

por lo que en el §. 34. *Inst. De legat.* se llama elegantemente á la institucion de heredero *principio y fundamento de todo el testamento*. Y ciertamente, debiéndose en el testamento disponer de todos los bienes, §. 490., y siendo heredero el que sucede en todos ellos, es evidente que nunca debe omitirse en el testamento la institucion de heredero. De aquí es, que si uno haciendo testamento lega mil reales á su hermano, diez mil á su primo, una biblioteca á Pedro, los prados, las tierras y casas á Juan, y así va dejando legados y fideicomisos, mas no designa heredero, no hace testamento, sino codicilos. Se pregunta pues, ¿cómo se ha de instituir heredero? En nuestras leyes se requieren precisamente las palabras imperativas ó sus equivalentes: *Pedro sea heredero; quiero que sea heredero Pedro*. Por tanto si uno dijese: *ruego á Pedro, mi heredero, que entregue la herencia á Juan*; este no seria heredero directo y ordinario, sino fideicomisario, porque no hai aquí ninguna palabra imperativa y directa. La razon de exigir nuestras leyes semejantes palabras imperativas, viene de que antiguamente se hacian los testamentos en los comicios calados ó convocados, y por tanto eran leyes, §. 486.; y las leyes no se dictan con palabras de súplica, sino imperativas: *haz esto, no*

valga el testamento en cuanto á las mandas y otras cosas que contiene, aunque el testador no haya nombrado heredero alguno, y que entónces herede aquel, que segun Derecho y costumbre habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, y que este se cumpla, etc.

hagas esto otro. Por tanto ya entenderemos fácilmente por qué en las XII Tablas *legar* significa testar, pues la palabra *legar* viene de *lex*, verificándose que hacemos como una lei, cuando dejamos algo en el testamento, segun dice Ulpiano, *Frag. tit. 24. §. 1.*

§. CDXCIV. Pasamos á las solemnidades *esternas* de los testamentos, las cuales pertenecen á la forma de ellos, y son muchas. La primera de ellas es la *unidad de acto*; y se dice que en el testamento hai unidad de acto, 1º si se celebran todas las solemnidades en un mismo tiempo, y no se interrumpe el acto de testar; y 2º si se ordena el testamento sin mezclar otro acto alguno. De aquí es que si hoi firman ó ponen el sello tres testigos, y mañana cuatro, no vale el testamento, porque no es hecho en un acto, *L. 28. C. De test.* Asi tambien, si empieza el testador á testar y á manifestar su última voluntad, y en seguida interrumpe este acto, celebrando un contrato con alguno de los testigos presentes, y concluido, prosigue su testamento, no adelantanta nada, porque falta la unidad del acto, *L. 20. ff. De V. S.* Mas por lo que toca á lo primero, debe entenderse civilmente; pues si al testador ó al testigo le ocurre algun impedimento breve y momentáneo, por ejemplo, si da un desmayo al testador, ó el testigo tiene que satisfacer alguna necesidad natural, no por eso se entiende al punto interrumpido el acto, *L. 28. C. De testam.* Pero ¿por qué exige esto tan escrupulosamente nuestro Derecho? La razon se hallará tambien en el testamento que se hacia en los comicios convoca-

dos. Interrumpidos los comicios, ó por agüeros sinietros, ó por enfermedad que sobreviniese, ó por intervencion del tribuno de la plebe ó de los magistrados, lo que en ellos se había acordado, no valía y era lo mismo que si nada se hubiese dispuesto. A imitacion de esta costumbre, tambien los testamentos debian hacerse en un acto, aunque ya no se hiciesen convocados los comicios, como dijimos en la citada *Orat. inaug.*

§. CDXCV. Otra solemnidad eterna era la *presencia de siete testigos*. Se requieren precisamente 1º siete testigos, no por alguna razon misteriosa, sino para representar las personas que entraban en el testamento por la balanza y moneda, á saber, cinco testigos, el antestado y el libripende; pues el comprador de la herencia representaba al heredero. 2º Los testigos deben ser *rogados* (1), pues no basta que de paso y casualmente estén presentes siete testigos, sino que se les ha de rogar y hacérseles saber, que el testador quiere hacer testamento, y que sean convidados para que asistan y suscriban. Y por qué esto? Otra vez debemos recurrir á los comicios convocados, pues tambien en estos era necesaria la súplica solemne: *queréis, mandáis,*

(1) En España ni en el testamento nuncupativo, ni en el escrito se necesita que los testigos sean rogados, por cuanto las *LL. 1 y 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* que explican las solemnidades que se deben observar, no hacen mencion de que sean rogados los testigos. Por consiguiente queda corregida la *L. 1. tit. 1. Part. 6.* y otras del mismo código, segun las cuales parecia necesario rogar á los testigos.

ciudadanos romanos, etc., como arriba advertimos, §. 487.; y aquella súplica á los testigos debe representar la solemne súplica de los comicios. 3º Tambien los testigos deben *ver* al testador, *L. 9. C. De test.*; lo cual parece exigir la misma razon, porque ¿qué cosa mas fácil que meterse uno en la cama del testador ya difunto, é instituirse heredero á sí mismo ó á los que él quiera, si los testigos no ven al testador? Por eso de noche son precisas luces, y si la cama está rodeada de cortinas ó pabellones, se han de descorrer tambien. 4º Los testigos deben ser capaces de *testamentifaccion*. Esta regla se halla espresa en el §. 6. *Inst. h. t.*; y unos entienden que se habla de la testamentifaccion activa, otros de la pasiva, y otros de una y otra; porque Teófilo ilustra aquella regla con esta paráfrasis: *aquellos que pueden instituirnos herederos, y ser instituidos por nosotros, tambien pueden ser testigos*. Empero de cualquier modo que se tome la regla, será falsa. Si se entiende la testamentifaccion activa, lo contradice el ejemplo de la mujer, que puede testar, y no puede ser testigo en el testamento. Si se interpreta la regla por la testamentifaccion pasiva, lo repugna no solo el ejemplo de la mujer, sino el del siervo, del infante, del impúber, que bien pueden ser instituidos herederos, y sin embargo no pueden servir de testigos al testador. Ultimamente si se abraza una y otra testamentifaccion, otra vez se opondrá la mujer, que puede testar y ser instituida heredera, y no obstante no vale para testigo, como dije. Por lo cual la regla se ha de entender de la

testamentifaccion que se hacia antiguamente en los comicios convocados, siendo su sentido : *todo el que antiguamente podia testar en los comicios convocados, tambien hoi dia puede ser testigo*. Así es verdadera la regla; y con ella fácilmente damos razon de por qué no puede ser testigo (a) *la mujer*, §. 6. *Inst. h. t.*, (b) *el impúber*, (c) *el siervo*, L. 20. §. 6, 7. ff. *Qui test. fac. poss.*, (d) *el furioso*, y (e) *el sordo-mudo*; pues todos estos no tenian derecho de asistir á los comicios, ni tampoco los pródigos, los cuales se comparan á los furiosos. Por otras razones no se admiten (f) *los ciegos*, porque no pueden ver al testador; lo cual ántes dijimos era necesario; (g) *ni los condenados á alguna pena por libelos infamatorios*, porque era tauta su vileza é infamia, que con razon no se les daba crédito en nada. El jurisconsulto Domicio Labeon propone á Juvenio Celso la cuestion, de si el que escribió el testamento (como hoi dia el escribano) puede firmar como testigo, L. 27. *Qui test. fac. poss.* Pero á Celso pareció tan necia esta cuestion, que en adelante todas aquellas en que no se halla razon de dudar, han solido llamarlas los jurisconsultos *cuestiones domicianas*. Últimamente, 3º *ninguno de los siete testigos debe estar unido ni al testador, ni al heredero con vínculo de potestad*; pues si en el testamento del padre fueren testigos sus hijos, ó si el testador instituyendo por heredero á Pedro, llamase á los hijos de este por testigos, serian testigos en propia causa; porque este negocio se entiende que se hace entre el testador y el heredero; y

el padre y el hijo se tienen en nuestro Derecho por una sola persona, §. 139. De lo cual inferimos, (a) que mucho ménos puede ser testigo el mismo heredero; mas no está prohibido (b) el testimonio del legatario, §. 40, 41. *Inst. h. t.* ni perjudica (c) que los mismos testigos estén unidos entre sí, tanto que hasta siete hermanos pueden dar testimonio en un testamento, é igualmente el padre firmando con el hijo, con tal que no estén unidos con el testador ó el heredero, §. 8. *Inst. h. t.*

§. CDXCVI. Las dos solemnidades que acabamos de esplicar, se requieren en el testamento escrito lo mismo que en el de viva voz. Siguen otras que solamente se observan en los testamentos escritos. Á saber, se requiere en tercer lugar, que *escriba* el testador el testamento, ó lo *firme*. Si él mismo escribe el testamento, se llama *hológrafo*; si un escribano escribe las tablas y el testador las firma, es igualmente válido que el hológrafo. ¿Qué se hace pues si el testador no sabe escribir? entónces debe añadirse un *octavo* testigo, que firme á nombre de aquel, L. 28. §. 4. *C. De test.*, pues en general siempre que se nota en el testador algun defecto que le impida desempeñar por sí mismo alguna solemnidad, se ha de añadir entónces un testigo supernumerario; de lo que veremos abajo un ejemplo en el testamento del ciego, §. 318.

§. CDXCVII. Llegamos á la cuarta y última solemnidad, que es la *suscripcion* y *sello* (1). La suscripcion

(1) Tambien en España para el testamento escrito ó cerra

debe hacerse de propio puño y letra, para que aparezca cada uno de los que han firmado el testamento, *L. 30. ff. Qui testam. fac. poss.* Y ¿qué sucede, si uno de los testigos no puede escribir? Entónces permiten algunos que uno de los testigos firme por los otros, pero sin razon, pues por la *L. 31. C. De test.* sabemos que solamente en los testamentos que se hacen en el campo, puede un testigo firmar por los otros: en las ciudades, donde no hai falta de hombres, se han de buscar personas hábiles, y por tanto que sepan escribir. En cuanto al *sello*, igual es que sellen los testigos con su anillo ó con el ajeno, puesto que todos pueden sellar con un mismo anillo, §. 5. *Inst. h. t.* (1). Hoi no hai ninguna

do son necesarios siete testigos con un escribano, todos los cuales y el testador han de firmar encima de la escritura del testamento, si supieren y pudieren; y si no supieren y el testador no pudiere firmar, deben hacerlo unos por otros, de manera que sean ocho firmas, y ademas el signo del escribano: el testamento hecho de otra manera no hace fe ni prueba en juicio, segun la *L. 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* Sin embargo en los testamentos que se hacen en el campo, si en el lugar del domicilio del testador no pueden hallarse siete testigos que sepan firmar, bastarán cinco, segun la *L. 6. tit. 1. Part. 6.*, que en este punto no parece corregida por dicha *L. 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* Véase á López en la *glos. 1. de la cit. L. 6.* Para abrir el testamento cerrado, es preciso presentarlo al juez, y que los testigos firmados en su carpeta reconozcan sus firmas, con abono de los muertos y ausentes, si bien estos deberán reconocerlas, cuando regresen.

(1) No siendo en España necesario este sello de los testigos, es enteramente inútil cuanto pueda decirse sobre este punto.

duda, porque lo mismo da que uno selle con un anillo ú otro molde cualquiera que tenga alguna figura; pero antiguamente se requería precisamente el anillo, como se manifiesta en la *L. 22. §. 5. ff. Qui test. fac. poss.* La razon se ha de tomar nuevamente de las antigüedades romanas. Todos los romanos tenían un anillo con el que firmaban los contratos y otras escrituras que hacían en los negocios civiles: tenían ademas otro molde de hierro fijado regularmente en una llave, con el que sellaban la despensa, las alhajas, botellas, etc., para que no pudiesen quitar nada los siervos; cuyas llaves con anillo para sellar, halladas en la Bélgica, nos las ha dado á conocer Just. Lips. en sus *Comment. ad Tacit. Ann. l. II. p. m.* 81. Para que alguno no creyese pues que era lo mismo marcar con el molde destinado á señalar las alhajas, que con el sello que se usaba en los negocios civiles, nuestras leyes requerían precisamente este último.

§. CDXCVIII. Hemos hablado ya de todas las solemnidades *internas* y *externas* que deben tener los testamentos; ahora se pregunta, si se requieren algunas otras. Se responde 4º que hoi es lo mismo escribir en cualquiera materia; antiguamente se escribían regularmente los testamentos en tablas de cera (1), cubrién-

(1) En España todos los testamentos ó codicilos cerrados, de cualquier género ó calidad que sean, se han de escribir en pliegos de papel del sello cuarto, porque han de servir de protocolos, aunque tambien podrán escribirse en papel comun, con la calidad de que los escribanos, despues de haberlo s

dolas luego con una tela, en la que firmaban por fuera los testigos. Hoi se escriben en pergamino ó papel, con tal que no sea *deleticio* ú *opitógrafo*, para que transmita lo que en él se escribe, *L. 6. §. ult. ff. De bon. poss.* Se llamaba papel deleticio, en el que se habia escrito algo, y despues se habia borrado lo escrito, como sucede con los palimpsestos; y papel opitógrafo aquel que estaba escrito por un lado, pues los romanos usaban del papel de Egipto, el cual era tan delgado que no se podia escribir en una y otra página sin transparentarse las letras; y esto debia evitarse para que no se oscureciese lo escrito. Por la misma razon advierten las leyes, 2º que el testamento no se escriba con cifras ni abreviaturas, sino con palabras enteras, para que fácilmente se lea, y no pueda darse mas de un sentido, *L. 6. §. ult. ff. De bon. poss.* Acerca de los fraudes que puedan hacer los herederos y legatarios, si el escribano usa de semejantes cifras ó abreviaturas oscuras, puede servir el ejemplo que Suetonio, *in vit. Galb. c. 5.*, trae de este emperador. 3º Advertimos que es indiferente que se escriba el testamento en una ó en otra lengua, *L. 21. §. ult. L. 45. C. De test.* Antiguamente era distinto, pues las cosas que eran de Derecho civil,

abierto, saquen copia del protocolo escrita en pliegos todos del papel del sello cuarto, y habiéndolo testificado, se pongan en el registro con el protocolo original, segun lo dispuesto por la *L. 11. tit. 24. lib. 10. Nov. Recop.*, cuyos capítulos 50, 51, 52 y 54 hablan del papel en que deben escribirse las diversas clases de testamentos.

no podian explicarse sino en lengua latina; así como las de Derecho de gentes en cualquiera, *L. 8. ff. De acceptil.*; por lo que tambien los testamentos debian escribirse en lengua latina, *L. 20. §. Veteres. ff. Qui test. fac. poss.*; y ni aún el legado podia dejarse en griego, aunque sí el fideicomiso, Ulpian. *Frag. tit. 25. §. 9.* Mas, como dije, esto se ha enmendado por las leyes posteriores, de manera que hoi puede usarse de cualquiera lengua.

§. CDXCIX. Perteneciendo lo que hasta aquí hemos dicho, mas bien al testamento escrito que al de viva voz, falta saber, qué se requiere especialmente en los testamentos de viva voz. Se responde 1º que deben estar presentes siete testigos hábiles y rogados, igualmente que en el testamento escrito. 2º No solamente deben ver al testador, sino oirle y entenderle. No puede pues ser testigo el sordo, ni el extranjero que ignora la lengua del testador. La razon es, porque aquí no consta la voluntad del testador de la escritura, sino del testimonio de los testigos que están presentes; y así es que en el testamento de viva voz, muerto el testador, se obliga á los testigos á declarar con juramento acerca de la verdad del testamento, Men. *Decis. part. IIII. dec. 13.* Y ¿cómo habia de jurar el extranjero que esta era la voluntad del testador, si no la entendió? 3º Á presencia de los testigos, con voz clara é inteligible debe manifestar el testador su voluntad en un solo acto. Aquí ocurre una cuestion delicada, de si vale tambien el testamento en que no se expresa heredero, sino que el tes-

tador se refiere á una cédula encerrada en cierta parte, por ejemplo : *instituyo por heredero á aquel, cuyo nombre se halle despues de mi muerte en esta arquilla*. Brunemano á la *L. 77. ff. De her. inst.*, Stryck. *Cautel. test. c. 16. §. 25.*, y otros juzgan que puede hacerse tal testamento, que llaman *misterioso, relativo, implícito*, apoyados únicamente en la *L. 77. ff. De hered. instit.*, donde hai el caso de haber escrito el testador : *aquel á quien hago heredero en los codicilos, perciba lo restante de la herencia* : ¿ por qué pues no ha de poderse decir tambien, *sea heredero aquel á quien dejo nombrado en la arquilla*? Sin embargo á mi juicio es absurda esta induccion ; pues (a) el testamento y codicilos se tienen por última voluntad, y estos reciben fuerza de testamento, y siguen el derecho de él, *L. 3. §. ult. L. 46. ff. De codicill.*; mas no puede decirse lo mismo de la cédula encerrada en la arquilla. (b) Nuestros autores fingén que puede hacerse testamento sin espresarse el nombre del heredero ; mas en la *L. 77.* estaban señalados los herederos, solo que al disponer de unos pocos bienes que aún no se habian espresado, escribió el testador que fueran de aquel que nombrase en los codicilos. (c) Claramente contradice estas autoridades el testo de la *L. 21. pr. ff. Qui test. fac. poss.*, donde se dice : *que los herederos ó deben nombrarse claramente, para que se oiga, ó deben señalarse por escrito*. Y ¿ acaso se escribe ó nombra claramente heredero, cuando se hace referencia á un papel suelto? *L. 29. C. De test.* Se agrega, 4º que

sin razon llaman estos jurisconsultos *misterioso* semejante testamento, pues los griegos llaman así á todo testamento escrito, no porque no esté espreso en él el heredero, sino porque ignoran quién es. Por tanto los buenos jurisconsultos desechan con razon esta especie de testamento inventado por Brunemano y otros.

§. D. [Segun nuestras leyes, si el testamento nuncupativo, que llamamos abierto, se hace por ante escribano, bastan tres testigos que sean vecinos del lugar donde se hace el testamento ; pero si se hace sin escribano, se necesitan cinco testigos tambien vecinos. Y si en dicho lugar no pudiere hallarse escribano ni cinco testigos, entónces bastarán solo tres, que sin embargo deben tener el requisito de vecindad. Mas si se ordenase el testamento á presencia de siete testigos, será válido, aunque no sean vecinos, ni se haga por ante escribano, con tal que concurren las demas circunstancias requeridas por Derecho, segun la *L. 4. tit. 48. lib. 40. Nov. Recop.* Antonio de Tórres, §. 40. *Inst. h. 1.*, y Gómez á la *L. 3. de Toro, núm. 47.* quieren que este testamento sea válido, si se hace á presencia de tres testigos, aunque no intervenga escribano, no obstante que pudiera hallarse en el lugar ; y se fundan en que los testigos tienen igual fuerza que los instrumentos, y en que las pruebas, especialmente cuando se trata de testamentos, no se deben restringir, sino ántes bien ampliar. Sin embargo esta opinion parece contraria á las siguientes palabras de dicha *L. 4* : *y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en dicho lu-*

gar; las cuales manifiestamente llevan el carácter de condicion. Además, admitido dicho parecer de los doctores, fuera del todo superfluo y aún capcioso el primer caso de la misma *L. 4.*, en que se requieren tres testigos con un escribano, si este nunca fuese necesario. Así que no obrará con prudencia el testador que pudiendo llamar escribano, no lo hace, y se contenta con solo tres testigos. — Tampoco aprobamos la razón con que Covarrúb., *cap. 10. De testam. núm. 3.*, intenta probar ser bastante que el testamento nuncupativo se haga por ante escribano y dos 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 además su autoridad y fe pública, cuando según dicha *L. 4.* suple el número de dos testigos. Aunque es cierto que según 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. Además 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 razón advierte y prueba el citado Gómez á dicha *L.*

3. *núm. 56, 60 y 61.*, que la misma solemnidad se requiere 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 §. 44.)*]

TÍTULO XI.

DEL TESTAMENTO MILITAR.

§. DI. Nada es mas conforme á las reglas de buen método, que sentada una regla, explicar 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 legislación romana son ó *solemnes*, en los cuales no se ha de omitir ninguna de las solemnidades explicadas 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.