

testigos, si en el lugar no puede haberse con facilidad á la mano mayor número, pues que el escribano puede suplir el defecto del testigo que falta, teniendo ademas su autoridad y fe pública, cuando segun dicha *L. 1.* suple el número de dos testigos. Aunque es cierto que segun el espíritu de la lei, puede el escribano suplir el número de dos testigos, en cuanto lo mismo valen tres con el escribano que cinco sin él; sin embargo en ninguna parte se halla espreso que el escribano puede gozar á un mismo tiempo de dos representaciones, á saber, de la de testigo y de persona pública. Ademas la misma lei pide como el *minimum* tres testigos, cuando interviene escribano por aquellas palabras : *tres testigos á lo ménos.* Á la verdad si el escribano fuese vecino del lugar, así como los otros dos testigos, y no se pudiese hallar mayor número de estos, no creeré tampoco que el testamento se invalide haciendo el escribano oficio de testigo. Pero con razon advierte y prueba el citado Gómez á dicha *L. 3. núm. 56, 60 y 61.*, que la misma solemnidad se requerè en nuestra España en los testamentos de los padres respecto de sus hijos, que en los testamentos de extraños ya sean cerrados, ó abiertos; igualmente que en los que se hacen en tiempo de peste, *ibid. núm. 48.* (*Sala Inst. Rom. Hispan. lib. 2. tit. 10. not. al §. 14.*)]

TÍTULO XI.

DEL TESTAMENTO MILITAR.

§. DI. Nada es mas conforme á las reglas de buen método, que sentada una regla, esplicar sus escepciones: hemos visto ya las reglas que se han de observar en los testamentos; ahora se han de examinar sus escepciones. Es de

saber que los testamentos en nuestra legislacion romana son ó *solemnes*, en los cuales no se ha de omitir ninguna de las solemnidades esplicadas hasta aquí; ó *ménos solemnes*; ó *privilegiados*, cuando por privilegio se pueden omitir todas las solemnidades ó alguna de las que van enumeradas. Se ha eximido de todas las solemnidades á los *militares*, de cuyos testamentos se trata §. 501 al 508; solo se ha eximido de algunas, 1º á los *padres*, de cuyo testamento hablaremos en el §. 509; 2º á los que *testan en tiempo de peste*, §. 510; 3º á los que *hacen testamento en el campo*, §. 511, y 4º á otros varios, de los que se trata en el §. 512.

§. DII. En cuanto á los *militares*, tenian ya antiguamente el privilegio de poder testar *in prociactu*. Si pues iban á entrar en el combate, y ceñido el sayo militar que llamaban *cinto gabino*, y el escudo ya en la mano, manifestaban su voluntad á presencia de tres ó cuatro, era válida, aunque faltasen las demas solemnidades, §. 1. *Inst. h. t.* Los soldados romanos hacian semejantes testamentos, siempre que estaban en extremo peligro, y tenian poca esperanza de salir con vida; de lo que hai ejemplos en Plutarco, *Coriolan. p. 198.*, Vell. Patere. *l. II. c. 5.* Pero estos testamentos militares que se hacian en campaña, ya no estaban en uso hacia tiempo, segun testifica no solo nuestro Justiniano §. 1. *Inst. h. t.*, sino tambien mucho ántes de él Cic. *De nat. deor. l. II. c. 3;* y así manifestamente son otros los testamentos de que vamos á tratar. Se ha de saber que los testamentos militares fueron inventados nuevamente por los emperadores, despues que, como advertí en el §. 474, introdujeron la milicia mercenaria como mas conveniente al gobierno monárquico. Para que se alistasen pues en ella con mas gusto los jóvenes, los estimularon con varios privilegios, entre los que fué uno el de poder hacer testamento sin observar ninguna solemnidad. Tenemos la

historia de este privilegio en la *L. 1. pr. ff. h. t.*, de la cual aparece que Julio César fué el primero que concedió por cierto tiempo este privilegio, que despues Tito, Domiciano, Nerva y Trajano estendieron á todos los militares. Al mismo tiempo advertimos con qué poco acierto habló de esto Tribouiano, cuando en las *Inst. h. t.* funda la razon de este privilegio en la *grande impericia de los militares*; pues á la verdad, si no fuese otra la causa de tan alto privilegio, era consiguiente que solo se limitase á los soldados rasos: lo cual es no obstante falso, como claramente se ve en la *L. 44. ff. h. t.* Sin embargo tambien lo atribuye Domiciano á la falta de instruccion. *L. 1. §. 1. ff. h. t.*

§. DIII. Es un axioma pues acerca de los testamentos militares, *que para testar el militar no tiene que observar ninguna solemnidad, ni interna, ni esterna, sino que basta su mera voluntad, L. 1. §. 1. ff. h. t.* Fácilmente demostraremos que está libre el militar de observar las solemnidades internas, si comparamos su testamento con los de los paisanos, pues 1º los paisanos no pueden instituir heredero á ninguno que las leyes declaren por incapaz, §. 539 y sig.; mas los militares instituyen á los que quieren, aunque sean incapazes, como los deportados, *L. 43. §. 2. h. t.* 2º Los paisanos, si tienen hijos, ó los han de instituir herederos, ó tienen que desheredarlos espresamente y con justa causa (§. 524), y si los pasan en silencio, el testamento es nulo, *pr. Inst. De exher. lib.*; mas el militar puede tambien preterir á los hijos, *L. 9. L. 19. C. h. t.* 3º El paisano que hecho testamento muere y deja embarazada á su mujer, ha testado en balde, si nace un póstumo ó póstuma, pues estos rompen el testamento de sus padres, §. 572; al contrario el testamento del militar no se rompe, aunque despues de su muerte nazca un póstumo, *L. 7. L. 8. ff. h. t.* 4º Si un padre paisano desheredó sin justa causa á un hijo ó hija, se rescinde su testamento

por la queja de inoficioso testamento, §. 581; y lo mismo sucede si los padres son preteridos ó desheredados injustamente por los hijos, ó los hermanos y hermanas, instituyendo una persona torpe, *ibid.*; pero el testamento del militar no puede rescindirise por la queja de inoficioso testamento, aunque se olvide de los hijos, padres ó hermanos, *L. 29. §. ult. ff. h. t. L. 27. §. 2. ff. L. 9. C. De inoff. test.* 5º Ningun paisano puede morir parte testado, parte intestado, §. 491. 3; lo que puede hacer el militar; por ejemplo, si nombra heredero solo de un fundo, y en cuanto al restante patrimonio muere intestado, sin embargo vale el testamento, *L. 6. ff. h. t.*; é igualmente si instituyese heredero por cierto tiempo, *L. 15 §. 4 h. t.*; las cuales cosas son todas al contrario para los paisanos. 6º Ninguno de estos puede morir con dos testamentos, §. 491. 4, pues el primero se rompe por el posterior, §. 273. 2; mas se le permite esto al militar, y su primer testamento no se rompe por el posterior, á no ser contrarios entre sí, *L. 19. pr. ff. h. t.* 7º El paisano no puede instituir heredero en los codicilos, sino en el testamento solemne, §. 682. 2; pues los codicilos no son inventados para instituir heredero, sino para dejar legados y fideicomisos, §. 680. 3; pero el militar tambien instituye heredero en los codicilos, *L. 36 pr. ff. h. t.* 8º La sustitucion es permitida á los paisanos; pero la pupilar solamente á los padres, los cuales pueden instituir heredero para el caso de que sus hijos mueran dentro de la pubertad, §. 561. 5; y el militar puede sustituir pupilarmente á su hijo, aún cuando muera fuera de la pubertad, y no está obligado á observar ninguna otra regla en la sustitucion, *L. 5. L. 45. §. 5. L. 28. h. t.* 9º Si el paisano carga la herencia con legados, de manera que no le queda al heredero salva la cuarta parte de aquella, puede el heredero, segun la lei falcidia, de traer á cada uno de los legatarios á prorata lo

que sea necesario para que á él le quede la cuarta parte de los bienes, §. 650; pero el heredero instituido por un militar no puede sacar esta cuarta falcidia, aunque nada le quede salvo; sino que está obligado á consumir todo el haber en los legados, *L. 17. §. ult. ff. h. t.*

§. DIV Estando esentos los militares de las solemnidades internas, mucho ménos por cierto los obligarán las leyes que requieren tantas solemnidades esternas. De aquí es, 1º que si testan por escrito, no se exigen testigos, ni que sean rogados, y mucho ménos se pregunta si son hábiles, y si tienen testamentifacion: basta que se hallen las tablas del militar, y que conste ciertamente que el testador las ha escrito ó firmado, *L. 40. pr. ff. h. t.*; lo cual es tan verdadero, que se dice vale tambien el testamento que hace el militar herido escribiendo con la espada ó vaina y su sangre en la arena, de modo que se entienda bien, *L. 15. C. h. t.* 2º Si el militar quiere hacer testamento de viva voz, bastan dos testigos, no por solemnidad, sino por prueba, para que conste que así lo dispuso el militar; pues cuantas veces se habla de prueba en nuestras leyes, y no de solemnidad, otras tantas bastan dos testigos, y hacen prueba plena, *L. 12. ff. De testib.* Y esto mismo dió á entender el emperador Trajano, cuando en su elegante rescripto, §. 1. *Inst. h. t.*, dice, que el militar ha de manifestar su voluntad, *convocando al efecto á los testigos*. los cuales, siendo llamados, no por solemnidad, sino para prueba, es evidente que no deben ser rogados solemnemente, como se requería en el testamento de los paisanos, §. 495. 3º Por tanto el único requisito esencial de este testamento militar, es que conste que el militar hace su disposicion con ánimo deliberado, y no en broma, y por casualidad; pues si, como sucede, chanceándose dijese entre los escesos de la mesa, que instituí heredero á este ó aquel, este nombramiento seria

de ningun valor, y de todo tendria mas que de testamento, como oportunamente manifiesta Trajano en el citado rescripto á Catilio Severo, §. 1. *Inst. h. t.*

§. DV. Ahora se pregunta, ¿ á quiénes se ha concedido este privilegio? Lo cual se ha de juzgar por el espíritu del privilegio mismo. Si la rusticidad de los militares fuese la causa de este privilegio, solo pertenecería á los soldados rasos, como dijimos en el §. 502. Pero aunque pueda ser que al principio hubiese dado Domiciano este privilegio á los militares atendiendo á su falta de instruccion, *L. 4. §. 1. ff. h. t.*, y despues Antonino, *L. 4. C. eod.*; no fué sin embargo esta la única razon, sino que principalmente los movió el inminente peligro de los soldados, el cual no les permite que se cuiden de las solemnidades de los testamentos. Elegantemente se espresa esta razon en la *L. ún. pr. ff. De bon. poss. ex test. mil.* *No es dudoso que son válidas las voluntades de aquellos, que al frente del enemigo disponen de cualquier modo sus cosas, y allí llega su último día*: y poco despues se añade, que tambien pueden testar militarmente el presidente de la provincia, y otras personas que se hallen en el ejército, *porque tambien se hallan in procinctu y espuestas á los mismos peligros*. Esta es la verdadera y adecuada razon de este privilegio, como lo observó ya Decio entre los glosadores, y de los jurisconsultos modernos Arn. Vinio, *ad pr. Inst. h. t. p. 310* de mi edicion. Por cuya razon fácilmente podemos responder ya á la pregunta de, á quiénes compete este privilegio; á saber, á todos los que están al frente del enemigo, y espuestos á los mismos peligros, aunque no militen, §. 1. *Inst. h. t.*, como los presidentes de la provincia y sus comisionados, que se hallan en las plazas fuertes ó en los campamentos, *L. 44. ff. h. t. L. ún. pr. ff. De bon. poss. ex test. mil.*; y tambien los capitanes de los buques de la armada, los marineros, los centinelas, y los recién en-

ganchados que aún no se han alistado, *L. un. §. 1. ff. eod.*; luego hoy día también los capellanes, médicos, cirujanos, jueces castrenses, cuestores, los diputados por el gobierno, y aún los cocineros y vivanderos. Y lo que es de admirar, hasta el sordo-mudo puede hacer testamento, *L. 4. ff. h. t.*, lo cual ha chocado á algunos. ¿Cómo, dicen ellos, pueden ser militares los sordo-mudos, ni cómo estos pueden manifestar su voluntad? Pero se salva la dificultad diciendo, que aunque los sordo-mudos no se hacen soldados, no obstante, si militando reciben alguna lesión en el oído y la lengua, no por eso dejan de ser soldados ántes de conseguir licencia. Luego también pueden testar según el privilegio militar, con tal que puedan expresar por escrito su voluntad.

§. DVI. La misma causa de este privilegio manifiesta cuándo se puede usar de él. La glosa distingue, si los militares están en el campo de batalla, ó dentro de una plaza delante del enemigo, ó de guarnición, libres de enemigos. En el primer caso no se requiere ningún testigo, en el segundo se necesitan dos, y en el tercero se han de observar todas las solemnidades, pues cuando están libres de enemigos, y en los cuarteles de invierno, con razón hacen testamento por derecho ordinario, porque entónces se hallan fuera de peligro, como ya lo observaron los jurisconsultos Frisio y Viglio Zuichemo, *Comm. ad X. tit. Inst. jur. civil. p. 82. y sig.* Por tanto, estando fuera de peligro los militares, es manifiesto que hacen testamento por derecho común, y que no pueden usar de ningún privilegio. Y si habiendo testado en la expedición, vuelve salvo, ¿expira este testamento, alejado el peligro? No se destruye, si permanece soldado: si consigue licencia, se ha de distinguir; pues la licencia ó es *honrosa*, la cual se hace cumplido el tiempo del servicio; ó *causal*, la que se da por las heridas y por imposibilidad que sobreviene;

ó *ignominiosa*, cuando se da por algún crimen grave. Si la licencia es honrosa y causal, todavía vale el testamento por un año y un día después de la licencia; y por tanto si muere dentro del año el testador, los herederos suceden en virtud del testamento, *L. 26. pr. h. t.*, aún cuando la condición puesta á los herederos exista después de pasado el año, *L. 38. pr. ff. eod.* También vale el testamento, si uno consigue licencia honrosa ó causal, y vuelve á alistarse en la milicia dentro de un año, *L. 38. §. 1. ff. h. t.* Mas si á uno se le ha dado licencia por ignominia, ni por un año vale el testamento, sino que pierde su vigor desde el momento de la licencia, *L. 26. pr. h. t.*

§. DVII. Hemos espuesto la doctrina del Derecho romano acerca del testamento militar; solamente falta una cuestión, de la que va á tratarse, porque alguno no caiga en error. Hemos dicho en el §. 478. 2, que en el peculio castrense el hijo de familia se tenía por padre de familia, de manera que podía hacer testamento acerca de él; lo que no tenía lugar en los demás bienes, §. 515. 4. Si pues en el peculio castrense puede el hijo de familia hacer testamento, ¿goza del privilegio de testar como los militares? — No: puede sí testar igualmente que el militar; pero no del mismo modo, sino que debe observar todas las solemnidades arriba descritas, *L. ult. C. De inoffic. test.* La razón se ha de buscar en la causa del privilegio dado á los militares, que dijimos era el peligro que les amenaza; y el hijo de familia que hace testamento del peculio castrense ó cuasi, no siempre se halla en riesgo: puede por tanto, y debe hacer testamento solemne. No obstante, si es militar, y va á entrar en batalla, ó en plaza sitiada, no es dudoso que puede usar de los derechos de los demás militares.

§. DVIII. [En España las *leyes de Partida*, imitando á las romanas, concedían á los militares la facultad de tes-

tar por derecho militar ó privilegiativo, tansolo en el caso en que estuviesen de expedicion, *L. 4. tit. 1. Part. 6.* Sin embargo este derecho se ha variado despues por lo dispuesto en las *Ordenanzas generales del ejército, art. 4. trat. 8. tit. 11*; y finalmente habiéndose suscitado una duda sobre esta materia, para quitarla salió en 24 de octubre de 1778 una real cédula, en que á consulta del supremo Consejo de la guerra declara y quiere el rei, que todos los que gozan de fuero militar, generalmente y sin ninguna limitacion, puedan á su arbitrio hacer testamento de cualquier modo que sea, con tal que hagan constar su voluntad.]

§. DIX. Hasta aquí del primer género de testamentos privilegiados, á saber, del militar. Sigue otro, el testamento de los *padres entre los hijos*; mas aquí no se entiende solamente el padre, sino la madre, y aún el abuelo y la abuela. Si estos disponen de los bienes solo entre sus hijos, ó lo hacen *por escrito, ó de viva voz*. Si lo primero, no se requiere ningun testigo, ni otra solemnidad, sino que 1º escriban ellos mismos las tablas, ó las firmen; 2º que espresen el año, el mes y el dia, y tambien 3º las *uncias ó partes*, en las que instituyen herederos á los hijos, no con cifras, sino con letras: pues esto exige solamente la *Nov. CVII. c. 1.* Mas si disponen de viva voz los padres entre los hijos, la misma razon dicta que deben estar presentes testigos que confirmen haber oído la voluntad de aquellos; pero, no siendo por solemnidad, sino por prueba, bastan dos, por lo que dijimos en el §. 504. *L. 12 ff. De testam.* Todavía se ha de advertir aquí, que se concede este privilegio á los padres solamente respecto de sus hijos: por lo cual si al morir dispone uno entre sus hijos tambien por escrito sin testigos, y en el mismo testamento instituye herederos ó hace legados á la viuda, al hermano, al tio, etc., valdrá en verdad esta

disposicion respecto á sus hijos, pero no en cuanto á las personas estrañas. Mui claramente se manda así en la *Nov. CVII. c. 1.*, donde se dice, que si el padre quiere legar en las mismas tablas, debe hacerlo *á presencia de testigos*. Y aunque hallemos otra cosa en la *Auth. Quod sine. C. De testam.*, tomada de aquella Novela, no obstante ya hemos advertido arriba, que cuando discrepa la Auténtica de su original, no tiene ninguna autoridad, §. 16. 5.

§. DX. Los demas testamentos privilegiados pueden esplicarse con ménos trabajo. Tal es IIIº el testamento *hecho en tiempo de peste*; acerca del cual hai que advertir una regla, á saber, que deben observarse todas las solemnidades, escepto la unidad de acto. *L. 8. C. De testam.*; pues siendo natural que en un tiempo tan triste teman los hombres reunirse en número de siete en un lugar, se permite, que si el testador rogase hoi á dos testigos para que suscriban, mañana á tres, y mas adelante á otros dos, valga del mismo modo este testamento, que si se hubiesen reunido los testigos á un tiempo, y se hubiese hecho todo en un acto.

§. DXI. Tambien es privilegiado IVº el testamento *hecho en el campo*; de modo que 1º si no pueden buscarse siete testigos, bastan cinco; 2º si uno no sabe escribir, puede firmar otro por él; lo cual es lo contrario en el testamento solemne, segun observámos arriba §. 497. *L. últ. C. De test.* Y ¿qué sucede si los que impugnan el testamento, dicen que podian habersc reunido mas testigos fácilmente, por ser la aldea poblada y habitar en ella mas de treinta padres de familia? Se responde, que esto debe probarlo el que lo alega, pues siempre se presume que en las aldeas no pueden hallarse siete testigos. Ni basta que diga el que impugna el testamento, que allí habitaban treinta aldeanos; debe probarse precisamente

que estaban en aquel tiempo en casa, y que pudieron convocarse, pues los aldeanos fuera del invierno rara vez se hallan en casa, estando ya en la ciudad, ya en el campo. Por lo demas de aquí fácilmente se infiere, que este privilegio no solo pertenece á los labradores, sino á las personas ilustres, nobles y de alto honor que allí habitan; por cuya razon no llamé á este género de testamento *de los rústicos*, como lo llaman la mayor parte, sino de los que hacen testamento en el campo.

§. DXII. Cuentan ademas los doctores otros testamentos privilegiados, que se comprenden en una clase. Tal es Vº el testamento presentado al príncipe, y VIº el insinuado en las actas, ó hecho á presencia del juez que se llama *público*; pues como estos testamentos se apoyan en la fe pública, no exigen ninguna solemnidad, *L. 19. C. De testam.* VIIº El testamento posterior imperfecto, en que son llamados á la sucesion los herederos abintestato preteridos en el primero; pues aunque en los demas casos subsista por Derecho el primer testamento, mientras no se rompa por otro igualmente perfecto, §. 572. 2, no habiendo cosa tan natural como que no se disuelva una cosa sino del mismo modo que se unió, *L. 35. ff. De R. J.*; no obstante, por favorecer á las sucesiones abintestato, permitieron las leyes, que aún el testamento imperfecto posterior rompa el anterior perfecto, si en aquel se llama á los mas próximos herederos abintestato, *L. 21. §. pen. C. De testam.* Últimamente refieren aquí VIIIº el testamento *por causas piadosas*; así se llaman las iglesias, los cautivos, las escuelas, las dotes. Estos testamentos no tienen ningun privilegio por las leyes romanas; pero el romano pontífice, que tanto favorece á las causas piadosas, dispensa estos testamentos de todas las solemnidades, con tal que pueda probarse la voluntad del testador. La razon es clara, y así advertiré solo que el fundamento de esta doctrina se halla en el *c. 11. X. De testam.*

TÍTULO XII.

Á QUIÉNES NO ES PERMITIDO HACER TESTAMENTO.

§. DXIII y DXIV. Los títulos últimos tratan del modo de hacerse los testamentos, así solemnes, como privilegiados: ahora se esplica, qué personas pueden hacer testamento, y cuáles no, en este tit. 12; y quiénes pueden ser instituidos herederos, y quiénes no, tit. 13 al 16. En cuanto á los testadores, sentaremos el axioma de que *pueden hacer testamento todos aquellos á quienes no está prohibido hacerlo*. Mas para que no se crea que esplicamos lo mismo por lo mismo, descomponemos este axioma general en estos tres. 1º El hacer testamento es de Derecho civil romano; lo cual ya demostrámos en el §. 484. 2º Solo se concede hacer testamento á los padres de familia, como se manifiesta en la lei de las XII Tablas que vimos en el §. 4º. 3º El testamento es la solemne manifestacion de nuestra voluntad, segun lo demostrámos en su definicion, §. 490.

§. DXV. Dijimos en el primer axioma, *que el hacer testamento es de Derecho civil romano*. Pero ¿no es mas bien de Derecho de gentes? No es difícil la respuesta: muchas naciones acostumbraban hacer testamentos ademas de los romanos, y especialmente consta de los atenienses; mas aquí hablamos del testamento cual lo hemos descrito por Derecho romano, y este no es de Derecho de gentes, sino de Derecho civil romano, del cual solamente y no de la recta razon, ni de las instituciones de otros pueblos, derivan todas las solemnidades y leyes de los testamentos. Siendo pues de Derecho civil el hacer testamento, es consiguiente que no pueden testar 1º los *siervos*, porque no son personas ni ciudadanos, *L. 19. ff. Qui test. fac. n. poss.* Y pregunto,

de qué han de testar? acaso del peculio? Todo el peculio de los siervos es profecticio, §. 470, luego el dominio es del señor, y nadie puede testar sobre cosa ajena. Es verdad que hai un pasaje en Plinio, *lib. VIII. Ep. 16*, donde refiere que al morir sus siervos, les permitia disponer como querian de su peculio por última voluntad; mas propiamente esto no era testamento, ni valia esta última voluntad por Derecho público, sino en virtud del consentimiento y voluntad de Plinio. Del mismo axioma se sigue 2º que no pueden hacer testamento los *prisioneros de guerra*; pues tambien estos se hacian siervos por Derecho romano, §. 82. No obstante si hacian testamento en la ciudad y morian entre los enemigos, valian sus testamentos por la *L. cornelia*, que finge morir en la ciudad aquel que muere en poder de los enemigos. Si ántes de caer prisionero habia estado en casa y luego recobraba la libertad, valia su testamento por el derecho de postliminio, que finge no haber estado prisionero el que salió del poder de los enemigos. Últimamente si no hace testamento en casa, y si entre los enemigos, es hecho por un siervo, y por tanto no vale, aunque haya vuelto del cautiverio, *L. 8. pr. ff. Qui test. fac. poss. §. últ. Inst. h. t.* Del mismo axioma inferimos, 3º que no pueden hacer testamento los extranjeros (1); y reduciéndose á la clase de estos los deportados y aquellos á quienes se prohibia el agua y el fuego, es evidente que unos y otros son incapazes de testar, *L. 8. §. 1. ff. eod.*; lo cual sin embargo se ha de entender del Derecho civil, pues el ateniense bien podia testar por las leyes de Aténas, aunque no fuese ciudadano romano.

§. DXVII. Los que segun hemos dicho en el párrafo an-

(1) En España pueden los transeuntes y extranjeros disponer libremente de sus bienes por manda y testamento, así en salud como en enfermedad, *L. 2. tit. 30. lib. 1. de la Nov. Recop.*

terior, no podian hacer testamento, no participaban del Derecho público romano. Sigue otro axioma, pues los hai que no pueden testar, *porque no son padres de familia*, á los cuales solamente concede la lei de las XII Tablas la facultad de testar, §. 487. De aquí fácilmente se infiere, 1º por qué no pueden hacer testamento *los hijos é hijas de familia* (1), ni aún permitiéndolo el padre; y es porque este en nada puede relajar el Derecho público, *L. 17. pr. h. t.* Se exceptúa el peculio castrense, en el cual el hijo es tenido por padre de familia, segun advertimos ya en el §. 478. Y en el peculio adventicio? En este, aunque la propiedad es del hijo, sin embargo no puede hacer testamento, porque en él no es tenido por padre de familia, *L. pen. C. Qui test. fac. poss.* Del mismo axioma se deduce, 2º por qué se destruye el testamento del padre de familia *que se entrega despues en arrogacion á otro*; pues haciéndose por este medio hijo de familia, vuelve la cosa á un estado en que no puede tener aquel efecto. Aquí suscita Merilio una curiosa cuestion, *Obs. l. 2. c. 69 y l. 4. c. 39.*: si las mujeres pueden hacer testamento. En ella establece la opinion singular, de que pueden testar las mujeres de *viva voz* y no *por escrito*; lo cual prueba con la *L. 77. §. 24. ff. De legat. 2.* Con efecto allí encarga un padre á su hija, mirando por su bien, que miéntras tenga hijos, no haga testamento; y da por razon, que así podrá vivir sin peligro: de donde infiere Merilio, que no podia testar la mujer sin peligro, porque debia nombrar siempre al heredero de viva voz, y por tanto se esponia á sus asechanzas. Mas no penetró la razon aquel docto jurisconsulto, como

(1) Segun nuestro Derecho, puede el hijo de familias hacer testamento del mismo modo que si estuviese libre de la potestad del padre, conforme á lo dispuesto por la *L. 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* (5.ª de Toro), que corrige la *L. 13. tit. 1. Part. 6.* en la parte que estableció lo contrario.

lo manifestámos claramente en los comentarios á la *L. pap. pop. l. 2. p. 240 y sig.*

§ DXVII. Llegamos á un nuevo axioma, á saber, *el testamento es la expresion solemne de nuestra voluntad*, §. 490. De aquí se deduce claramente, que no pueden testar 1º los *furiosos* y *mentecatos*, los cuales no saben lo que quieren (1). ¿Y si tuvieren algun lúcido intervalo de razon? Entónces ciertamente nada hai que les impida hacer testamento, §. 1. *Inst. h. t.*, con tal que no esté encubierto el furor bajo una especie de sosiego aparente, *L. 18. §. 1. ff. De adqu. vel amitt. rer. poss.* Si se duda si está en su sano juicio, se juzgará por la disposicion del testamento, mirando si ha testado prudente ó disparatadamente; de lo cual se encuentra un ejemplo en Valerio Máximo, *l. 7. c. 8.* Son de la misma condicion 2º los *pródigos*, porque por mas que tengan sana la razon, en todas nuestras leyes se les iguala á los furiosos; mas debe entenderse esto desde el tiempo en que se les ha quitado la administracion de los bienes, pues si ántes de esta intervencion hacen testamento, no hai duda que vale, *L. 18. ff. h. t.* Vulgarmente se añade la escepcion de que vale el testamento hecho por el pródigo, *si mira bien por la posteridad*, esto es, si instituye por herederos á los que en otro caso sucederian abintestato; mas esta doctrina es desconocida en nuestro Derecho, pues ninguna autoridad tiene en nuestros tribunales la *Nov. 39* de Leon, como hicimos ver en el §. 17, 8. Tambien se deduce 3º del mismo axioma, que los impúberos no pueden testar, pues no saben mejor lo que hacen que los furiosos; porque si bien hai algunos en quienes se desenvuelve la razon ántes de la pubertad, lo que puede suceder en un caso raro, las leyes no se establecen segun lo que rara vez acontece, *L. 4. ff. De legibus.*

(1) « Otrósí, el que fuese sañido de memoria no puede hacer testamento, mientras que fuere desmemoriado. » *L. 13. tit. 1. Part. 6.*

§. DXVIII y DXIX. Por el mismo axioma tambien entendemos qué enfermedades del cuerpo impiden hacer testamento. De los *sordo-mudos* nadie lo duda, diferenciándose poco de los mentecatos (1); pero no debe decirse lo mismo, si aquellos dos defectos están separados, pues la esperiencia enseña que el sordo de palabra, y el mudo por escrito, pueden expresar bien sus pensamientos. Mucho ménos se debe quitar la facultad de testar al *ciego*; no obstante, como en este caso hai lugar á fraudes, tienen algo de singular los testamentos de los ciegos, pues, 1º solo pueden testar de viva voz; 2º el escribano debe al punto reducir á escrito la disposicion; 3º se ha de añadir un octavo testigo; 4º se ha de volver á leer al ciego lo escrito, mirando y examinando al mismo tiempo si todo se ha escrito con exactitud; 5º el ciego tiene no solo que nombrar el heredero, sino describir sus circunstancias, para no errar casualmente en la persona, y últimamente, 6º debe agregarse la suscripcion y sello de los testigos, todo lo cual se esplica cuidadosamente en la *L. 8. C. Qui tes. fac. poss.*, donde se halla el fundamento de esta doctrina (2).

§. DXX. Resta hablar de algunos, á quienes por castigo se ha prohibido hacer testamento, si bien la mayor parte de estas prohibiciones se derivan de las leyes posteriores. No pueden testar, 1º los *reos de estado*, porque todos sus bienes se aplican al fisco, *L. 5. C. Ad leg. jul. maj.* 2º Los *apóstatas* y *herejes* por la *L. 3. De apost. y L. 4. De hæret.*; mas en este punto no toca á los teólogos decla-

(1) « Otrósí decimos, que el que es mudo é sordo desde su nascencia, non puede facer testamento. Empero el que lo fuese por alguna ocasion, así como por enfermedad, ó de otra manera, este atal, « si supiese escribir, puede facer testamento, escribiéndolo por su « mano misma. » *L. 13. tit. 1. Part. 6.*

(2) En España para que valga el testamento del ciego, se necesitan inco testigos, segun la *L. 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* (3.ª de Toro.

rar quiénes son herejes, sino á las leyes nacionales, pues á ninguno se prohíbe testar, si su religion se permite en el Estado. 3° *Los que contraen nupcias incestuosas*; pero habiéndose inventado esta prohibicion en favor de los hijos del primer matrimonio, cesa, si los padres incestuosos instituyen á los hijos legítimos, *L. 6. De incest. nupt.* 4° *Los condenados por libelos infamatorios*, pues la *L. 18. §. 1. ff. h. t.* los declara malvados é incapazes de testar. No obstante no se ha de tener toda injuria escrita por libelo infamante, pues aquella ataca los vicios de los hombres con las sales de la sátira, y este, bajo la salvaguardia del anónimo, echa á otro la culpa de un delito atroz. 5° Antiguamente tampoco se permitia testar á los *condenados á muerte*, pues se hacian siervos de la pena, y estos no tenian la facultad de testar (1). Y si bien es cierto que vulgarmente los doctores sientan que Justiniano abolió la servidumbre de la pena por la *Nov. CXXXIV. c. ult.*, no lo es ménos que leyendo con cuidado aquella Novela, se advertirá que solamente se ha quitado la servidumbre de la pena en favor de los parientes, porque no se confiscasen los bienes, y para que se aplicasen á estos. Luego si hoy dia existen parientes, el sentenciado á muerte no puede hacer testamento segun el Derecho justiniano. Sin embargo domina en el foro el error de los doctores, y nada es hoy dia tan frecuente como el testar sobre sus cosas indistintamente todos los condenados á pena capital.

(1) Por Derecho español se concede á los condenados por delito á muerte civil ó natural, que puedan hacer testamento y codicilo, ú otra cualquier última voluntad, disponiendo de sus bienes, excepto de los que por el tal delito fueren confiscados, *L. 3. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* Pero como ahora no puede ya imponerse la pena de confiscacion, el condenado á muerte está autorizado para disponer siempre de todos sus bienes.

TÍTULO XIII.

DEL MODO DE DESHEREDAR Á LOS DESCENDIENTES.

§. DXXI y DXXII. Hasta aquí hemos visto cómo, y quiénes hacen testamento. En cuanto á lo primero, dijimos que deben observarse todas las solemnidades, tanto internas como externas, á saber, la institucion de heredero. Á esta es contraria la *desheredacion*, cuya doctrina espone Justiniano en este título. Ya hemos manifestado arriba suficientemente, cuán estensa era entre los romanos la patria potestad, que tambien se estendia á poder desheredar al hijo á su antojo, y sin motivo alguno. Así es que espresamente dice Paulo en la *L. 11. fin. ff. De lib. et posthum.*, que se permitia desheredar absolutamente á los hijos, así como tambien podian sus padres matarlos. Se conserva la memoria de algunos ejemplos, que hoy dia leemos con asombro. Así vemos en Valerio Máximo, *lib VIII. c. 7. §. 3.*, que el niño C. Tercio fué desheredado por su padre: y ¿cómo un niño pudo haberse mostrado ingrato hácia su padre? Así lo permitia no obstante el rigor de la patria potestad. No hai duda en que los legisladores concedieron esta libertad á los padres, creyendo que apenas podria suceder que cometieran una injusticia contra su misma sangre. Pero habiendo enseñado con el tiempo la esperiencia, que atraidos los padres por los halagos de las madrastras, se desprendian de los afectos paternales; se estableció últimamente por las leyes, que el padre, no omitiese á sus hijos en el testamento, sino que los instituyese herederos ó los desheredase.

§. DXXIII. Así como los hijos eran de distintas condiciones, así tambien el padre tenia mayor ó menor