

## CAPITULO TERCERO.

## Memorias testamentarias.

¿Qué es memoria testamentaria? ¿Cuáles son los requisitos indispensables para su validéz? ¿Cuál es su objeto? ¿Quién puede hacerlas? ¿Cómo se elevan á instrumentos públicos? He aquí las cuestiones que fluyen sobre la materia de este capítulo y que trataremos en otros tantos párrafos, cuantas son las propuestas, pues que deseamos estudiar con método y utilidad esta parte de nuestra legislación y práctica forense.

## PARRAFO I.

## ¿Qué es memoria testamentaria?

El escrito privado hecho con separacion del testamento, sin las solemnidades esternas del derecho y al que el testador se remite en el mismo testamento como á parte integrante de éste, es lo que llamamos memoria testamentaria. El origen, el uso y la autoridad de estas memorias no tienen por fundamento á la ley sino á la costumbre universal, que si bien tiene el carácter de ley es porque se halla revestida de las condiciones indispensables al efecto: tales son su introduccion y existencia á ciencia y paciencia del Soberano. En este sentido es como se ocupan de ellas los autores, aunque refutándolas algunos como el Sr. Cárdenas en la obs. 25 de los vicios de la legislación española; con cuya refutacion estamos conformes, porque dichas memorias son perniciosas.

## PARRAFO II.

## ¿Cuántas y cuáles son las especies que hay de memorias testamentarias?

Dos especies hay de memorias testamentarias: una, las que el testador cita en su testamento, y son las legítimas desde su origen; pues reciben su autoridad del mismo testamento: y otra, las de que no hace mérito en éste, y son de ménos autoridad que las anteriores; pero unas y otras, una vez protocolizadas, producen los mismos efectos que los testamentos. Las pruebas que pueden darse para demostrar la verdad de las memorias de la segunda especie, son, entre otras; la confrontacion de letras y firmas y la relacion que existe entre la memoria misma y el testamento que complementa, y cuyo complemento resulta de que faltando en el testamento alguna cosa que solo pudiera ser conocida y esplicada por su autor, se halle en el documento que se dice ser su memoria testamentaria; de lo que podrá inferirse, aunque no con toda certeza, que ambos documentos deben su ser á la misma persona.

## PARRAFO III.

## ¿Cuáles son los requisitos indispensables para su validéz?

Para que la memoria testamentaria tenga valor legal sobre su autenticidad de origen y tiempo de existencia, sobre la verdad de su contenido y sobre la integridad de lo en ella escrito, es indispensable que el testador la cite en su testamento ó poder para testar, bien ordenando espresamente que sea tenida por válida, bien anunciando las disposiciones que en ella deja consignadas, ó bien cuando sin esto se justifica por el interesado en su observancia, la autenticidad, la verdad

y la integridad de tal documento. En este como se ve, deben exigirse para su fuerza probatoria los requisitos que en historia son indispensables para su credibilidad; y si tal sucede, es porque tambien la memoria es un documento histórico, pues contiene la existencia de uno ó mas hechos consignados por su autor y relativos á su facultad de manifestar su voluntad, cuya memoria conviene perpetuar.

#### PARRAFO IV.

*¿Cuál es el objeto de las memorias testamentarias?*

Declarar el nombre del heredero instituido ó desheredado en el testamento, la condicion de la institucion ó la causa y tal vez prueba del motivo de la desheredacion, la manifestacion de los gravámenes impuestos á los herederos y el aumento ó disminucion de las mandas voluntarias; son las cosas que pueden formar el objeto de las memorias testamentarias. De aquí resulta: que, si bien examinamos éstas, en cierto sentido se confunden con los codicilos, aunque aquellas son inferiores pues no pasan de instrumentos privados; y precisamente por esto somos de opinion, que la ley de 10 de Agosto de 1857 al prohibir en su art. 17 que los escribanos dejasen en los testamentos hojas en blanco, y al declarar sin valor alguno lo en ellas contenido, tuvo demasiada justicia, prudencia y tino; pues no cabe duda en que uno de los objetos que se propuso fué nulificar la existencia de las memorias testamentarias, que cuando ménos pueden tener por resultados el servir de fuente de muchos litigios en cuya desaparicion se encuentran tan interesadas la moral y la justicia, la sociedad y la ley que está basada en aquellas para la felicidad de ésta y porque son la razon de su existencia.

#### PARRAFO V.

*¿Quién puede otorgar memorias testamentarias?*

Todo el que puede testar puede hacer estas memorias, como quiera que el objeto de ellas no puede ser otro que el de hacer constar la voluntad del testador, aunque, repetimos, esta manifestacion no tendrá la fuerza legal y probatoria que la del testamento ó siquiera la del codicilo; mas no por esto dejará de tener igual objeto é igual origen.

#### PARRAFO VI.

*¿Cómo se elevan á instrumentos públicos las memorias testamentarias?*

Los defectos de que adolecen las memorias testamentarias y que hemos tenido cuidado de indicar en los párrafos anteriores, convienen de que no deben otorgarse por sus autores; mas como por desgracia sucede multitud de veces, que éstos no lo saben, no lo comprenden ó quiza no pueden hacer otra cosa como acaece con los que están radicados en un lugar aislado donde no solo no hay escribano, juez, papel sellado, etc., sino que apenas se encuentra una persona que mal sepa escribir, y alguna ocasion ni aun ésta, y entónces suele hacerse en casos muy urgentes pretendiendo darles el carácter de testamentos; para que en tal supuesto ó en los anteriores se eviten en cuanto se pueda tales males, hay un medio muy eficaz y de felices resultados: tal es el de elevar á instrumentos públicos las memorias precitadas.

Hay dos modos de conseguir lo dicho: á saber; primero, cuando los escribanos plenamente cerciorados de la autenticidad, verdad é integridad de las memorias, las protocolizan con los testamentos y las

dan en copia con éstos á los interesados para los usos que les convengan y puedan tener: y segundo, cuando los mismos escribanos protocolizan y dan en copia tales memorias, previo mandato judicial, que es como deben hacerlo y el mejor para los interesados, que entónces llevan la ventaja de tener un documento acrisolado en el criterio judicial y sobre el cual por lo mismo ya no se les puede disputar nada. A nuestro modo de ver esta es la única manera con que legalmente pueden protocolizarse tales documentos, no solo por lo dicho, sino porque los escribanos no tienen facultad para con su decision sobre un punto dudoso y cuestionable en que no les declaran estar de acuerdo los que pueden estar discordes, resolver con perjuicio de un tercero á quien no han oido ni podido oír, cuestiones de vital interes y de trascendentales resultados.

Sobre la materia de este capítulo consúltense, si se desean mas pormenores, á Sigüenza, Carpio, Murillo, Matienzo, Heineccio, Sala, Escriche, Febrero, A. Gomez, el Escribano instruido, Serna y Montalban y Romero Gil, cuyos autores hemos tenido á la vista para escribirlo.

## CAPITULO CUARTO.

### Poder para testar.

¿Qué es poder para testar? ¿Cuántas son sus especies? ¿Cuáles las solemnidades indispensables para su validez? ¿Cuál es su objeto? ¿Quién puede darlos? ¿A quién? ¿Cuáles son las facultades del apoderado? ¿Es delegable el poder para testar, espresese ó no en él esta facultad? Siendo varios los comisarios ó apoderados ¿se estará á lo que decida uno ó la mayoría? ¿Cuál es el término señalado al comisario para obrar como tal? ¿Puede el tes-

tador prorogarlo? He aquí las importantísimas cuestiones que ocurren sobre la materia de este capítulo, y que trataremos en otros tantos párrafos.

### PARRAFO I.

#### ¿Qué es poder para testar?

El acto y disposicion en que una persona dá facultad á otra para que en su representacion, en observancia de las leyes y atentas las instrucciones que le ministrare, otorgue su testamento; es y se llama poder para testar. De esta definicion y de la lectura de este capítulo resulta la conviccion de que el poder para testar no es mas que un testamento en poder ó con el nombre de poder: y por lo mismo que, como con suma razon afirma el Sr. Cárdenas en la obs. 24 de “los vicios y defectos mas notables de la legislacion civil de España,” es absolutamente inútil; pues, ó interpretamos la legislacion vigente del modo mas estricto, como es prudente, y entónces para que el comisario ejerza su cargo, es necesario absolutamente que el testador no solo le dé facultad especial para todas y cada una de las cosas que pueden disponerse en testamento, sino que le nombre el heredero, el mejorado, el tutor ó curador, el albacea, el tiempo dentro del cual debe desempeñar el albaceazgo, el legatario, la cosa legada, los gravámenes y condiciones, etc., lo que en realidad es un testamento; ó interpretamos dichas leyes con mas latitud, y entónces vemos que no sirven para el objeto para que fueron dadas, esto es, para impedir y corregir los fraudes que con tanta facilidad podian cometerse y se cometian supuesta la primera ley que se ocupó del poder para testar, que fué la 7 tit. 8 lib 3 del Fuero Real; pues ni las leyes de Partida, ni el Fuero Juzgo ni el derecho romano se habian ocupado de tal poder para testar.

La ley de 10 de Agosto de 1857 nada dice sobre esto, y por lo mismo deja vigentes las disposiciones antiguas sobre la materia, segun lo dispone en su art. 71.