

tambien lo es el estudio del origen del derecho de
 testar. Deben igualmente consultarse sobre este punto
 á Sals y demás civilistas tanto para tener mejores
 conocimientos sobre la materia, como para conven-
 cerse de que en esta, como en todas las cosas, exis-
 te la Torre de Babel, con la diferencia empero, de
 que en esta el orgullo produjo la confusión, y los
 confundidos se humillaban, y entre los autores, la
 confusión aumenta el orgullo, y todos se consorve-
 cen y encaprichan para sostener tales y cuales ideas.
 De que ha servido pues, el haber trascrito la
 opinion de los últimos citados autores, á continuacion
 de los otros? Ha servido de lo que la obscuridad á la
 luz, el error á la verdad, y el bien al mal; es decir,
 de que brille con mas pureza la luz, pareciese sus
 atractivos la verdad, y su seductora hermosura el
 bien. Que deberemos inferir de todo lo espuesto? Que
 el origen y fundamento del derecho de testar, es el
 dominio, la propiedad, la naturaleza humana, en
 una palabra el derecho natural; y que en conse-
 cuencia al derecho civil solo toca reconocer reglas
 para garantizar el uso del derecho de testar.
 Como lo consiguere? fijando reglas conformes con la
 naturaleza, los sentimientos, las tendencias, las incli-
 naciones y pasiones. ¿Cuales son esas reglas? Este
 es objeto de los siguientes capítulos.

FIN DE LA PARTE PRIMERA

COMPENDIO RAZONADO

DEL DERECHO DE TESTAR

O SEA

DE LOS TESTAMENTOS A LA LUZ DE LA FILOSOFIA.

SEGUNDA PARTE.

DONDE SE TRATA DEL OBJETO DEL
 DERECHO DE TESTAR O SEA, DE LOS TESTAMENTOS Y SUS
 SOLEMNIDADES, TESTADORES, HEREDEROS, MEJORAS
 Y DESHEREDACION.

COMPENDIO RAZONADO
DEL DERECHO DE TESTAR

O SEA

DE LOS TESTAMENTOS Y LA LIZ DE LA FIDUCIARIA

SEGUNDA PARTE

DONDE SE TRATA DEL OBJETO DEL
DERECHO DE TESTAR O SEA, DE LOS TESTAMENTOS Y SUS
SOLEMNIDADES, TESTADORES, HEREDEROS, MEJORAS
Y DESHEREDACION.



SEGUNDA PARTE.

Donde se trata del objeto del derecho de testar,
de los testamentos, sus solemnidades, testa-
dores, herederos, mejoras y desheredacion.

DESPUES de probado y sabido el origen y fun-
damento del derecho de testar, se hace indispen-
sable, tratar de saber: primero, que sea testamento
y cuantas son sus clases: segundo, cuales son los
requisitos legales para su validez: tercero, como en
los testamentos hai tres cosas principales, sin las que
no pueden existir, á saber: el otorgante, aquel á
cuyo favor se otorga y las cosas que en él se dispo-
nen, es natural que examinémos en este punto lo re-
lativo á testadores: cuarto, herederos, quinto, me-
joras: sexto, desheredacion. Hagámoslo en los si-
guientes capítulos.

CAPÍTULO I.

¿Cuál es el objeto del derecho de testar, y qué es testamento?

El objeto del derecho de testar es el de la propiedad; y para saber que sea testamento debemos consultar dos cosas; la ley y los autores; así sabremos como definen y entienden una y otros, la palabra testamento, é igualmente definir nosotros la materia, objeto de esta obra. Ambas cosas las examinaremos en los dos siguientes párrafos.

§ I.

EL TESTAMENTO DEFINIDO POR LA LEY.

La ley 1.^a tít. 1.^o de la part. 6.^a dice que: Testatio et mens son dos palabras del latin, que quiere tanto decir en romanse, como testimonio de la voluntad del ome.”

Esta misma difinicion se encuentra repetida, indicada ó supuesta en las leyes 1.^a y 2.^a del tít. 18. lib. 10 de la Nov.

Mas esta difinicion como se ve, es puramente etimológica, y lo convence la misma ley en sus dos siguientes cláusulas cuando dice: „E de estas palabras fué tomado el nome del testamento. Ca en él se encierra, é se pone ordenadamente, la voluntad de aquel que lo face.”

§ II.

DEL TESTAMENTO DEFINIDO POR LOS AUTORES.

Escriche dice que es: „La declaracion legal que uno hace de su voluntad, disponiendo de sus bienes

para despues de su muerte.” Y apoya su difinicion en la ley 1.^a tít. 1.^o part. 6.^a Esta misma difinicion dan Febrero, Alvares, Heineccio, Carpio y Romero Gil. Murillo es el que á nuestro entender, mas se ha acercado á las condiciones lógicas de una buena difinicion. El entiende por testamento; „La legitima determinacion de nuestra voluntad, por cuyo medio disponemos para despues de nuestra muerte, de nuestros intereses, derechos y acciones, con institucion directa de heredero.” Ademas de que, como se ve esta difinicion, está apoyada en las leyes antes citadas. El autor al decir: „con institucion directa de heredero,” olvida que la ley en que se funda para decirlo sostiene en sus últimas cláusulas; que es válido y legitimo el testamento aun sin dicha institucion.

Nosotros pues, admitimos esta difinicion en los terminos siguientes: Testamento es: la legitima determinacion de nuestra voluntad por cuyo medio disponemos para despues de nuestra muerte, de nuestros intereses, derechos, y acciones.”

CAPÍTULO II.

¿CUANTAS CLASES HAY DE TESTAMENTOS?

Dos son las clases mas generales de testamentos segun la ley 1.^a tít. 1.^o part. 6.^a, á saber: „La una es, á que llaman en latin *Testamentum nuncupativum*; que quier tanto decir como manda que se fase paladinamente en que demuestra el que lo fase, por palabra ó por escrito á cuáles establece por herederos, é como ordena é departe lo que es suyo. La otra manera es á que dicen en latin, *Testamentum in scriptis*, que quier tanto decir, como manda que se fase por escrito, et non de otra guisa „ó estos

testamentos van adornados de las condiciones todas que el derecho exige, ó no; en el primer supuesto, son solemnes; en el segundo, privilegiados. Estos son segun los autores, tres; los de los militares, los *ad pias causas* y los de los indios. Mas como veremos á su tiempo solo los primeros son verdaderamente excepcionales ó privilegiados. Los testamentos escritos ó cerrados nunca pueden ser privilegiados.

CAPÍTULO III.

DE LAS SOLEMNIDADES DE LOS TESTAMENTOS.

Tres son las solemnidades que el derecho exige para la validez ó legitimidad de un testamento; á saber: unidad de contexto; presencia de testigos, y papel del sello respectivo. De cada una de estas nos ocuparemos en los párrafos siguientes.

§ I.

UNIDAD DE CONTESTO.

La unidad de contesto consiste en que no se mezclen en el testamento actos diversos á su objeto; como la celebracion de un contrato con cualquiera de los testigos ú otra persona. Mas no por esto se crea que se falta á la nulidad de contesto, cuando por gravedad del testador, ó una urgente causa por parte del escribano ó de alguno de los testigos, no puede en el mismo momento estarse allí; pero sí continuar bien presto. Esto se entiende respecto

(1) § 4.º del cap. siguiente.

de los testamentos nuncupativos ó abiertos; mas no respecto de los serrados, para cuya autorizacion bastan ocho ó diez minutos; cuyo tiempo no perjudica ninguna causa por urgente que sea. Todo esto es estensivo á los testamentos privilegiado, pues creemos lo será en todo, menos en la unidad de contexto, segun dicta la razon.

§ II.

PRESENCIA DE TESTIGOS.

Estos son indispensabilísimos, puesto que de su autorizacion y la del escribano, ó la de aquellos solos, cuando no hay este, pende nada menos que el crédito que se dé al testamento. Como quiera que por una parte sea motivo suficiente para creer el testimonio de aquellos, por la presuncion que hay de que no fueron engañados, no quisieron engañar, ni lo habria logrado quien lo hubiera pretendido hacer: y por otra, aun cuando el dicho de muchos hombres sea desechable por algun motivo, como *non tam numeranda, quam ponderanda sunt testimonia*, la credibilidad existe en todo su vigor, al ver que su dicho y autorizacion es conforme bajo todos aspectos. Además, conoceremos que no fueron engañados, porque al testador interesaba no procurar engañarlos puesto que solo lograría engañarse; y tanto menos, cuando está de por medio el escribano, esa especie de infalibilidad civil: igualmente conoceremos que no quisieron engañar, porque ningún interes los impulsa á ello; y aun cuando así fuera, no lo habrian logrado, pues no podian cambiar las disposiciones legales á que deben sujetarse los testamentos; y cuya falta es la de su vida. Por esto creemos que tanto el testador como el escriba-

no y testigos, dicen la verdad. Para serciornos de esto, la ley ha marcado como indispensables para ser testigos, ciertos requisitos de cuyo concurso en aquellos, no tanto del número de los que certifican, resulta el valor de su dicho. El exámen de estos requisitos es objeto de otro capítulo; examinemos ahora el número que el derecho exige para que los testamentos se reputen como legales.

Dijimos que escritos ó cerrados y nuncupativos ó abiertos, eran los testamentos. En la autorizacion de los primeros deben intervenir siete testigos y el escribano; y no pueden ser menos, ni faltar este, conforme á la ley 2.ª tít. 18. lib. 10. de la Nov.

En el otorgamiento y autorizacion de los segundos son necesarios, segun la ley 1.ª tít. 18. lib. 10. de la Nov. tres testigos y escribano si lo hay en el lugar donde se otorgue; cinco si no lo hay; y si ni hubiere escribano, ni pudieren ser habidos los cinco testigos, bastaran tres. Y si se hiciera el testamento ante siete testigos, aun cuando haya escribano en el lugar de su otorgamiento es válido y puede usarse, dice la citada ley.

En los testamentos de los ciegos, que no pueden ser cerrados y aunque abiertos, necesitan mayor garantía que los de su clase: han de intervenir por fuerza cinco testigos y el escribano. Y no pueden ser cerrados por temor de que se les haga algun engaño por quien se los escriba, cosa que no sucederá en los abiertos; pues hay mas garantía para el otorgamiento de los abiertos que para el de los cerrados. Y nótese que hablamos de otorgamiento y no de autorizacion.

§ III.

PAPEL DEL SELLO RESPECTIVO.

Hemos dicho que la tercera solemnidad que el derecho exige, para la validez de los testamentos, es la que encabeza este párrafo. Y para mejor comprender las disposiciones legales sobre esto es necesario atender á dos cosas: á los herederos y á las herencias; pues nada se comprendería de otra manera, puesto que la ley habla de ambos.

Si los herederos no son ascendientes ni descendientes, sino colaterales ó extraños, sea cual fuere la cantidad de la herencia y sus productos, se usará del sello 1.º en el primer pliego del testamento; y del 3.º en los intermedios. Lo mismo sucede cuando aunque los herederos sean ascendientes ó descendientes, heredan una cantidad que produzca de réditos anuales, de dosmil pesos arriba. Pero si siendo los herederos forzosos ó legítimos, heredaran una cantidad tal que reditue de quinientos á mil novecientos noventa y nueve, se usará en el testamento, para el primer pliego, del sello 2.º y del 3.º para los intermedios. Si siendo igualmente legítimos ó forzosos los herederos, fuere la herencia tal que reditue quinientos ó menos pesos anuales, el primer pliego del testamento será del sello 3.º y los intermedios del mismo. Si el testador fuere pobre y lo declarare, se usará del sello 5.º en todo el testamento; menos en los protocolos, que siempre deben ir en sello 3.º. Todo conforme á las leyes de 30 de Abril, 4 de Mayo, 6 de Julio y 21 de Setiembre de 1842, 28 de Junio de 1845, 7 de Mayo de 1848, y principalmente á la actualmente vigente, decretada en 14 de Febrero del corriente año. En estas mis-

mas leyes se encuentran las penas en que incurren sus infractores.

§ IV.

TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS.

Testamentos privilegiados son aquellos en que dejan de observarse en materia de solemnidades; las disposiciones del derecho, por consesión del mismo derecho." Los autores dicen que hay tres clases de testamentos privilegiados, á saber, el militar, el *ad pias causas* y el de los indios. Mas sobre los dos últimos no existe tal ley que los escepcone de las tres enunciadas solemnidades; luego no son privilegiados, propiamente dichos. Que no existen las leyes que declaren como escepconales ó privilegiados dichos testamentos, lo confirman las opiniones de los autores que citarémos en el curso de este párrafo.

Tres, digimos, son las solemnidades ó requisitos para el valor de los testamentos; unidad de contesto; presencia del competente número de testigos, y papel del respectivo sello. Vemos, y así lo hemos dicho en otra parte, que ni los testamentos verdaderamente escepconales ó privilegiados, esto es, los militares, se esceptuan de la circunstancia primera, de la unidad de contesto. La segunda de las solemnidades, es la presencia de testigos; y la tercera es papel sellado. En los testamentos militares no se exigen estas porque lo azaroso de su carrera les imposibilita de testar con todas las solemnidades dichas. Por esto y otras razones les conceden las ordenanzas del ejército á los que lo forman, el poder testar sin testigos y papel sellado. Esto explica, supuesta la anterior razon, porqué cuando los mi-

litares testan ante escribano, deben hacerlo en toda forma de derecho, segun mandan las mismas ordenanzas. Ademas, como dicen Murillo y otros autores, parece que renuncian á su privilegio; aunque esta razon supuesto el origen de la concesion que se hace á los militares y de que hemos hablado, no tiene fuerza lógica, y sí es superflua. El origen de la concesion de tal privilegio, no puede ser otro: porque, ó es la imposibilidad citada, ó el que la clase militar es privilegiada en todo; mas esto argüiria lo mismo para los eclesiásticos, los indios &c., &c. Y esto sin embargo es falso. Ordenanza del ejército, tratado 8.º tit. 11 arts. 1, 2 y 3 de testamentos.

Respecto á los testamentos *ad pias causas* y los de los indios, no hay disposicion alguna legal, sobre sus solemnidades, segun queda indicado; por esto Montenegro y Solórzano dicen, „que en los testamentos de los indios, bastan dos testigos, hombres ó mugeres;" y Gonzalez, Molina y otros están por que se haga estensivo al derecho civil en los testamentos *ad pias causas*, la disposicion que se haya en el cap. 11 de las dceretales. Es decir, quieren que en estos testamentos pueda haber solo dos testigos; y estos ser hombres ó mugeres. Mas tanto los primeros autores, como los segundos, al opinar de esta manera, se apoyan en la falta de leyes especiales, y de ahí inferen que son privilegiados; y en consecuencia, que no se necesitan los testigos que para los demas testamentos, ni que dichos testigos tengan los requisitos legales para serlo; y por esto creen pueden ser aquí testigos las mugeres y los hombres menores de edad. Sin embargo, estas opiniones son falsas; porque sabemos muy bien que á falta de leyes especiales sobre alguna cosa, debe esta sujetarse á las leyes generales. Y como en los casos que nos ocupan no hay leyes es-

peciales, y las generales ordenan la presencia de tres testigos, cuando ménos, y que estos no sean menores de edad, ni mugeres; y son leyes prohibitivas y en consecuencia obligatorias en todos sentidos, es claro, mas que la luz del medio dia, que estos testamentos, no pueden legalmente hablando, ser hechos sino con las solemnidades respectivas. No habiendo, como no hay, disposicion particular alguna sobre dichos testamentos; necesitando estos leyes á que sujetarse; y siendo, como es, principio de derecho y altamente filosófico, que á falta de leyes especiales sobre alguna cosa, debe esta sujetarse á las leyes generales, es claro, clarísimo, repetimos, que dichos testamentos deben normarse en todo á las leyes generales de la materia. Por esto es cierto que no son testamentos privilegiados tan solo porque no tienen leyes particulares; y por último es cierto tambien que no es adoptable la opinion de los citados autores, así como es cierto que dichos testamentos deben extenderse conforme á las leyes generales de los testamentos.

Aun hay mas: Molina, Gonzalez, y los que á falta de leyes especiales sobre los testamentos *ad pias causas*, creen que deben observarse las disposiciones canónicas que hay sobre ellos, se apoyan en un principio que no pueden ó no quieren aplicar con rectitud; y ademas olvidan dos cosas.

El principio en que tácitamente se apoyan, y cuya recta aplicacion no hacen, es que estos testamentos necesitan leyes á que sujetarse, y como ven que no las tienen especiales, y olvidan que á falta de leyes particulares debe estarse á las generales, infieren con poquísima ó ninguna lógica que deben hacerse extensivas al fuero civil en este caso, las disposiciones del canónico. Mas con este modo de raciocinar, en lugar de quitar la dificultad, la aumentan, pues incurren en la segunda de las cosas

que olvidan; esto es, en querer hacer por sí y ante sí extensivas las disposiciones del derecho canónico, al civil, lo que no puede ser. Para convenernos de esto, es indispensable recordar, que así como ni la sociedad civil, á pretesto de que falta alguna ley en la eclesiástica, puede hacer extensiva la que tenga, ni los individuos de esta, los eclesiásticos, pedir y sostener que debe hacerse; así tampoco la sociedad eclesiástica, ni los individuos de la civil pueden ni deben sostener que porque falta en esta alguna ley y la hay en aquella, debe introducirse la de la una en la otra. Esto sería traspasar los límites jurisdiccionales de cualquiera ó de ambas sociedades. Cuando se trate de este caso, lo que debe pedirse es: que se dé por quien corresponda una disposicion, cual se necesita; ya sea semejante, igual ó como convenga, á la que sirve de modelo para lo que se desea, y supuesta la exigencia y carencia que haya; y cuando se presente el caso práctico, sugetarlo á las leyes generales. Esto está apoyado y va conforme con los principios de régimen, conservacion y perfeccion de cada sociedad; y los de su independenciam y soberania respectiva. Tambien está conforme con lo que prescriben las relaciones de ambas sociedades, sin usurparse y causar motivos porque se rompan ó alteren dichas relaciones.

Lo mismo decimos en cuanto á la tercera de las solemnidades, esto es, encuan to al papel sellado; pues los argumentos puestos sobre la presencia de testigos, son extensivos á esta. Respecto á los testamentos militares; el art. 4.º del tit. 11. trat. 8.º de las ordenanzas, dice que: „será válida la disposicion del militar, escrita en cualquiera papel, ya sea en guardacion, cuartel ó marcha: menos cuando pudiere testar por ante escribano;” esto confirma lo que hemos dicho hace poco al hablar sobre la segunda solemnidad.