



FONDO  
ABELARDO A. LEAL LEAL

119

E8

G6

V.2

## LIBRO TERCERO.

DE LAS SUCESIONES.

1. La muerte de una persona extingue con ella todos los derechos de familia, mas no los que tiene *en ó á* las cosas, los cuales pasan á otros individuos, á excepcion de los que son puramente personales. De aquí proviene que el patrimonio del que muere sea considerado como una universalidad, esto es, como un todo jurídico á que se da el nombre de *sucesion* ó de *herencia*. La sucesion, por lo tanto, se compone, no sólo de los derechos, sino tambien de las obligaciones del difunto, cuya representacion pasa por su voluntad ó por disposicion de la ley al que está llamado á reemplazarle, á quien damos el nombre de *heredero*: de aquí dimana la division de la sucesion en *testada* ó *testamentaria*, é *intestada* ó *legítima* ó *abintestato*. Mas como es permitido tambien al testador dejar cosas singulares, resulta que hay además una clase de sucesiones parciales denominadas *mandas*, que constituyen una parte interesante de este tratado. Por último, viene á completarlo la sucesion en las vinculaciones, esto es, en los bienes ligados por la voluntad de su fundador, autorizada primero por la costumbre y despues por la ley, para hacer llamamientos perpétuos de sucesores; materia cuya importancia ha disminuido considerablemente, y que con el tiempo no la tendrá sino bajo el aspecto histórico, á consecuencia de las leyes de desamortizacion.

## TÍTULO PRIMERO.

### De la sucesion testamentaria.

#### SECCION PRIMERA.

##### DE LOS TESTAMENTOS Y CODICILOS.

###### § I.

###### Sus requisitos.

2. Hija de la libertad del hombre y derivacion de la propiedad, la facultad de hacer testamento no es una creacion de la ley civil, que debe limitarse á dictar reglas para el ejercicio de este derecho, y á ponerlo en armonía con los derechos de la sociedad (1). Abolir los testamentos y convertir el Estado en heredero legal, como han pretendido espíritus extraviados, seria un verdadero despojo y una inicua confiscacion. Grandes son las ventajas que resultan de la facultad de testar. En ella hallan los testadores un medio de premiar la virtud y los servicios que se les prestan, ejerciendo una especie de magistratura doméstica; y las personas llamadas á la sucesion ó que tienen esperanza de serlo, hallan tambien un estímulo en el agradecimiento y aun en el interés, para ser apoyo de aquéllos en la ancianidad y su consuelo en las adversidades. Además, sin los testamentos, la sociedad sufriria graves perjuicios con la disipacion de las fortunas, que se verifica-

(1) Tan justa y elevada idea tenia Leibnitz de la facultad de testar, que fijó su fundamento en la inmortalidad del alma. Hé aquí las palabras de este gran filósofo: *Testamenta vero, merò jure nullius essent momenti nisi anima esset immortalis. Sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum; quos vero heredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam.*

ria frecuentemente en todos los casos en que los particulares miraran con odio, y aunque sólo fuese con indiferencia, al heredero que la ley les designaba. Tan arraigada está en la conciencia humana la idea del derecho que el hombre tiene de disponer de sus bienes para despues de la muerte, que son muy pocos los pueblos en que no se haya reconocido. Así es que su origen se pierde en la noche de los tiempos, sin que se puedan distinguir la época ni el país en que ha comenzado el uso de este derecho (1).

3. Testamento es *un acto solemne, revocable, en el que se dispone de los bienes para despues de la muerte* (2). Los testamentos

(1) En Egipto se conocieron los testamentos; fueron conocidos tambien en Atenas y en las demás repúblicas griegas; y en Roma, sabido es de todos cuán amplia, y aun pudiera decirse cuán ilimitada era la facultad de testar que segun las leyes de las Doce Tablas correspondia al *pater familias*.

Si los germanos, ántes de establecerse en las provincias del imperio, y otros pueblos no civilizados, no tuvieron idea de esta institucion, consistió principalmente en que tampoco existia entre ellos la propiedad individual inmueble, prefiriendo aquellas tribus los peligros de la guerra y las fatigas de la caza, al cultivo pacífico de los campos; considerando, segun dice Tácito, cobardía y flojedad adquirir con el sudor lo que podian adquirir á costa de su sangre. Sin embargo, no se les ocurrió la singular idea de adjudicar á la tribu los bienes de los que morian, como á algunos soñadores de los tiempos modernos se les ha ocurrido la de proponer su adjudicacion al Estado, puesto que les sucedian sus hijos en primer lugar, y á falta de hijos, sus hermanos, tios paternos y maternos.

(2) En materia de sucesiones testamentarias, el testamento es la ley principal por la que deben resolverse las cuestiones que se susciten acerca de la inteligencia de todas y cada una de sus cláusulas, las cuales se deben examinar aisladamente y en conjunto, relacionándolas entre sí; y en todo testamento, la voluntad del testador es la ley que siempre debe aplicarse en todo lo que no ofenda á la moral ni al derecho, y ha de ser cumplida en todas sus disposiciones, no siendo ménos obligatorias las relativas á los legados que las concernientes á la institucion de heredero: principio de derecho repetidamente declarado por numerosas sentencias del Tribunal Supremo, pero no tan absoluto que no se halle limitado por las leyes que imponen ciertas prohibiciones á los testadores, como tendremos ocasion de ver en el lugar correspondiente. Las palabras con que el testador expresa su voluntad, deben entenderse llanamente, así como ellas suenan, á no aparecer ciertamente que aquella voluntad fué otra, que *no suena como las palabras que están escritas*. (Ley 5.<sup>a</sup>, tit. XXXIII, Part. VII, y diversas sentencias del Tribunal Supremo; entre otras, las de 28 de Junio de 1864,

son *nuncupativos* ó *abiertos*, y *escritos* ó *cerrados* (1): son también *comunes*, ó *privilegiados*. En los *nuncupativos* es manifiesta y pública la voluntad del testador; en los *cerrados*, oculta y reservada.

4. *Testamento nuncupativo*.—El testamento *nuncupativo* ó *abierto* es el que se hace expresando el testador ante las personas que concurren á su otorgamiento, cuál es su voluntad postrimera (2). Aunque en él no es de esencia que se reduzca desde luego á escritura pública, suele hacerse para conservar más íntegra la memoria del acto. Es válido el testamento *nuncupativo* ó *abierto*, hecho de cualquiera de los modos siguientes: 1.º Con escribano y á presencia de tres testigos, vecinos del lugar donde se hiciera (3). 2.º Sin escribano, pero asistiendo cinco testigos de la mis-

de 4 de Abril de 1871, de 22 de Febrero, 15 de Junio y 4 de Noviembre de 1872, 3 de Marzo de 1873, 3 y 7 de Enero y 4 de Febrero de 1874, 24 de Enero de 1876, 6 de Marzo de 1879 y 22 de Mayo de 1880.)

(1) Ley 1.ª, tít. I, Part. VI.

(2) La forma de los testamentos y demás disposiciones *mortis causa* se rige por las leyes especiales, segun las cuales y la jurisprudencia que las completa, la eficacia de los testamentos *nuncupativos* consiste esencialmente en la abierta ó paladina manifestacion de la voluntad del testador, ya la anuncie oralmente, ya por la lectura de un papel, cédula, apunte ó memoria, siendo de todo punto indiferente que la lea por sí mismo ó la mande leer á otra persona, con tal que despues de leida le oigan el escribano, si asistiere, y siempre el competente número de testigos, que aquel es su testamento ó última voluntad, dando fe el escribano, cuando asista, de conocer al testador. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de Diciembre de 1861, y de 31 del mismo mes de 1878.)

(3) El escribano ha de ser del número del pueblo en que el testamento, ya *nuncupativo*, ya escrito, se otorgare; pero no habiéndole, basta cualquiera otro, aunque no tenga la misma cualidad. En la actualidad, segun lo dispuesto en el art. 8.º de la ley de 28 de Mayo de 1862, los notarios pueden ejercer indistintamente dentro del partido judicial en que se halle su notaria; en la inteligencia de que, las poblaciones en donde hubiere más de un juzgado de primera instancia, se reputarán para este efecto como un solo partido judicial; por consiguiente, no habrá precision de que el notario sea del número del pueblo en que el testamento se otorgare. Esta disposicion, sin embargo, no se extiende á los que eran depositarios de la fe pública al tiempo de la publicacion de la ley, ni á los antiguos notarios de reinos sin asignacion fija, segun la real orden de 27 de Junio de 1862. Por

ma vecindad. 3.º Con tres testigos vecinos, no habiendo en el pueblo cinco con esta calidad, ni escribano. 4.º Con siete testigos, sean ó no vecinos, teniendo las otras cualidades que el derecho requiere, aunque no asista escribano (1). Los testigos han

la ley 7.ª, tít. XXIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, se establece, que sólo se puedan otorgar testamentos ante los escribanos reales, en los pueblos en que no los hubiere de número, ó en los lugares en que estuvieren la córte y chancillerías. Despues de la ley de 28 de Mayo de 1862, los notarios son los que únicamente están autorizados para dar fe de los asuntos y demás actos extrajudiciales, á excepcion de los escribanos y notarios que á la publicacion de aquella ley intervenian en los actos judiciales, pues continuarán desempeñando uno y otro cargo, mientras no vacaren natural ó legalmente. (Art. 1.º y disposicion 1.ª transitoria de la expresada ley.) Empleamos con mucha frecuencia la palabra *escribano*, por acomodarnos á la nomenclatura de nuestras leyes, especialmente de las Recopiladas.

La palabra *vecino*, aplicada á los testigos, se toma aquí en su significacion más lata; así es, que está declarado que debe considerarse como tal el criado doméstico del testador, así como también todas las personas residentes en el lugar del otorgamiento. (Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, de 17 de Setiembre de 1858, de 29 de Diciembre de 1859, y de 17 de Enero de 1868.) Opina, sin embargo, algun escritor moderno, que para la calificacion de vecino se ha de atender á lo dispuesto por la ley municipal; opinion que no admitimos por considerarla opuesta á lo establecido en ley de Partida, y por hallarse en contradiccion con la doctrina del Tribunal Supremo, en las citadas sentencias de 29 de Diciembre de 1859, y de 17 de Enero de 1868. Pero no puede negarse la circunstancia de vecindad á los que pertenecen á un mismo distrito municipal. (Sentencia de 19 de Mayo de 1877.)

(1) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Aunque haya notario en el pueblo en que se hace el testamento, basta para su validez la presencia de cinco testigos vecinos, segun decimos en el texto. La ley está clara y terminante en el particular, y así se ha aplicado por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de Enero de 1860 y en otras anteriores y posteriores; entre ellas, la de 9 de Febrero de 1880. La ley no exige la necesidad de que se intente, principie y concluya el ordenamiento de un testamento *nuncupativo* bajo las prescripciones de una sola de las maneras de hacerle, ni prohíbe que se sustituya por otra. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de Diciembre de 1861.) También se halla decidido que cuando el escribano otorgante es de buena fama y el testamento tiene todas las formalidades externas que la ley exige, no le invalida el que los testigos instrumentales digan que no lo fueron del testamento, ó que no se dispuso lo que en él se expresa; y aún ménos puede

de ver, oír y entender al testador, á fin de evitar falsedades que

producir este efecto cuando aseguren haberlo sido, aunque difieran en algunos accidentes acerca de su contenido, ó si estamparon en él sus firmas. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de Diciembre de 1869 y 28 de Diciembre de 1872.)

Cuando hay exceso de testigos en un testamento, queda éste válido si concurrieron á él los señalados por la ley, aunque se eliminen por alguna tacha los que sobrasen del número legal. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 6 de Febrero de 1866 y 27 de Octubre de 1877.) Mas la cédula en que se expresa que para otorgarla estuvieron presentes los cuatro testigos que en ella se mencionan, no tendrá fuerza de testamento nuncupativo, sin que á este número pueda agregarse el que despues declaró que, habiendo acudido para socorrer en su enfermedad al testador en los momentos de otorgarse el testamento, presencié el acto. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de Mayo de 1872.) Por último, debemos advertir que lo dispuesto en la ley del notariado, relativamente á la forma de los instrumentos públicos y al número y cualidades de los testigos, no es aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*. (Art. 29 de dicha ley.) Además, de conformidad con la ley, se declaró por el Tribunal Supremo en 29 de Noviembre de 1876, que las últimas voluntades han de hacerse constar en las diferentes formas especiales determinadas al efecto, y no por pruebas testificales supletorias.

*Aragon.*—El testamento abierto se hace en Aragon ante un escribano y dos testigos. (Obs. 26, *De gener. privileg.*, lib. VI.) Segun la inteligencia dada por el Tribunal Supremo de Justicia á dos fueros de Aragon, uno de 1528 y otro de 1678, basta que el testador y los testigos suscriban con su firma y rúbrica el testamento otorgado ante escribano, sin que éste tenga obligacion de firmarle y signarle, y si sólo la de escribir de su puño y letra la primera y última línea, rubricando además la penúltima y última del mismo. El fuero de 1413, *De forma instrumentorum testificandorum*, como anterior á dichos fueros, ha quedado modificado por ellos. (Sentencia de 27 de Setiembre de 1875.) Cuando no hay notario en el pueblo, ó el testador se halla enfermo de tal gravedad que no puede esperarse su llegada, es válido el testamento que se otorga ante el párroco y dos testigos vecinos del lugar, con tal que despues sea *adverado* en los términos y con las formalidades que establecen los fueros: circunstancias tan indispensables, que su omision puede dar lugar á que el testamento sea declarado nulo. (Fuero 1, 2 y 3, *De testam.*; Molinó, Portoles; sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de Setiembre de 1863 y 20 de Marzo de 1866.) Y tambien está declarado por el mismo Supremo Tribunal, en sentencia de 24 de Marzo de 1865, que para que un papel privado pueda ser tenido por testamento, es necesario, segun fuero de Aragon, que se haya otorgado ante notario

en otro caso se podrian cometer (1). La unidad del acto (*uno con-*

ó escribano público y dos testigos, ó en defecto de notario, ante el cura párroco é igual número de testigos.

*Cataluña.*—El testamento nuncupativo ha de otorgarse en Cataluña ante dos testigos rogados al efecto por el testador, y su presencia ha de ser continua hasta la terminacion del acto, ó sea hasta que la escritura quede otorgada y firmada por los concurrentes, debiendo el notario extenderla y formalizarla inmediatamente en su registro. No habiendo escribano, puede otorgarse ante los curas párrocos ó sus tenientes en sus respectivos territorios, y además dos testigos llamados al efecto, haciéndolo en el papel sellado correspondiente. (Reales cédulas de 29 de Noviembre de 1736, de 24 de Julio de 1755 y de 29 de Noviembre de 1836, y sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1861 y de 28 de Diciembre de 1872.) Tan indispensable es la asistencia de escribano si pudiere ser habido, que por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 11 de Diciembre de 1855, se consideró nulo un testamento otorgado en Barcelona á presencia de tres testigos varones, no rogados, y dos mujeres, por no haberse hecho constar que se practicaron diligencias para hallar más testigos idóneos, y por no haberse observado los requisitos que para la formalizacion de testamentos nuncupativos exige el derecho de Cataluña, ó en su defecto, el canónico y romano. (Sentencia de 11 de Diciembre de 1855.) La voluntad expresada por un ciudadano de Barcelona ante testigos, bien verbalmente, bien por escrito, tiene fuerza de testamento, siempre que con arreglo al cap. XLVIII del privilegio *Recognoverunt proceres*, juren sobre el altar que así lo vieron ú oyeron escribir ó decir como se contiene en dicha escritura, ó última voluntad, verbalmente expresada por el testador. Este testamento se llama *sacramental*. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de Junio de 1864.)

*Navarra.*—El testamento nuncupativo debe hacerse en Navarra ante escribano y dos testigos: no habiendo escribano, se ha de otorgar á presencia del cura ó de otro clérigo, y de dos testigos; mas si tampoco hubiere clérigo, han de asistir precisamente tres testigos convecinos del testador, que no sean parientes ó criados de los herederos ó de personas que tengan interés en la herencia. (Cap. XX, lib. III del Fuero, y ley 10, título XIII, lib. III de la Novísima Recopilacion de Navarra.) Las personas amenazadas de muerte ó heridas de arma, no hallando testigos, podian declarar su voluntad ante un clérigo de buena fama y opinion. (Cap. IX, título XX, lib. III del Fuero.)

*Vizcaya.*—El testamento hecho en lugares de montaña en presencia de tres testigos, dos varones y una mujer, que sean de buena fama y rogados para este efecto, es válido, observándose algunas otras formalidades establecidas en la ley 4.<sup>a</sup>, tít. XXI del Fuero.

(1) En el testamento nuncupativo ordenado ante escribano público, es

*textu*) parece una circunstancia indispensable para la validez del testamento hecho de palabra (1).

5. *Testamento cerrado*.—Es el que se *hace expresando el testador su voluntad de un modo reservado en una escritura cerrada*. Para ordenar un testamento escrito, ó sea cerrado, han de concurrir á lo ménos siete testigos y escribano. La calidad de vecinos parece indispensable en los testigos, pues aunque la ley no lo expresa, no puede ser otro su espíritu, en atención á que su objeto fué asegurar la autenticidad del testamento escrito, aumentando el número de testigos, y no el variar las circunstancias de éstos. El testador les presenta cerrado el testamento, que ha de ser firmado en la cubierta por él y los testigos, llevando también el signo del escribano. Pero si aquél no pudiere y los testigos no supieren ó no pudieren, han de firmar los unos por los otros: el que no supiere escribir no puede hacer testamento cerrado (2). Las palabras que la ley usa ha-

indispensable para su validez que los testigos presentes á lo *ver otorgar* se enteren de su contenido, leyéndoseles íntegramente á presencia de los otorgantes, y sin que pueda serles reservada parte alguna del mismo, con arreglo á la ley 1.<sup>a</sup> de los títulos XVIII y XXIII, lib. X de la Novísima Recopilación. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de Mayo de 1864.)

(1) Párrafo II del art. 1953 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

*Aragón*.—Segun el fuero, el testamento puede hacerse en diferentes intervalos. (Obs. 10, *De testamentis*.)

*Cataluña*.—En esta provincia es necesaria la unidad de acto para la validez del testamento, de conformidad con lo dispuesto por la legislación romana. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de Octubre de 1861.)

(2) Por la ley 2.<sup>a</sup>, tít. I, Part. VI, no habia necesidad de que supiera escribir el que hacia testamento cerrado, pues podia encargar á otra persona la redacción de su última voluntad. La ley 3.<sup>a</sup> de Toro (ley 2.<sup>a</sup>, título XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación), limitando este derecho al que sabia escribir, aunque no pudiera, trató de evitar los fraudes á que en otro caso se daria lugar, y de alejar la facilidad de suplantar las postre-ras disposiciones. Sin embargo, no todos los autores han dado esta explicación; nosotros hemos adoptado la que nos ha parecido más segura y aceptable.

Diferentes son también las opiniones de los jurisperitos respecto á la cuestion de si el que sabe escribir podrá encargar á otra persona que escriba por él su testamento. Nosotros no hallamos inconveniente en la resolución afirmativa, puesto que el testador puede asegurarse de que no

cen creer que no han de ser ménos de dos los testigos firman-

se falsea su última voluntad; y en este sentido se halla también resuelta esta cuestion en una sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de Julio de 1868, así como en otra de 10 de Julio de 1873, en que se declara que no tiene importancia el que haya sido escrito el testamento por uno de los herederos ó legatarios, con tal que reuna todos los requisitos exigidos por la ley 2.<sup>a</sup>, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación. La ley 2.<sup>a</sup>, tít. I, Partida VI, habia establecido que el testador que supiera escribir debia extender por su mano el testamento; pero la ley 2.<sup>a</sup>, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación, á que debemos atenernos, no exige semejante formalidad.

Posteriormente á la 12.<sup>a</sup> edición de esta obra, de la cual reproducimos literalmente los dos anteriores párrafos, el Tribunal Supremo dictó una sentencia con fecha de 6 de Abril de 1877, que se opone abiertamente á nuestra opinion. En ella se declara, que la ley 2.<sup>a</sup>, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación no prohíbe que firme uno de los testigos por el testador que no sabe hacerlo, sino que, ántes bien, lo dispone en las siguientes palabras: «*Y si no supieren, y el testador no pudiere, que los unos firmen por los otros*.» En estas frases el Tribunal ve comprendidos, respecto al testador, los casos de impotencia y de ignorancia, sin que en ellas se haga tampoco distinción entre testigos y testador. Nosotros, por el contrario, hallamos clara y evidente esta distinción en la ley. «*Mandamos, dice, que intervengan á lo ménos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura de dicho testamento, ellos y el testador, si supieren ó pudieren firmar, y si no supieren (ellos, los testigos), y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros*.» Esta contraposición entre los testigos que no saben y el testador que no puede, indica suficientemente, que la facultad de suplir la falta de firma de éste por medio de la de un testigo está limitada al caso de impotencia y no se ha hecho extensiva al de ignorancia de la escritura. Esta es la interpretación que da Colon en su *Instrucción de escribanos* á las palabras de la ley: ésta la adoptada por Llamas; y es también la de varios modernos y notables jurisperitos y escritores de derecho, entre los cuales podemos señalar á los Sres. Gomez de la Serna, Viso, Alvarez, Garcia Goyena, Pacheco y Gutierrez, sin omitir un bien escrito artículo publicado en el tomo LI de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, firmado por el señor Ucelay. Si se hubiera tratado de la validez de un testamento otorgado por quien no sabia escribir, pero sí leer, podríamos juzgar aceptable la interpretación del Tribunal Supremo, porque no exponia al testador al peligro de que su voluntad fuese suplantada. Pero el que no sabe leer se halla en el mismo caso que el ciego: la razon que la ley ha tenido para prohibir al segundo otorgar testamento cerrado, existe para extender igual prohi-

tes (1), pero que tampoco hay necesidad de más. Se infiere también de lo dicho que el testimonio de los testigos y notario se limita sólo al otorgamiento ó escritura de la cubierta.

6. Tanto para la validez del testamento escrito como para la del nuncupativo, no es necesaria la institucion de heredero. Si alguno instituyere á otro, ó le mandare alguna cosa para que la

bicion al primero. Y no basta que, como dice Febrero, no haya riesgo de que se suplante una escritura por otra al que no sabe leer, pues segun acertadamente contesta Llamas y Molina, el peligro no está en la suplantacion material del papel ó instrumento, sino en la de su contenido, y esto no lo puede evitar el testador que no sabe leer, porque no le es posible enterarse de si en el testamento se ha expresado fielmente su voluntad. En apoyo de esta opinion, podemos todavía alegar otra autoridad en alto grado respetable, y es la de los ilustrados y distinguidos jurisconsultos que redactaron el proyecto del Código civil, en uno de cuyos artículos (el 602), quedan equiparados *el ciego y el que no sabe ó no puede leer*, prohibiéndose á uno y á otro otorgar testamento cerrado. Sentimos, pues, no poder estar conformes con la doctrina del Supremo Tribunal: reconocemos la justificacion é imparcialidad que inspiran siempre todas sus decisiones, y las respetamos por su alta procedencia; pero este respeto no llega hasta el punto de forzar nuestra conviccion, fortalecida además con la de tantos y tan ilustres jurisconsultos.

No puede alegarse como causa de nulidad la falta de algunas de las solemnidades que enumera la ley 2.<sup>a</sup>, tit. I, Part. VI, pues basta para la validez del testamento, que se cumplan las prescriptas en la ley 2.<sup>a</sup>, título XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 28 de Julio de 1846.)

(1) *Que los unos firmen por los otros.* (Ley 2.<sup>a</sup>, tit. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.)

*Aragon.*—En Aragon, el testamento cerrado se ha de entregar al escribano á presencia de dos testigos, quienes firman en la cubierta juntamente con el testador y el notario. (Fuero único, *Forma para testificar.*)

*Cataluña.*—También en Cataluña se ha de entregar el testamento por el testador al escribano á presencia de dos testigos, los cuales han de firmar en la cubierta. (Reales ordenanzas de 24 de Julio de 1755.) No se expresa si han de poner su firma el testador y su signo el escribano; pero de una resolucion del Consejo Real de 19 de Enero de 1833, se deduce que deben cumplirse igualmente estos últimos requisitos.

*Navarra.*—Aunque por las leyes de Navarra no se hace mencion del testamento escrito ó cerrado, tiene también lugar en la forma establecida por el derecho romano, que es el supletorio del de este antiguo reino.

dé á quien sustituyere en la herencia ó manda, si el heredero ó legatario no aceptare ó hiciese renuncia, *el sustituto lo podrá haber todo.* Válido será también el testamento y deberán cumplirse las mandas contenidas en él, aunque el heredero instituido haya muerto ántes que el testador, ó renunciado la herencia (1).

7. La rogacion solemne de los testigos, que era necesaria por las leyes de Partida, ha dejado de serlo en toda clase de testamentos, despues de las del Ordenamiento y de Toro que están recopiladas. Esta circunstancia, tomada del derecho romano, no influyendo en nada en la calidad de los testigos, ni en la mayor ó menor autenticidad del testamento, no se considera ya necesaria para la validez de las últimas disposiciones, ó cuando más, se reputa y presume que se ha cumplido por la simple lectura del testamento nuncupativo á presencia de los testigos, ó por las firmas de los mismos en la cubierta del cerrado ó escrito (2).

8. *Declaracion de pobre.*—La declaracion ó testamento de un pobre en que manifiesta que carece de bienes, como que es un verdadero testamento, debe tener las mismas solemnidades que éste. En esta última voluntad podrá el testador instituir herederos, sustituir, mejorar, dejar mandas, y disponer de la misma manera que podria hacerlo en cualquier otro testamento, refiriéndose á los bienes que puede adquirir en lo sucesivo.

(1) Ley 1.<sup>a</sup>, tit. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de Diciembre de 1864. Aunque la ley recopilada habla sólo del testamento nuncupativo, una interpretacion constante admitida en la escuela y en el foro, la hace extensiva al testamento cerrado: interpretacion que no puede negarse que está bien justificada, porque no hay en el particular razon de diferencia entre uno y otro testamento.

(2) Esta es la opinion de Palacios Rubios, de Matienzo, de Antonio Gomez, de Sala, y de Llamas y Molina, quien juzga, sin embargo, que la rogacion deberá tener lugar cuando el testamento nuncupativo se hiciere ante siete testigos que no tengan la cualidad de vecinos. La ley del Fuero Real que se cita en apoyo de la rogacion, así como las demás de este código no insertas en la Novísima Recopilacion, sólo obligan en los lugares en que fueren usadas y guardadas. Por otra parte, la falta de mencion de una solemnidad de esta especie en las leyes 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del tit. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, cabalmente al hacer profundas modificaciones en esta materia, es por lo ménos una presuncion de gran fuerza contra la existencia legal de este requisito.

9. *Testamento del ciego.*—El ciego sólo puede hacer testamento nuncupativo, lo que se sobreentiende sin género de duda, aunque la ley recopilada no lo dice expresamente (1). En él intervienen cinco testigos á lo ménos (2), que deben tener la cualidad de vecinos; porque aunque la ley no la exige de un modo terminante, se comprende bien que este es su espíritu, pues de lo contrario, este testamento resultaría con ménos garantías que las que ofrece el nuncupativo comun y ordinario. La ley tampoco exige la asistencia del notario; pero creemos que será muy conveniente no omitir esta circunstancia, para evitar dudas é interpretaciones (3).

10. *Testamentos privilegiados.*—Distintas son las formalidades que se emplean en los testamentos privilegiados. Estos son los que hecen aquellas personas que gozan de fuero de guerra. Pueden otorgarlos, bien sean nuncupativos ó escritos, en papel simple y firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlos por ante notario con las fórmulas y cláusulas de estilo. En la parte dispositiva pueden usar á su ar-

(1) La de Partida está terminante en este punto.

(2) Ley 2.<sup>a</sup>, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(3) Segun la doctrina del Tribunal Supremo, en el testamento del ciego es necesaria, además de la intervencion de cinco testigos, la asistencia de escribano, pues así es como deben entenderse las palabras de la ley 3.<sup>a</sup> de Toro, relativas á este testamento. (Sentencia de 13 de Junio de 1877.)

*Aragon.*—El Tribunal Supremo, considerando que los fueros y observancias de Aragon establecen las formalidades con que se han de otorgar el testamento comun y los privilegiados, tiene declarado que no está comprendido entre estos últimos el testamento del ciego, y que por lo tanto, es indudable que debe subordinarse á las reglas y solemnidades del comun. (Sentencia de 3 de Diciembre de 1878.)

*Cataluña.*—En el testamento del ciego se han de observar las mismas formalidades que prescribe el derecho romano, segun la opinion de Comes, Perera y Gibert. Y así está declarado por sentencia del Tribunal Supremo, fundada en que á falta de constitucion de Cataluña, debe régir el derecho canónico, y en su defecto el civil, decidiendo en su consecuencia, que para la validez del testamento del ciego es necesario que firmen los siete testigos presenciales al otorgamiento, además del escribano. (Sentencia de 21 de Mayo de 1845.)

*Navarra.*—Se observan las mismas formalidades que en el nuncupativo. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de Diciembre de 1867.)

bitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal (1).

11. *Codicilo.*—Codicilo es un acto ménos solemne, revocable, en que el testador dispone de parte de sus bienes para despues de

(1) Ley 8.<sup>a</sup>, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, declaratoria de lo que disponia el art. 4.<sup>o</sup>, trat. VIII, tít. IX de las Ordenanzas generales del ejército, segun el cual, siempre que el militar pudiese testar en paraje donde habia escribano, lo debia hacer con él segun costumbre. Y aunque la expresada ley no puede ser más clara y terminante, todavia se vino á reproducir lo dispuesto en ella, por Real orden de 17 de Enero de 1835. Tambien está declarado que los que disfrutaban este privilegio, nunca pueden perjudicar al heredero forzoso, dejando á otro los bienes castrenses, excepto el tercio en perjuicio de sus ascendientes, y el quinto en perjuicio de sus descendientes. (Art. 17 de las Ordenanzas generales del ejército.) Las Partidas reconocian tambien como testamentos privilegiados, los otorgados con *fe pública*, esto es, los otorgados ante el monarca; los que con autorizacion real otorgaban los incapacitados; los firmados por cinco testigos en poblaciones rurales poco numerosas, no pudiendo ser cerrados si todos los testigos no sabian escribir, y los que hacian los padres entre sus hijos ó descendientes legitimos. (Leyes 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, tít. I, Part. VI.)

*Aragon.*—En el testamento hecho en despoblado, á falta de testigos con las cualidades necesarias, bastará el testimonio de dos individuos mayores de siete años, y en su defecto, el del capellan que lo recibió y de una mujer de buena fama; pero debiendo adverarse en la forma legal. Mas á pesar de citarse en confirmacion de estas disposiciones un fuero y la observancia 26 *De general. privilegiis*, y de no hacer observacion alguna sobre ellas Franco y Guillén, que tambien las citan, nos parece muy dudoso que se hallen en práctica en el dia.

*Cataluña.*—El testamento del padre entre sus hijos debe hacerse conforme á los principios del derecho romano, segun la opinion más comun: sin embargo, esto era cuestionable y dió lugar á varios pleitos.

Mas por una sentencia del Tribunal Supremo, se han considerado válidos los testamentos ológrafos otorgados en Cataluña por los padres á favor de sus hijos, siempre que reunan los requisitos que exige la novela 107 de Justiniano, y conste legalmente la identidad de la letra y firma del testador; siendo tal su fuerza, que sólo pueden revocarse por otros perfectos y solemnes en que se haga expresa mencion de ellos. El testamento ológrafo en que la mujer del testador aparece como heredera con la obligacion de disponer de los bienes hereditarios á favor de los hijos, es válido tambien, porque en este caso la mujer es solamente heredera de *confianza*; institucion practicada en Cataluña. (Sentencia del Tribunal Supremo,