza é hipoteca legal*, por razón de usufructo del peculio de los hijos, parte siempre del supuesto de que son una misma y sola obligación, la del art. 163 y la del 491, la de afianzar, llegado el segundo matrimonio, en el padre, y en la madre, si conserva la potestad materna; en cuyos casos, el que dé fianza personal habrá cumplido á una con el art. 163, con la *Ley hipotecaria*, y con el 491, porque la fianza puede ser personal, pignoratícia ó hipotecaria, y entonces no hay para qué ocuparse en explicar el art. 163, ni en la referencia de él á la *Ley hipotecaria*—en tal supuesto incumplida,—siendo tan inexcusado como ella el art. 143 del Reglamento y todo ese bendito afán de salvar una antinomia que no existe, si es una la obliga-

ción. Mejor hubiera sido decir lisa y llanamente, como el Sr. Escosura: «*Sea lo que sea*, insistimos en que á lo dispuesto en éste (art. 492) ha de estarse». (1)

Para concluir no viendo sino esto, no sé á qué viene atiborrar algunas páginas con disposiciones muy sutiles, al cabo de las cuales sucumben, bien injustamente por cierto, el ánimo y la letra del art. 163, quedándonos (sin modificación visible é invisible), con el mismo estado de derecho anterior al Código, y seguros de que sus autores jugaron á los despropósitos al redactarle.

Que no fué esa su intención, y si la de obligar á los padres á cumplir en todo caso lo dispuesto en el núm 2.º del art. 202 de la ley hipotecaria, no admite por lo dicho duda alguna; que la palabra responde á su pensamiento, puede verse leyendo el artículo, que ésto debió matar á aquéllo, ó sea, que es más justo, no puede discutirse, y que no hay esa antinomia, es lo que vamos á ver.

Asegurados con hipoteca especial, por el padre ó madre, los bienes no inmuebles del peculio en todo caso, siempre que pueda constituirla; como á lo que tira el art. 491, según se desprende de los 494 y 507, es á garantir el valor de la cosa usufructuada, por lo dispuesto en el art. 493, entendemos que están dispensados de prestar la fianza marcada en el repetido art. 491.

No pudiendo los padres hacer hipoteca hasta después de las segundas bodas, entonces estarán obligados á esa fianza. Dada ésta, si llegan á tener bienes inmuebles y dan hipoteca ó se les exige, se cancela la fianza, pues no parece puedan coexistir, según el contexto del art. 522.

Puede considerarse á los padres exentos de afianzar como usufructuarios ó administradores de los bienes de peculio de sus hijos legítimos ó legitimados; pero “en los dos casos,” tienen que constituir hipoteca desde que esos hijos adquieren tales bienes, pues así lo exigen de consuno la base pri-

---

(1) Obra y tomo citados, pág. 558.

mera y principal del Código, ó sea el proyecto de Goyena, y la letra y el espíritu muy claros de este art. 163, que no hay por qué someter á las inexactitudes del 492, erigido por nuestros contradictores en norma suprema del caso, á pesar de que obliga á la madre á la fianza, cuando ordinariamente no tiene que darla, por perder el usufructo con la potestad materna, al casarse segunda vez, ¡Medradas van la justicia y la recta lección del artículo que estudiamos con esa teorial

Y como nosotros, ápice más ó menos, lo ha entendido Q. Mucius, ya que comentándolo, escribe (pág. 292, tomo III): Que los padres usufructuarios ó administradores de los bienes de sus hijos, tienen las obligaciones “comprendidas en los artículos 202 á 205 de la Ley hipotecaria y las de los arts. 143 y 144 de su Reglamento”; siendo de advertir, que no rigió nunca *en la vigente* Ley hipotecaria su art. 204 (véase sino lo dicho por el prestantísimo Galindo, (q. D. h.) (1) ni rige el párrafo 2.º del art. 143 del Reglamento, según se ha puntualizado aunque este escritor lo ponga en su obra bajo el epígrafe; *Derecho vigente*, (2) y donde la ley dice curador (art. 206), léase defensor (art. 165 del Código), y nunca tutor, ni protutor, ni consejo de familia, como con doble despropósito escribe D. Cristóbal Bordín en su obra antes citada. (3)

Mas ¿cómo se compagina esa afirmación absoluta de Q. Mucius, con el art. 491 del Código? Ya lo veremos en sus comentarios al *usufructo*.

#### IV

¿Será por último cierto, como él asevera, que la doctrina

---

(1) Obra y tomo citados, pág. 597.

(2) Q. Mucius, obra y tomo citados, pág. 294.

(3) Pág. 161

del artículo es idéntica á su precedente el 69 de la Ley de matrimonio civil? Sin vacilar sostenemos que no hay esa *identidad de doctrina*:

1.º Porque el padre ó madre estaba obligado á hipotecar, siempre que contrajera segundas bodas, y no lo estará ahora la madre de ordinario, porque pierde la potestad materna, al contraerlas, á no ser que su marido difunto (¡caso más repugnante!) la hubiera dicho que se casase.

2.º Porque la doctrina de la Ley de matrimonio civil, llevada al Reglamento hipotecario, sólo obliga á los padres á hipotecar cuando se casasen segunda vez, y el Código les impone esta obligación siempre, desde que los hijos legítimos ó legitimados adquieren bienes de puculio usufructuados ó administrados por los padres.

Y 3.º Porque, si antes era opinión corriente, sólo había hipoteca por los bienes en que tuvieran el usufructo ó administración, ahora aunque sólo disfruten de ésta, tienen obligación de hipotecar.

\*  
\* \*

Tal es (y no todo) el artículo que nos trajo á la memoria aquel triste apotegma del comienzo. ¡Y pensar que todas estas dudas y disputas se hubieran atajado, teniendo muy presentes, ó copiando casi los arts. 156 y 449 del proyecto de Goyena, donde era luz clarísima esta obscuridad de ahora!



DE LA FE DEL CONOCIMIENTO EN LOS ACTOS  
MORTIS CAUSA.

(ARTICULO 685 DEL CÓDIGO CIVIL.)

---

I.

**A**UNQUE parezca obscuro, sobre todo después de leer otros íntimamente relacionados con él, cierto común sentido jurídico veda dar á este artículo un alcance que no está en su letra ni en su espíritu y menos en las bases y el Código.

Porque, si pudo discutirse la aseveración de algunos, de que las leyes de Partida exigían que los testigos conociesen al otorgante del testamento abierto, está fuera de duda que, al promulgarse el Código Civil, conociendo el Notario al testador, daba fe de su conocimiento, y no era necesario que le conociesen los testigos instrumentales, y si le conocían éstos y no el Notario, por ellos podía asegurarse del conocimiento del testador. (1)

Con tales precedentes, y sin que dudas suscitadas por la práctica, ó necesidades nuevas requiriesen otras soluciones

---

(1) Arts. 23 y 29 de la *Ley* y 68 del *Reglamento del Notariado*.

que tengan fundamento científico, y mandando la base 15 que en "el tratado de sucesiones se mantuviese en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos, *su forma y solemnidades*...ordenando y metodizando lo existente y completándolo con cuanto tienda á asegurar la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades;," se promulgó la primera edición del Código, aquella de que debían venir á responder los cajistas ante el Congreso y no la Comisión, como dijo el Marqués de Vadillo, y en ella este:

"Art. 685. *El Notario y los testigos que intervengan en cualquier testamento, deben conocer al testador, ó indentificar su persona con dos testigos que le conozcan y sean á su vez conocidos del Notario y de los testigos...*"

Que esto era una palmaria infracción de las bases 1.<sup>a</sup> y 15 del Código, ó sea un estropicio jurídico, excusado parece que hubiera necesidad de decirlo, para que, antes de regir como ley un momento, se reformase. Pero el bueno de D. Manuel Alonso Martínez se parecía por "estimar como un halago de la fortuna ser él quien tuviese la honra," de refrendar como Ministro el Decreto de promulgación del Código Civil; y por más que "dichosamente pasara la hora de discutirlo," se discutió y censuró acremente en el Senado y en el Congreso, en sociedades y en periódicos, tornando el Código de su primera salida, como D. Quijote de la suya, á las propias manos de la Comisión de Codificación, sección de lo civil, que eran las que lo filaban, y "redujeron á terminos más adecuados á la práctica el acto de otorgar testamento abierto, garantizando además con nuevos requisitos el de las personas desconocidas," (1) lo cual quisieron poner por obra escribiendo, retocado y ampliado, el:

*Art. 685. El Notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales....*

---

(1) Exposición, pág. XXXIII.

*Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento sin asistencia de Notario....*

II

Poco afortunados en la expresión de sus ideas, ó no teniéndolas claras en este punto los legisladores, fueron así causa de que se desorientaran los comentaristas.

Rigiendo sobre el conocimiento en los instrumentos públicos la ley 2, tit. 23, libro 10 de la Novísima, que disponía en su esencia lo mismo que los preceptos notariales citados, dijo el artículo 565 del proyecto de 1851, con la claridad y la precisión tan suyas, que en el testamento abierto: "Los testigos deben ver al testador y entender lo que dispone;" (1) y, no obstante esta base 1.<sup>a</sup>, y la 15 del Código, con singular unanimidad, entendieron los comentadores que el art. 685 disponía cosa esencialmente distinta de la legislación vigente, ó sea: que no basta conozca el Notario sólo, ó conozcan dos testigos al testador, pues si le conoce sólo uno de los términos de la conjunción, ya se precisan otros dos testigos que conozcan al testador y sean conocidos de los instrumentales; y por ende, que si éstos conocen al testador, desconocido del Notario, no pueden á su vez ser testigos de conocimiento. (2)

"Comienza el artículo, dice esa *Gaceta*, exigiendo que no sólo el Notario sino también dos de los testigos conozcan al

---

(1) Goyena, obra citada, pág. 19, tomo II.

(2) *Gaceta de Registradores y Notarios* de 19 septiembre de 1889 y 23 de enero de 1890; *Apéndice al Código civil anotado* formado por *La Redacción de la Gaceta Juridico-Universal*, Madrid, 1890, pág. 102; *Formulario de Testamentos*, por D. Angel de Arce y Rodriguez, Madrid, 1889, pág. 36 y 182; *Apéndice*, Madrid 1890, á la *Teoria y Práctica de la Redacción de Instrumentos públicos* por D. Ezequiel Zarzoso y Ventura, y 3.<sup>a</sup> edición de esta obra, Valencia, 1893, páginas 206, 208 y 243.

testador. Esta disposición se separa de lo establecido por la legislación notarial, y se separa también de lo que preceptúa el art. 1217 del mismo Código, al prescribir que los documentos en que intervenga Notario público, se regirán por la legislación notarial.<sup>4</sup>

De cierto hay falta de propiedad y de precisión, al decir *exigiendo*, pues, sobre que la letra del artículo es, *deberán conocer*, y ni siquiera *deben conocer* del viejo, ó la forma más preceptiva y categórica de otros que dicen *ha de* (633); entendido así éste, con esa necesidad que expresa el *exigiendo*, no habría testamento abierto ante Notario, mas que cuando él y dos de los testigos conocieran al otorgante, pugnando contra tal interpretación desde luego las mismas palabras *y si no lo conocieren*, que contradicen ó anulan la exigencia ó necesidad del comienzo.

Pero, así se separe de lo establecido por la legislación notarial, no es verdad que también se aparte de lo que preceptúa el art. 1217; porque el 29 de la Ley del Notariado nos remite y somete á la ley ó leyes especiales sobre la forma, número y calidad de los testigos en los testamentos, ó sea, á los arts. 685, 686, 699 y 707—4.<sup>a</sup> del Código.

No sólo por esta referencia de una á otra legislación, sine también porque el Código no legisla *nada* sobre dar fe de la profesión y vecindad de los otorgantes del testamento (las que no van implícitas en la palabra *conocimiento* que él usa), no podemos entender clara y rectamente el artículo, sin bajar la *legislación* notarial con el Código, ley del caso: labor la más atormentadora del funcionario público, que tiene que cumplirla, y del jurisconsulto, que se ocupa en interpretarla.

Sobre todo, si la interpretación ha de ser algo más que apresurada lectura, al fin de la que se diga, como el Sr. de Arce y Rodríguez, en la pág. 182 de su obra, que: "aun cuando dos de los testigos instrumentales conozcan al testador. concurren otros dos de conocimiento, cuando no sea conocido del Notario;" ó como la *Gaceta de Registradores y Notarios* de 23 de Enero de 1890: "Cabe, pues, que se dé alguno de estos tres casos: que no conozca al testador el Notario, que le

conozca sólo uno de los tres testigos ó que no le conozca ninguno de estos, y en cualquiera de ellos es preciso que concurren dos testigos de conocimiento, distintos de los instrumentales, *por cada una* de dichas personas que no conozcan al que testa;,, es decir, seis testigos de conocimiento idóneos, cuando el Notario y dos testigos no le conozcan.

Pero, aun sin aplicarle más interpretación que la literal y estricta, que dice Arce, ¿se puede leer todo esto en el artículo?

### III

Al punto podemos asegurar que no. Ya el artículo, en su pristina redacción, era contradicho por la muy clara del 707, solemnidad 4.<sup>a</sup>, al decir: “dando fe del conocimiento del testador ó de haberse identificado su persona,, lo cual echaba por tierra aquel absoluto, “que intervengan en *cualquier* testamento,, toda vez en el cerrado no era preciso que los testigos conocieran al testador, si lo conocía el Notario. Y no vale observar que el art. 685 se refería sólo al testamento abierto, porque además de no dejar distinguir la sección de generalidades de testamentos en que figura, y su forma, el art. 707 hablaba ya de la prevenida en los 685 y 686, refiriéndolos unos á otros y enlazando así estos artículos.

Los mismos razonamientos y con idéntica fuerza, por más que se borró el *cualquier testamento*, pueden hacerse sobre el nuevo artículo.

“El notario y dos de los testigos que autoricen *el testamento* deberán conocer al testador, y si no lo *conocieren...*”. ¿Quiénes? El Notario sólo, no, porque dice, en plural, *conocieren*, y mal puede concertar con un singular (Notario); los testigos solos, tampoco, pues tiene dos términos el antecedente con que concierta *conocieren* (Notario y testigos); luego, sólo

cuando ambos miembros de la copulativa desconocen al testador, "se identificará con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del Notario y de los testigos instrumentales." Asi lo vemos no más que por tela de cedazo, ó á través de esa hermenéutica jurídica que, según el Sr. Arce y Rodríguez, prescribe se entiendan las palabras de las leyes sin más interpretación que la usual y corriente, el artículo no dice de ningún modo; "y si no lo conocieren los testigos ó el Notario," sino que á su fin legisla sólo para el caso en que no conozcan al testador el Notario y dos testigos, después de *recomendar* y nunca de *exigir* de manera imprescindible, que *deberán* conocerlo todos.

Después de anteponer, que entendiéndolo á la manera estrecha de esos comentadores, iría este artículo, no sólo contra sus inmediatos precedentes, si que también contra las bases 1.<sup>a</sup> y 15, que desde luego infringía, pues le estrechan á mantenerlos en su esencia, leemos en el siguiente:

Art. 686. *Si no pudiese identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario,..... reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.*

Y cuando *conoce* el Notario, mas no dos de los testigos instrumentales, ¿habrá necesidad de buscar dos de conocimiento, que es la identificación prevenida en el artículo que precede, y no encontrándolos, *se declarará esta circunstancia por el Notario*, es decir, que NO CONOCE la persona del testador, que no está identificada para él, y por eso reseña los documentos que presente con dicho objeto y las señas personales del mismo?

¿Declarará igualmente no identificada esa persona, si desconocida de él, conocida de *dos* ó tres testigos instrumentales (por cuyo dicho puede asegurarse del conocimiento de ella), reseñando sus documentos y señas personales, cual se hace por el Reglamento notarial vigente en la Península, en el apurado extremo de imposibilidad de dar fe del conocimiento, por no conocer, ni poder hallar testigos de conoci-

miento? Las que conocen los testigos instrumentales, *dos* de ellos, ó el Notario, ¿son personas *desconocidas* en el tecnicismo de los precedentes y aun en el del mismo Código? Jamás. La Exposición está clara en este punto, y sólo para el de desconocimiento completo del testador por el Notario, por los dos testigos instrumentales y por no haber dos de conocimiento, se escribió, quizás sin deber, y á semejanza del 69 del Reglamento Notarial, este art. 686, y nunca para cuando el Notario conozca al testador, ó le conozcan dos testigos instrumentales, ó á falta de esto, dos de conocimiento.

Además, nos viene á dar la razón, contribuyendo de paso á desquiciar el verdadero y consabido significado de las palabras, el art. 707, con las suyas ya transcritas, “y dando fe del conocimiento del testador ó de haberse *identificado su persona en la forma prevenida* en los artículos 685 y 686.” Por donde se ve, que en el testamento cerrado, de más importancia que el abierto, no es preciso que el Notario y dos testigos instrumentales conozcan al testador, y si no lo conocieren, se identifique con otros dos, sino que basta dé fe el Notario de conocerlo; y que, apartándose del art. 686, y del también ya escrito 69 del Reglamento Notarial, tiene por persona *identificada*, la desconocida del Notario y de toda clase de testigos y de la que, por esto, se reseñan sus documentos y señas.

Bien que siendo eso indudable, como las formas eran de esencia en las últimas voluntades, y ahora “es nulo todo testamento (art. 687) en que no se hayan observado todas las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo;” alguien nos pudiera objetar con palabras de Arce y Rodríguez, (1) que el artículo dice: “que el Notario y dos testigos han de conocer al testador é identificar su persona con otros dos testigos, y no podemos en manera alguna sustituir la conjunción copulativa *y* por la disyuntiva *ó*”, en el testamento abierto al menos, que es á lo que tiramos, á tenerla por sustituida.

---

(1) Pág. 36.

Pero si tal se nos digera, responderíamos que la *única* formalidad en el art. 685 marcada, es la de identificar al testador con dos testigos de conocimiento idóneos, cuando no lo conocen el Notario y dos de los testigos instrumentales; y ninguna formalidad señala, cuando el Notario conoce al testador y no los testigos, ó le conocen éstos y no el Notario.

Y si no satisficiese esta lección del artículo á sus comentaristas, aunque es más legítima que la de ellos, les diremos que la *única* formalidad del otorgamiento del testamento abierto en el punto de nuestro estudio, la puntualiza el artículo 699 con estas palabras: "El notario dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las dichas formalidades *y de conocer al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso.*"

Luego, cuando el Notario conoce al otorgante del testamento abierto, da fe de conocerlo, y no es nulo, ni impugnabile aunque no le conozcan los testigos instrumentales.

#### IV

Por las mismas anteriores razones, corregidas y aumentadas, tampoco le tenemos por nulo ni impugnabile, si el Notario no conoce al testador y se asegura de su conocimiento por el dicho de *dos* ó de los tres testigos instrumentales.

No ya la esencia, sino los detalles de los precedentes, que el Código estaba obligado á *completar y ordenar* con cuanto tienda á asegurar la verdad y facilidad de expresión de últimas voluntades, y la misma Exposición que asegura se "ha reducido á términos más adecuados á la práctica el acto de otorgar testamento abierto," nos llevan á decir que esos términos adecuados y facilidad, no existen, exigiendo otros dos testigos de conocimiento, cuando dos de los instrumentales conocen al testador y son más dignos de crédito, aseguran

más la verdad que los de conocimiento; pues si éstos sólo responden del conocimiento, autorizan aquéllos todo el testamento con el Notario, como dice el artículo, y comparten con el funcionario público todas las responsabilidades de falsedad de la escritura.

“Sería completamente injustificado, absurdo y hasta ridículo, dice el citado *Apéndice al Código Civil Anotado*, que conociendo dos de los testigos instrumentales al testador, se identificase con otros dos; lo cual se ve en este ejemplo: “el Notario y uno de los testigos de la escritura conocen al testador, y la ley dice:—“no es suficiente: vengan además dos testigos para identificar su persona, y CON SU SOLO testimonio quedará acreditado el conocimiento; porque en ese caso, juzgo que bastan dos personas para llenar el requisito!!,”

Y sigue el absurdo: cuando el Notario y dos testigos no conocen al testador, bastan para identificarlo dos testigos que le conozcan y á los instrumentales; y cuando el que no conoce es sólo el Notario, son precisos cuatro testigos que conozcan al testador: los dos instrumentales que tienen, según la ley (como ellos la entienden) que conocerle, y los, otros dos que han de servir para suplir la falta de conocimiento en dicho funcionario.

Mas, como el artículo no marca otra formalidad que la de identificar al testador con otros dos testigos, “si no lo conocieren el Notario y dos de los instrumentales” y no si lo conocieren éstos ó los tres, y no veda, de ningún modo, que por tales testigos, cuando conozcan al testador, se asegure de su conocimiento el Notario; cumple éste todas las formalidades respectivamente establecidas para el conocimiento en el capítulo de los testamentos donde está el art. 685, identificando al testador con “dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales,” cuando él y dos de éstos no lo conocieren, ó dando fe, al final del testamento (art. 699), de conocer al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso,, que pueden ser los instrumentales, si dos, por lo menos, conocen al testador.

## EPÍLOGO.

---

**D**ESDE que este trabajo vió la luz en el *Cuaderno 82* de *La España Regional* (febrero de 1893), se ha publicado el tomo IX de la obra de Q. Mucius, y en la pág. 239, se lee:

“*Algún escritor* (nosotros), á propósito de este punto, ha visto una serie de antinomias, entre la ley Hipotecaria y Reglamento; el art. 163 y el 492 del Código, y el primero (163), y el 143 del reglamento; pero, en nuestro entender, estas varias disposiciones se armonizan.”

“El art. 202 de la ley Hipotecaria exigía la hipoteca, sin referirse á momento, circunstancia ú ocasión alguna; vino el 143 del reglamento, fundado sin duda (como que lo cita) en el 69 de la ley de Matrimonio civil, á considerar únicamente exigible la hipoteca en el caso de las segundas nupcias. Hoy, el Código, en su art. 163, es exacto que impone á los padres las obligaciones del usufructuario y las de la ley Hipotecaria, mas el 492 del Código declara asimismo que la obligación de la fianza nace solamente en el caso de segundas nupcias.”

Y las de la ley Hipotecaria ¿cuándo nacen, ya que el Código las establece como la misma ley, sin referirse á momento, ó sea, desde que los hijos adquieren esos bienes de su pertenencia?

¡Ah! no: “así, pues, continúa, si la fianza sólo ha de prestarse en el caso de segundas bodas, la hipoteca, *concepto comprendido en ella*, ha de constituirse también en igual caso, co-

mo dispone el art. 143 del reglamento, basado en el 69 de la ley de Matrimonio civil *idéntico* al 163 y 492 del Código reunidos, (Luego rigen hoy todos.)

Pues no señor: contra eso de que en la *fianza* vaya además comprendida *hipoteca* obligatoria, están la letra y los precedentes del Código, la unánime opinión de los juriscultos sobre ellos; y la muy digna de estudiarse, del Sr. Sánchez Román y otros, sobre el mismo Código: la ley no deja distinguir: está obligado á *prestar fianza* (arts. 163 y 491), pues al que la dé personal (arts. 1822 y 1828), no hay manera de exigírsela hipotecaria.

Si el concepto de *hipoteca* va en la palabra *fianza* del art. 491, á quien constituye aquélla, que es lo más ¿para qué exigirle fianza, que es menos, cuando con la primera, en buenas cuentas, está asegurado el cumplimiento de todas las obligaciones del usufructuario, y, además, no pueden coexistir fianza é hipoteca, según el art. 522?

Hemos demostrado que, tanto el art. 69 de la ley de Matrimonio civil, como el párrafo 2.º del 143 del Reglamento, no rigen, han muerto; ni su mismo puro espíritu está encarnado en el Código; Sánchez Román lo dice: esta es la reproducción del Derecho anterior al Código, que parece derogado por el art. 163 (1). ¿Y cómo se han de suponer vigentes, citando el art. 143 al 69 de la ley de Matrimonio civil, que derogó el Código expresa y terminantemente con su letra y su espíritu?

Norabuena que digan el art. 163 en relación con el 492, que la fianza se presta en el caso de segundas bodas, y ni aún esto es exacto, porque la madre, al contraerlas, no afianza ni hipoteca generalmente; pero, sentado que son dos las obligaciones, una la de estos artículos, y otra la del 202, no hay resquicio para deducir, en el estado de derecho vigente en la Península, que la hipoteca sólo es exigible en el caso de segundas bodas, porque dispone que *tendrán las especiales*

---

(1) Pag. 585.

de la ley Hipotecaria, y, ni ésta ni el art. 163 distinguen de momento.

Luego, la doctrina no es idéntica en el *fondo* (1) ni en la forma; no hay sólo diferencia de cantidad, sino también de calidad y esas disposiciones no se armonizan ni pueden armonizarse (2), como se demostró y más demuestra así:

Antes no había inventario de los bienes del usufructo; ahora hay dos, uno al comenzar el usufructo (3) y otro que tiene que hacer el padre al contraer segundas bodas, "pues el primer inventario no podrá retratar perfectamente el estado de los bienes.. (4) Los dos son de forma *libre*, como dice el Sr. Sánchez Román, particular ó extrajudicial, según el mismo Q. Mucius; casera, diríamos nosotros.

Antes, la obligación de afianzar cogía al padre y á la madre en su caso; ésta no tiene hoy que prestar fianza ni constituir hipoteca, según ellos, pues siendo exigibles al contraer segundas bodas, con ellas rematan el usufructo y la administración de la madre generalmente.

Antes, no había más que un inventario, con intervención

---

(1) En la pág. 289 del tomo III dice: la doctrina del art. 163 es idéntica á su precedente el 69 de la ley de Matrimonio civil; y en la pág. 240 del tomo IX: en el *fondo* la doctrina es idéntica.

(2) En la pág. 139 del Tomo II del *Diccionario de la Administración española* de Aleubilla, 5.ª edición, se lee:

«El texto aislado del art. 163 del Código parece que restituye á la hipotecaria la primitiva integridad de su imperio..... Son absolutos los términos del artículo 163.....»

Con estos antecedentes tan *variados y aun contradictorios*, y en la *necesidad de armonizar* (subrayamos nosotros) el art. 163 con el 492, nos parece que el legislador ha querido mantener el *statu quo* creado por el art. 69 de la ley de matrimonio civil, ó sea exigir la hipoteca en favor de los bienes del peculio del hijo cuando el padre ó madre tengan el usufructo y administración y hayan repetido matrimonio.»

Cuya respetable opinión, es bastante diferente de la que prevaleció en la *Instrucción general de redactar instrumentos sujetos á registro*, de Ultramar, (arts. 64 y 65), de la de Q. Mucius y de la nuestra.

(3) Tomo III, pág. 290.

(4) *Idem* IX, pág. 239.

del Ministerio fiscal, de los bienes que administrasen los padres; hoy existe el mismo; y dos para el padre que se casa otra vez, y uno siempre para la madre, de los bienes usufructuados.

Antes, eran una misma obligación las del art. 69 de la ley de Matrimonio civil y del 202 de la Hipotecaria; la cual se cumplía asegurando con hipoteca el padre ó madre, si pudiesen, los bienes no inmuebles del peculio. Ahora hay que afianzar (personal, pignoratícia ó hipotecariamente) en el caso de segundas bodas, para cumplir el art. 491 del Código; y que hipotecar *en todo caso*, cumpliendo con lo preceptuado en la *sección tercera, tit. 5.º de la ley Hipotecaria*: de modo que, verificada la entrega de la cosa usufructuada, se *cancelarán la fianza é hipoteca*, no la "fianza ó hipoteca, como dice el Código, en su art. 522.

Estas no son deducciones legítimas de premisas nuestras, sino de las del mismo Q. Mucius: cómo nosotros entendemos al artículo, consignado queda.



## DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

---



MEDIAS se ha planteado en el pleito á que una puso fin, la cuestión principal de este artículo.

El día 7 de Octubre de 1889, D.<sup>a</sup> Fernanda Reig y Todo, otorgó testamento abierto, en Valencia, consignándose en él “las señas personales de la otorgante...y á su final, que de todo lo contenido del mismo, de que en él se habían observado todas las formalidades prescriptas en el vigente Código civil; de que los testigos no conocían á la testadora, *si bien la conocía* el Notario que suscribía, y de que en aquel instrumento no había habido interrupción alguna, daba fe el antedicho Notario.”

Fué impugnado como nulo, en conformidad á los artículos 4.º, 685 y 687 del Código; tóvole por válido la Audiencia, y por nulo, casando y anulando su sentencia, el Tribunal Supremo, por la suya de 31 de Mayo de 1893:

Considerando que para testar válidamente ante Notario cuando éste y dos de los testigos instrumentales no conozcan al testador, es preciso que se identifique la persona del último por medio de otros dos testigos en la forma prescripta por el art. 685 del Código civil, ó que en el caso de no ser esto posible, se observen las formalidades establecidas para tal eventualidad en el 686:

Considerando que después de fijar este artículo el caso especial en que su aplicación es lícita, ó sea el de que no pu-

diere identificarse la persona del testador en la forma antes mencionada, previene que se declare esta circunstancia por el Notario que autorice el testamento, cuya formalidad, tanto más esencial cuanto que la declaración notarial exigida por dicho precepto legal se refiere á la causa que permite testar del modo supletorio que el mismo establece, no puede reputarse cumplida con la mera expresión de que los testigos instrumentales desconozcan al testador, pues con ello tan solamente se consigna una de las varias circunstancias que determinan la necesidad de que se haga dicha declaración:

Los cuales expresan, parafraseando el Código, lo que ha de observarse cuando el Notario y dos de los testigos instrumentales no conozcan al testador, y no lo que pasará cuando le conoce el Notario, y dé fe de su conocimiento como debe, ó le conocen dos ó todos los testigos instrumentales; y se desprende de la sentencia, que el Notario no dió fe del conocimiento de los testigos y tampoco la dió de la testadora, en el modo marcado por la Dirección de los Registros y del Notariado.

En el fondo, y salvando todo respeto al Tribunal, la sentencia no parece aceptable, y palpita en lo que de ella se desprende, algo á modo de injusticia: tiene por persona desconocida jurídicamente, no indentificada, la que el Notario afirma que conocía, por más que ni siquiera lo dijo bien; lo cual no es posible, en ley de verdad, deducirlo del Código y mucho menos de sus claros precedentes, como también el Tribunal Supremo consigna en Sentencia del mismo año (20 de Febrero).

“Considerando (dice) que está resuelto asimismo por la jurisprudencia de acuerdo con lo que dispone la ley 2.<sup>a</sup>, título XXIII, libro X de la Novísima Recopilación, que la fe que en el testamento nuncupativo, como en cualquier instrumento público, debe dar el Notario de conocer al otorgante, constituye otra formalidad esencial que tiene por objeto identificar por aquel medio ó por el supletorio de dos testigos especiales la persona del testador.”

Esta es la verdadera doctrina á cuyos resplandores ha-

brá de leerse rectamente el Código, so pena de no entender lo y de hacerlo injusto, sin duda alguna. En el testamento abierto, como en cualquier instrumento público, da el Notario fe de conocer al otorgante ó se asegura de su conocimiento por el dicho de los testigos instrumentales, ó por él de dos de conocimiento, y no por el supletorio de dos testigos especiales, que dice la sentencia y no se sabe lo qué es, porque, ni en la legislación notarial, ni en la civil del caso, hay nada de testigos especiales, como no sean los de conocimiento.

¿Cómo se armonizan estas sentencias? Diciendo que la primera versa sobre testamento hecho desde que rige el Código, y la segunda sobre uno otorgado antes de él. Y entonces ¿cómo se compaginan las bases 1.<sup>a</sup> y 15 del Código (en cuanto ésta manda mantener en su esencia la legislación vigente sobre forma y solemnidades de testamentos), las palabras de la Exposición trascriptas, y el párrafo segundo del art. 699?

Como aquel testamento adolecía de más vicios de nulidad que el por que se impugnó, y cuestión mal planteada, por necesidad. será mal resuelta, no fué forzoso al Supremo resolverla dentro de los términos que en este estudio la damos; pero, si conforme á la letra y sentido general del Código, terminase el Notario en esta ó parecida forma el testamento: "De lo contenido, conocimiento por sus nombres, profesión y vecindad de la otorgante y todos testigos, de haberlo hecho, y leído íntegro en voz alta, todo en un sólo acto sin interrupción á la... (1) conforme al art. 699 del Código civil, cumpliendo cuanto para esto marca, yo Notario doy fe," ¿sentenciaría su nulidad por este motivo el Tribunal Supremo?

Tenemos por seguro que no, porque así resultan cumplidas todas las formalidades respectivamente establecidas en

---

(1) Son muchos los Formularios y Notarios que ponen la hora al principio de los testamentos, aun cuando puede comenzarse en una y concluirse en otra. Realmente, la hora del testamento es la en que se lee, le presta conformidad el testador, se otorga y termina, en una palabra.

el capítulo de los testamentos, según previene el art. 687, citado como fundamento de la demanda de nulidad. Si el Notario vale por dos testigos, y dice que conoce y da fe de conocer al testador, ¿qué otros testigos mejores necesitan los instrumentales para asegurarse del conocimiento del otorgante? Si así puede hacerse en todo instrumento público, incluso de modo indudable en el testamento cerrado, ¿qué diferencia habrá de unos á otros documentos? ¿Llegará el Tribunal Supremo, contra el espíritu y la misma letra del Código, á tener por persona desconocida, no identificada, la de cuyo conocimiento dé fe el Notario sólo, cual debe darse?









