

mento otorgado con anterioridad á la fecha de promulgación del Código civil, por un pupilo en favor de su tutor, antes de aprobarse las cuentas de la tutela, á pesar de lo dispuesto en el art. 753 (1), como en el Derecho anterior no existía esta incapacidad relativa y apenas se vislumbraba un ligero germen de ella en el Fuero Juzgo, el tutor tendrá capacidad para suceder, aunque la disposición testamentaria se hubiere hecho antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de la tutela y muera ó no el pupilo ó testador después de su aprobación, en armonía, además de las citadas, con las reglas *primera* y *segunda* de las disposiciones transitorias.

§ 2.º

Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.

82. ENUMERACIÓN DE LAS APLICABLES Á LAS MATERIAS DE ESTE CAPÍTULO.—Son dichas *fuentes*:

Única. Los artículos del Código civil, insertos y explicados en este capítulo.

(1) Explicado en el núm. 62 de este cap.

SECCIÓN SEGUNDA

A. DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SUCESIÓN TESTADA (CONTINUACIÓN). SUS ESPECIES

CAPÍTULO VI

SUMARIO.—De la CONSTITUCIÓN de la sucesión testada ordinaria (Continuación). De la clasificación de las ESPECIES ó FORMAS de testar.

Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de la clasificación de ESPECIES ó FORMAS de testar.*—1. De las formas de testar: su clasificación.—2. Su concepto general, por resultado de las solemnidades.—3. Nomenclatura usual de éstas.—4. Precedentes romanos.—5. Las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, y las leyes de Toro y Recopiladas.—6. Clasificación de las formas de testar, según estas fuentes del Derecho anterior, con referencias iniciales al Código civil y explicación de cada una de ellas.—A. TESTAMENTOS COMUNES.—*a. Formas generales.*—1.º Abierto.—2.º Cerrado.—*b. Formas excepcionales.*—1.º Codicilo.—2.º Memoria testamentaria.—3.º Testamento mancomunado.—4.º Testamento con cláusula general ó especial *ad cautelam*, derogatoria de testamentos posteriores.—5.º Testamento por comisario.—6.º Testamento hecho de palabra.—7.º Testamento instituyendo fideicomiso con instrucciones reservadas al fiduciario sobre la aplicación y distribución de los bienes de la herencia.—B. TESTAMENTOS ESPECIALES.—Referencia á otro lugar.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—7. Memorias testamentarias.—8. Testamento mancomunado.—9. Testamento con cláusula derogatoria *ad cautelam*.—10. Testamento por comisario.—11. Testamento hecho de palabra.—12. Testamento instituyendo fideicomiso con instrucciones reservadas.

Art. II.—CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—13. Formas ó especies de testar.—A. *Subsistentes y válidas, según el Código.*—1.º Testamentos comunes.—2.º Especiales.—B. *Prohibidas en el Código.*—*a.* Testamento mancomunado.—*b.* Por comisario ó mandatario.—*c.* Memorias testamentarias.—*d.* Testamentos con cláusulas *ad cautelam*.—14. Criterio de transición.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—15. Memorias testamentarias.—16. Institución ó disposición de confianza con instrucciones reservadas.—17. Criterio de transición.

§ 3.º *Explicación.*—18. Novedades que, en orden á las formas generales y excepcionales de testar, resultan del Código civil, comparadas con el Derecho anterior.—19. Crítica general.—20. Distinción única en el Código, de testamentos *comunes* y *especiales*.—21. Especies de los comunes y su concepto respectivo (ológrafo, abierto y cerrado).—22. Variedades de los especiales: indicaciones generales acerca de su clasificación y referencia á otro lugar.—23. Resumen crítico de las novedades introducidas por el Código en las formas de testar, realizadas por adición, supresión y modificación.

Art. III.—RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición.*—24. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.*—25. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.

ART. I

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

§ 1.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de las ESPECIES Ó FORMAS de testar.

1. La sucesión testada en cuanto á sus *formas* ó instrumentos para realizarse, según el Derecho anterior al Código civil, puede ser clasificada en las siguientes *especies*:

1.ª *Formas generales*: testamento abierto ó nuncupativo y testamento común cerrado; y formas *excepcionales*, codicilos, testamentos mancomunados, por comisario, con fideicomisos de instrucciones reservadas, con cláusulas *ad cautelam*, especial ó general, derogatoria de testamentos posteriores y memorias testamentarias.

2.ª Testamentos *comunes*, todos los que se otorgaran en cualquiera de las formas *generales* ó *excepcionales*, antes mencionadas, siempre que no existiera alguna circunstancia singular de las que daban origen á los llamados testamentos *especiales*; y testamentos *especiales*, aquellos en los que concurría esa circunstancia que les *singularizaba* por razón de precepto expreso de la ley, como el testamento del ciego (1) y el del militar (2); toda vez que después de la ley única, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá (3), y de la 3.ª de las de Toro (4), desaparecieron los llamados testamentos *privilegiados*, el hecho en el campo ó el del aldeano, el del padre entre los hijos (5), y los codicilos (6).

2. La definición de cada una de estas formas *generales* ó *excepcio-*

(1) LL. 4.ª y 14, tít. 1.º, Part. VI y II, tít. 18, lib. X, Nov. Rec.

(2) LL. 7.ª y 8.ª, tít. 18, lib. X, Nov. Rec. y Ordenanza de 28 de Abril de 1739.

(3) L. 1.ª, tít. 18, lib. X de la Nov. Rec.

(4) L. 2.ª, tít. 18 de la Nov. Rec.

(5) Que lo era por la ley 6.ª, tít. 1.º, Part. VI.

(6) Por el Ministerio de Gracia y Justicia se expidió una Real Orden circular á los Presidentes de las Audiencias de Cuba, en 24 de Enero de 1841, encargando, se les hiciera saber á los escribanos públicos de sus respectivos territorios que, según las leyes 7.ª y 8.ª, tít. 3.º, Part. VI, la institución de herederos sólo podía hacerse en testamento ó codicilo, con el fin de evitar la práctica abusiva de omitir en los testamentos el nombre de los herederos, remitiendo su designación á lo que resultare de papeles que se encontraran en poder del testador, y de memorias testamentarias.

Esta disposición, limitada á las provincias de Ultramar, no tuvo en ellas eficacia alguna, ni en realidad era competente el Poder Ejecutivo para hacer semejante declaración.

nales de testar, y, por consiguiente, la determinación de las diversas variedades de esos testamentos *comunes* ó *excepcionales*, ó sea, de todas las manifestaciones que afectaron en el Derecho anterior al Código civil, las declaraciones de última voluntad, resultan de la explicación de las *solemnidades* de cada una de ellas.

3. Al efecto de evitar repeticiones en aquellas especies de los testamentos *comunes*, como el *abierto* y el *cerrado* que conserva el Código, queda reservado exponerlas, como inmediato precedente para los capítulos correspondientes, y sólo se enumeran aquí las que no se conservan en el Código, y respecto de las cuales faltaría luego oportunidad para tratar de ellas.

El testamento, y, en general, toda disposición testamentaria, ó sea todo acto de última voluntad, determinante de la sucesión *mortis causa*, cualquiera que fuere su especie ó forma, ya de las llamadas *generales* ó *comunes*, ya *excepcionales* ó *especiales* (1), pertenece á la categoría de los actos jurídicos que se dicen *solemnes*; es decir, que su existencia no es reconocida por el Derecho como creación jurídica eficaz, sino mediante el indispensable cumplimiento de todos los requisitos de *forma* preestablecidos por la ley, no sólo *ad probationem* sino *ad solemnitatem*, que constituyen la *legalidad* inexcusable de su existencia; de tal suerte que, no obstante su evidente autenticidad y certeza indudable, en un caso cualquiera, dejan de ser reputados como tales testamentos ó disposiciones testamentarias, si no se acomodan *estrictamente* á los requisitos de forma taxativa ó solemnidad que les son peculiares, según su especie.

Bien mirado, esta noción de *actos solemnes* ó de *solemnidades* que de tales les caractericen, es una nomenclatura de no interrumpido valor usual para los juristas y las leyes y una frase hecha, ó práctica del lenguaje, por decirlo así, hablar siempre de *solemnidades* en los testamentos, y no emplear igual nomenclatura, por lo general, respecto de los contratos ni de otros actos jurídicos, por ejemplo, el matrimonio, que necesita el cumplimiento de formalidades ó de exterioridades en su celebración, que afectan algunas á su validez. El respeto á ese uso y valor convencionales en el lenguaje del Derecho, es lo que hace que haya perdurado en escritores, leyes y tribunales tal dicción; pero, en realidad, es equivalente á la de *elementos formales*, de carácter necesario á la eficacia del acto de que se trata, y no deben confundirse los *requisitos de solemnidad* con los *medios de prueba*, aunque ésta pueda y deba comprender el extremo del cumplimiento de las solemnidades necesarias para el acto, según Derecho (2).

(1) Que se dejan mencionadas en el cap. 5.º.

(2) Sobre esta tesis, nos referimos á lo expuesto en otros lugares de esta obra.— Núm. 29, cap. 19.º, t. II y núms. 2 y 19, cap. 10.º, y especialmente, núm. 15, cap. 15.º, t. IV, 2.ª edic.

4. Ha contribuído poderosamente al mantenimiento de esta tecnología el influjo que el Derecho romano ha ejercido en nuestra patria.

Así como fueron, en cuanto al *fondo*, dos los grandes principios ó sectas que inspiraron la sucesión *mortis causa* en Roma, la *universalidad* de la herencia, más tarde quebrantada, por la introducción del beneficio de inventario—que podía convertir al heredero en un mero liquidador del caudal—y la *incompatibilidad* absoluta entre la sucesión testada y la intestada, así, en cuanto á la *forma*, se consideró requisito indispensable, con la significación de *solemnidad interna* del testamento, la institución de heredero—*solemnitas interna testamenti sine qua illud subsistere nequit*—, y por razón de su origen histórico, ó sea en orden al acto de su otorgamiento, y á través de todas las vicisitudes de su desarrollo, en las diferentes épocas de la legislación romana, se mantuvo la nota de cierto formalismo público, indispensable á su validez, más ó menos conforme con su verdadera naturaleza jurídica, según los tiempos, pero ostentando siempre la condición de acto *solemne* ó rodeado de ciertos precisos requisitos de forma ó *solemnidad*.

Fueron estas *solemnidades* en aquel Derecho, de dos clases: *internas* y *externas*, con esa impropia nomenclatura de *solemnidad interna*, ya que lo *interno* es condición de esencia, que dice relación al fondo, no á la exterioridad, y lo de *solemnidad* es condición de *forma*, ó sea que lo esencial, por serlo, es interno, y en cambio la solemnidad parece necesariamente externa, de donde resulta impropio lo primero y pleonástico lo segundo.

Solemnidad interna única, pero inexcusable, fué la institución de heredero; y cuando no existía ó no subsistía, no convalecía el testamento.

Las solemnidades externas variaron según el proceso histórico que siguieron las diferentes formas de testar entre los romanos, en las fases de la evolución de su Derecho y en sus distintas especies de testamento *in calatis comitiis, per æs et libram é imperial*, ostentando: en el primero, un equivocado carácter de institución de Derecho público, semejante en su formación á la de la ley; en el segundo, transportándole ya á la esfera del Derecho privado, pero en la errónea consideración de *acto inter vivos* ó contrato, y restituyéndole, en el tercero, dentro del orden civil, al sentido especial de disposición *mortis causa*, en el cual ya la solemnidad tiene más pronunciado carácter de prueba que de formalismo. La rigurosa *unidad de contexto* ó de acto, la rogación solemne de los testigos, el número de ellos, sus firmas y sellos, como requisitos los unos de las Constituciones imperiales, los otros del Edicto del Pretor y, aun respecto de este Derecho honorario, la *possessio secundum tabulas* y la ficción de la venta ó la *mancipatio* con el *emptor familiae*, el *libripens* y el *antestado* para la forma del *per æs et libram*, así como la interven-

ción de los *quirites* en la primitiva forma de testamento hecho en los comicios, fueron las solemnidades de los testamentos comunes en Roma, con las excepciones establecidas por defecto ó aumento de las ordinarias para los llamados privilegiados ó especiales, como el *in procinctu*, el hecho en *el campo* en tiempo de epidemia, el *inter filios*, como variedades de los primeros, y el del ciego, de los segundos.

5. Calcadas las leyes de Partida en el Derecho romano acerca de esta materia, como de otras, cambió radicalmente la fisonomía de nuestro Derecho en este punto con la publicación de la ley única, tit. 19, del Ordenamiento de Alcalá, y dejaron de ser aforismos legales la distinción de las solemnidades en *internas* y *externas*, subsistiendo sólo las de la segunda clase y desapareciendo las de la primera, desde el momento en que no fué precisa la institución de heredero para la validez del testamento, perdiendo su antiguo concepto de *caput testamenti* y aquel carácter de solemnidad interna que tenía, que la hacía indispensable y esencial para su subsistencia, lo mismo que la desheredación, cuando procedía, negándose el efecto de nulidad total del testamento al caso de pretensión de un *suus hæres*, borrándose asimismo toda incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada y el estricto carácter de la *universalidad* de la herencia, toda vez que el testador podía distribuir todo ó parte de su caudal por testamento en mandas ó legados destinados á sucesores á título singular, sin que por tales motivos el testamento dejara de serlo y de tener eficacia jurídica y fuera imposible abrir al mismo tiempo que la sucesión testada la intestada, respecto de una misma persona causante de ella, y en cuanto á los bienes de que no hubiera testado ó en el caso de la nulidad de la institución de uno ó varios de los herederos nombrados en el mismo ó de porción vacante por la no aceptación de la herencia y falta de términos hábiles para emplear el medio subsidiario del derecho de acrecer, por no existir otros herederos que hubieran aceptado ni haberse designado sustitutos (1).

6. Reducidas las solemnidades necesarias en el testamento al mero carácter de *externas*, la misma ley del Ordenamiento, primero, y la 3.^a de las de Toro, después, establecieron las siguientes:

A. TESTAMENTOS COMUNES (*de formas generales y excepcionales*).

a. *Testamentos comunes de formas generales*:

1.º Testamento *común abierto*. Las solemnidades en el Derecho anterior al Código civil, que conserva esta especie ó forma de testar, se consignan, como precedente al mismo, al examinar más adelante (2) esta especie de testamento, según aquel cuerpo legal.

2.º Testamento *común cerrado*. Se hace lo propio respecto de esta

(1) LL. 1.^a, tit. 18, y 8.^a, tit. 6.º, lib. X de la Nov. Rec.

(2) Cap. 8.º de este tomo.

especie ó forma de testar, también conservada por el Código civil (1).

b. *Testamentos comunes de formas excepcionales.*

A. TESTAMENTOS COMUNES.—b. *De formas excepcionales.*

1.º *Codicilo.*—Á las leyes de Partida (2) se trasladó la doctrina de los romanos sobre los *codicilos*, considerados como manifestaciones *menos solemnes* de la voluntad del testador ó del que moría sin haber hecho testamento, de donde resultaba la clasificación de *codicilos por testamento* y *abintestato*, así como sus especies eran las de nuncupativos ó abiertos y escritos ó cerrados, siendo las solemnidades de ambas formas la intervención de cinco testigos y la unidad de acto; pero desde que la ley 3.ª de las de Toro (3) ordenó que en los *codicilos* interviniera la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo, quedó de hecho suprimida esta especie ó forma testamentaria como *excepcional*, y desaparecieron en el Derecho anterior al Código, como también en éste, los *codicilos*.

2.º *Memoria testamentaria.*—Por tal se entendió en el Derecho anterior la manifestación de última voluntad autógrafa del testador, ó al menos firmada por él, cuyo otorgamiento se reservó expresamente como facultad en el testamento, por la cual se adiciona, modifica ó deroga cualquiera disposición de éste. Tiene un fondo de semejanza con el testamento ológrafo que ha introducido después el Código, á la vez que ha suprimido las memorias testamentarias, según se ha dicho.

No había predeterminada solemnidad alguna por la ley y si sólo debía reunir aquellas circunstancias que produjeran su identificación y sirvieran á demostrar su autenticidad, la cual se acreditaba generalmente por contener la contraseña, lema ó palabras con que se dijo en el testamento serían encabezadas aquella ó aquellas que el testador se reservaba otorgar en el mismo, y por la adveración judicial ulterior de que había de ser objeto al presentarse al Juez y seguir los trámites necesarios para su protocolización, mediante la declaración de ser tenida por legítima, todo á tenor de las reglas establecidas en los arts. 1.969 á 1.979 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente; los cuales, por cierto, deben considerarse derogados, por cesar el supuesto para su aplicación desde que el Código suprimió las memorias testamentarias, y sólo han de considerarse aplicables respecto de aquellas que fueron otorgadas antes de 1.º de Mayo de 1889, fecha desde la cual está en vigor el Código civil, ya hubiesen fallecido sus otorgantes antes ó después de la misma, conforme á la regla 2.ª de las disposiciones transitorias, concordada con la 12.ª de ellas.

(1) Cap. 9.º de este tomo.

(2) L. 1.ª, tít. 12, Part. VI.

(3) L. 2.ª, tít. 18, lib. X, Nov. Rec.

Luego que la memoria testamentaria se tenía por el Juez en la consideración de legítima y se mandaba protocolar, se estimaba como una *parte integrante del propio testamento*, ya confirmatoria, ya adicional, ya modificativa ó derogatoria de alguna ó algunas de sus disposiciones.

Fuera de esos textos legales del enjuiciamiento, esta forma excepcional de testar no tiene en el Derecho anterior al Código civil otras fuentes que las del Derecho consuetudinario ó práctica jurídica, en verdad muy reiterada, y las declaraciones unánimes de la jurisprudencia (1).

3.º *Testamento mancomunado.*—Se llamaba así, *de conjunto ó de mancomún*, el otorgado por dos personas en un solo acto ó instrumento, comprensivo de la última voluntad de ambos acerca de la disposición de sus bienes para después de su muerte, que toma el sobrenombre de *mutuo*, cuando contenía instituciones recíprocas á favor de cada una de ellas, pero que su título de *mancomunado* se fundaba en su simple otorgamiento en común, aunque no mediara aquella circunstancia.

No se derivaba de ningún precepto legal expreso de nuestro Derecho anterior, ni debía confundirse con la posibilidad legal del *pacto de hermandad* que podían hacer marido y mujer acerca de sus bienes, según una antigua ley (2), transcurrido que fuera un año de su matrimonio sin tener hijos ú otros herederos forzosos.

Fué introducido por la práctica, como una expresión de la armonía y confianza entre los cónyuges, y con el propósito de economizar duplicidad de actos, puesto que en uno solo y con las solemnidades á su clase correspondientes, se lograba establecer la legalidad testamentaria para la sucesión de ambos.

Ofrecía desde este punto de vista aparentes ventajas, no siempre conformes con la realidad, puesto que en algunos casos se prestaba á la falacia y á la captación de un cónyuge ejercida sobre la voluntad del otro, y aun estimulada con otorgamientos é instituciones mutuas, que en el cónyuge menos sincero de propósitos no corría otro riesgo que el de la contingencia de premorir á su consorte, toda vez que es indudable la subsistencia del carácter esencial de la nota de *revocabilidad* en toda disposición testamentaria, sin que estorbara á su aplicación por parte del sobreviviente la circunstancia del conjunto otorgamiento. La observación diaria ha enseñado la frecuencia con que en casos semejantes, el cónyuge que sobrevive, aun habiendo recibido mercedes ó beneficios de la disposición testamentaria del otro, ha revocado las suyas de carácter mutuo ó más ó menos compensatorio en la estimación del premuerto, aunque se hubieran hecho á favor de otras personas, y siempre que, hechas de un cónyuge á otro, la misma premoriencia de uno de ellos las convertía en

(1) Anotada en el núm. 7 de este capítulo.

(2) 9.ª, tít. 6.º, lib. III, F. R.

ineficaces. Nada había que permitiera la *irrevocabilidad* en disposiciones mutuas, que, por serlo, no tomaban, sin embargo, el carácter de prestaciones contractuales, que no podían ser tampoco, por no incurrir en la nota de inmoralidad, ni siquiera condiciones suspensivas ó resolutorias de la recíproca disposición del otro cónyuge cointergante del testamento de mancomún, y que alguna vez podrían prestarse á la apariencia de condición lícita con la interposición de personas ó circunstancias más ó menos diestramente combinadas.

No tenía este testamento solemnidades especiales, sino las del común, abierto ó cerrado, según la forma que adoptaran los cónyuges otorgantes. Ha hecho bien en suprimirlo el Código civil por el art. 669, que más adelante se explica.

4.º *Testamento con cláusula general ó especial ad cautelam, derogatoria de testamentos posteriores.*—En realidad, no era esta una nueva especie de testamento, por razón de sus solemnidades, que eran las que correspondían á los comunes, según su clase de abiertos ó cerrados.

Su característica se refería á su fin y á la fórmula ó medio libremente adoptado por el testador. Su fin consistía en estorbar anticipadamente la acción derogatoria que testamentos ulteriores habían de ejercer sobre uno precedente, cuya integridad se quería conservar fuera del influjo del principio normal de la revocabilidad de los testamentos, materia de leyes, testamentos, contratos, y, en general, de toda fuente productora de regla jurídica, de que lo posterior deroga ó deja sin efecto á lo anterior en fecha.

No está exenta de filosofía y de buen sentido y de utilidad de aplicación, en la realidad de muchos casos, esta desviación de la regla general, pues tales podían ser las circunstancias personales del testador, la necesidad que él estimara tenía de ocultar ó vigilar sus verdaderas determinaciones de última voluntad, ó tal su temor sobre el influjo que en su ánimo pudieran ejercer en tiempos posteriores ó en las angustias de la última enfermedad, personas que le rodearan habitualmente ó cualquier accidente que influyera en su manifestación testamentaria postrera que, deseoso de evitar estas contingencias, y para que no se modificara parcial ó totalmente la voluntad manifestada en el testamento anterior, á su juicio entonces adoptada como definitiva, con la debida deliberación, independencia y firmeza de propósito, empleaba la precaución de una cláusula algo usual, concebida en términos más ó menos parecidos á los siguientes: «Es mi última voluntad la expresada en este testamento, y, como tal, quiero que se cumpla y que no se modifique por cualquier testamento posterior que por mí aparezca otorgado, á no ser que especialmente derogue éste, lo cual no se entenderá mientras no contenga cláusula especial derogatoria del mismo, que empiece con las palabras, *válgame Dios.*» Y como esta contraseña ó lema, ú otro análogo, no era conocido más que del tes-

tador en el testamento cerrado, y del notario y de los testigos en el abierto, que para este caso de cautela es de suponer fueran elegidas personas de toda la confianza del mismo, él quedaba árbitro siempre para revocar ese testamento empleando la fórmula establecida, ó podía impunemente otorgar cualquiera posterior, en la seguridad de que no era eficaz, y pudiendo sustraerse á influjos de coacción que violentaran su voluntad en momentos críticos y cuya resistencia podría ser causa contraria á su tranquilidad ó susceptible de otros temores por él previstos.

Se decía que esta cláusula derogatoria podía ser *general ó especial* para la revocación de testamentos posteriores, según los términos más ó menos generales ó singulares en que se hallase concebida, y su alcance á testamento determinado ó á todos en común de los que por él pudieran ser otorgados en el porvenir; y *ad cautelam*, cuya denominación lo mismo puede ser aplicable á las especiales derogatorias de testamentos posteriores, si bien en la práctica recibían este nombre más singularmente aquellas que exigían ciertas contraseñas especiales consignadas en el testamento posterior, para que no le alcanzara la derogación prevenida en el anterior.

La utilidad de esta forma de testar, en la práctica, es indudable, en muchos casos que la experiencia diaria ofrece, y fuera del temor de que el testador pudiera olvidar la contraseña ó lema que aquella contuviera, que es una simple contingencia á estimar ó prevenir y adoptar por él á su libre voluntad, nada hay en ello que se oponga á la soberanía civil de la voluntad del testador, sino antes al contrario, ni que pugne con la nota esencial de revocabilidad de los testamentos, puesto que siempre quedaba á su arbitrio hacerlo, empleando la fórmula establecida en el anterior.

Las leyes de Partida (1), admitieron el supuesto, aunque sin reglamentación expresa de estas cláusulas, con eficacia legal para derogar, mediante ellas, los testamentos posteriores por el anterior que las contenía, y el uso frecuente en la práctica y la jurisprudencia (2) las dió extraordinaria importancia.

Por ello no encontramos plausible el criterio de su supresión por el art. 737 del Código civil, que más adelante se explica.

5.º *Testamento por comisario.*—Era el otorgado por una persona (*comisario*) á nombre de otra (*comitente*), en virtud de poder que al efecto ésta le confería. Es una aplicación de la idea genérica del *mandato* al ejercicio de la facultad de testar. El criterio en que podía fun-

(1) 22, tít. 1.º, Part. VI.

(2) Entre otras sentencias, de 26 de Marzo de 1861, 18 de Junio de 1866, 7 de Enero de 1863, 29 de Noviembre de 1876, 13 de Junio y 30 de Octubre de 1877, 12 de Julio de 1879, 4 de Julio de 1881, 30 de Octubre de 1888, etc.