

del mismo Código para el territorio de Aragón», antes citado (1), bajo las especies y denominaciones y en los términos que en dicha exposición preliminar se mencionan y del texto de su articulado resulta, á

cia ó Provincial de Zaragoza, la constitución del Juzgado y las citaciones se harán con relación á la puerta de la Iglesia ú Oratorio del establecimiento.

»Si el testamento resulta otorgado fuera de la cabeza de partido, el Juzgado de primera instancia dará comisión por carta-orden al municipal del distrito á que pertenezca la Parroquia, á fin de que, como delegado, lleve á cabo la *adveración* con asistencia de Escribano, previas las citaciones oportunas. Á la carta-orden se unirá el escrito de testamento, si se hubiere producido al iniciar el expediente.

»3.<sup>a</sup> Practicadas las citaciones en los respectivos casos, el Juzgado de primera instancia ó el municipal delegado se constituirán con el Escribano en el día y la hora fijados en la puerta de la Parroquia ó Iglesia, y presentes que sean las demás personas convocadas, comenzará la diligencia con la lectura, que dará dicho Escribano, del escrito comprensivo de la voluntad del testador, bien que obre ya en los autos, bien que lo entregue el que lo hubiere conservado en su poder.

»Á continuación, abierto el libro de los Evangelios, el Presbítero ó Capellán autorizante y los testigos instrumentales prestarán juramento con arreglo á su clase, y serán interrogados acerca de si efectivamente lo que se les ha leído han oído y constituye la verdadera disposición del otorgante. Los que hubieren estampado su firma en el documento objeto de la *adveración*, manifestarán si la reconocen por legítima y de su puño y letra y si vieron al referido otorgante poner la suya, caso de que conste. Consignadas las respuestas de los interrogados se dará por terminado el acto, suscribiéndolo todos los concurrentes con el susodicho Escribano.

»El Juzgado municipal delegado que haya intervenido en la *adveración* devolverá cumplimentada al de primera instancia la carta-orden, para que verifique la declaración que estime pertinente.

»4.<sup>a</sup> El Juzgado de primera instancia, con vista de la *adveración* verificada con su intervención directa ó de lo que aparezca en la verificada en el municipal delegado, siempre que las manifestaciones del Presbítero ó Capellán y de los testigos sean lo suficientemente categóricas, hará en los respectivos casos la declaración de que el escrito ó documento *adverado* se tenga y considere voluntad del finado sin perjuicio de tercero; mandando protocolar los expedientes con inserción del mencionado escrito ó documento, en una de las Notarias del partido.

»Art. 258. El testamento *común cerrado* se otorgará compareciendo el testador ante el Notario que haya de autorizarlo, y entregándole á presencia de dos testigos idóneos que sepan escribir, la disposición de sus bienes colocada dentro de una cubierta ó sobre lacrado y sellado, ó que lacrará y sellará en el acto, en términos que sin romperlo no pueda ser extraída de él dicha disposición.

»Manifestará el otorgante que en la cubierta ó sobre de referencia se contiene su testamento, y expresará si se halla escrito y firmado de su puño y letra, ó escrito por mano ajena y firmado al final y en todas sus hojas por él, ó á su ruego por otra persona á causa de no saber ó no poder hacerlo.

»En lo demás se cumplirán las formalidades que el Código general establece para los testamentos de la misma clase.

»Art. 259. En materia de testamentos *especiales* regirán en este antiguo Reino las disposiciones del Código general con las prevenciones siguientes:

»1.<sup>a</sup> Valdrá el de *mancomún* ó *mancomunado* que los cónyuges aragoneses otorguen en cualquiera otra provincia de la Península ó de las islas adyacentes, ó á bordo

(1) Núm. 4 y nota correspondiente de este capítulo.

saber: *la hermandad llana, los heredamientos universales y las dotes, donaciones ó mandas, en equivalencia de legítimas*. De la primera, se trata en este capítulo y de las otras dos variedades de la *sucesión contractual*, aunque también se mencionan aquí, se incluyen en los dos posteriores inmediatos (1), por lo que tienen de *institución de heredero* ó de *legítimas*, respectivamente.

»1.<sup>o</sup> La *hermandad llana*, de uso frecuente en Aragón, puede pactarse sobre los bienes aportados en matrimonio, sobre los que después de celebrado se adquieran, sobre aquéllos y éstos, sobre los muebles ó solamente sobre los raíces; en suma, sobre todos los habidos y por haber. Puede pactarse, asimismo, bajo condición, desde y hasta cierto día, y la aportación de los bienes raíces á la sociedad conyugal en concepto de muebles, implica el establecimiento en cuanto á ellos de la propia Hermandad llana.

»El pacto de *agermanamiento* ó de *casamiento al más viviente*, equivale á instituirse recíprocamente los esposos herederos universales, si no les resulta descendencia legítima; el nacimiento de un hijo hace que

de uno de nuestros buques, ó fuera del territorio nacional ó durante su navegación en un barco extranjero, atemperándose siempre á las solemnidades exigidas por las leyes vigentes en el punto ó en el país del otorgamiento ó á que pertenezca el barco.

»Los Notarios, los Oficiales, Capellanes, Facultativos y Subalternos del Ejército, los Contadores de naves de guerra, los Capitanes de las mercantes, los Agentes diplomáticos ó consulares y cuantos funcionarios con ocasión de sus cargos ó por sustitución deban intervenir en el otorgamiento de testamentos, admitirán en los respectivos casos el de los cónyuges aragoneses á que se contrae esta prevención, y cumplirán las obligaciones que el propio Código les impone acerca de las últimas voluntades en general.

»2.<sup>a</sup> También valdrá el testamento ológrafo que en país extranjero, aunque sus leyes no consientan tal forma de testar, hagan los aragoneses mayores de edad, ó que tengan la consideración de serlo conforme al art. 252 en relación con el 224 de este Apéndice.

»Art. 260. Puede en Aragón un cónyuge encomendar al otro, sólo ó asistido de parientes, ó únicamente á parientes y aun á personas extrañas, que ordenen y regulen á modo de *fiduciarios-comisarios* su sucesión universal, elijan el heredero ó los herederos y distribuyan los bienes, ora libremente y sin más limitaciones que las que la ley impone como necesarias en razón de la existencia de descendientes con derecho á legítimas, ora bajo determinadas condiciones de extensión y tiempo.

»Igualmente pueden en general los aragoneses encomendar á otra ú otras personas, con tal que sean éstas mayores de veinte años, la ordenación y regulación de sus sucesiones con las cláusulas que estimen convenientes y no resulten imposibles ó contrarias al Derecho natural.

»Los encargos objeto de este artículo y el cumplimiento ó desempeño de ellos habrán de constar en testamento ú otro acto público.

»Art. 284. Las incapacidades para suceder, tanto en la herencia testada como en la legítima, serán en Aragón las fijadas por el Código general.»

Ilustra considerablemente este articulado la *Exposición de motivos* que le precede, págs. LVII á LXI, cuya lectura merece recomendarse por ser un excelente trabajo de la Comisión de los distinguidos juristas aragoneses, constituida en Zaragoza, que ha redactado este proyecto.

(1) 30.<sup>o</sup> y 32.<sup>o</sup>

quede ineficaz dicho pacto, sin perjuicio de que su vigor renazca si la prole les premuere.

El *agermanado* superstite podrá consumir libremente todos los bienes y disponer de ellos según le plazca en última voluntad; pero á su fallecimiento, aquellos que no haya consumido ó de que no haya dispuesto, se dividirán por mitad entre las personas que á la sazón tengan la calidad de parientes más próximos de los respectivos consortes» (1).

Otras variedades ó formas de la sucesión contractual en Aragón son á las que se refiere la Comisión redactora del expresado preámbulo del Apéndice, en los siguientes párrafos:

«Los *heredamientos universales y las dotes, donaciones ó mandas* en equivalencia de las legítimas, deferidos ó asignadas en la capitulación, y el procedimiento para proveer á la regulación de los unos y las otras, cuando no lo han hecho por sí los padres ó el sobreviviente, todo ello, precedido de algunas disposiciones generales, forma la materia de una de las Secciones más interesantes del capítulo de la sociedad conyugal *paccionada*, y es á modo de demostración gráfica de la maravillosa fecundidad de la costumbre jurídica, desarrollada, al amparo de un texto legal, por una raza que tiene, como pocas, el don de conservación, sin caer en los peligros de la amortización ni de las primogenituras y masculinidades.

»Efectivamente, en la mitad de Aragón, á saber, en toda la provincia de Huesca y en los partidos judiciales á ella confinantes, de la de Zaragoza, lo normal, lo corriente, lo que á diario se practica desde hace más

(1) *Observ. XIX, De iure dotium* y práctica antigua aseverada por Molino, bajo el epígrafe *Vir et uxor*.

Proyecto de Apéndice al Código civil para Aragón, sección 6.<sup>a</sup>, cap. 3.<sup>o</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. I, Exp. de mot. pág. XIV.—*De la Hermandad llana y del agermanamiento*. Los arts. 93 á 95 definen el pacto de capitulaciones matrimoniales con este nombre de Hermandad llana, sus formas expresa ó tácita y sus efectos, que pertenecen al Tratado del *Derecho de familia*, así como el art. 96 se refiere á declararla compatible con la viudedad legal; pero es de todo punto pertinente á este lugar el siguiente:

«Art. 97. Por el pacto de *agermanamiento*, denominado también *casamiento al más viviente*, los cónyuges que no tienen descendencia legítima se entienden instituidos recíprocamente herederos universales. El consorte superstite se hace, por tanto, dueño absoluto de los bienes del premuerto, que fueran de la libre disposición del mismo.

Cuando los cónyuges se refieran genéricamente en su capitulación al pacto de *casamiento al más viviente*, sin imponerse condiciones determinadas, se sobreentenderán las siguientes:

1.<sup>a</sup> Quedará ineficaz el *agermanamiento*, si después de establecido resultan descendientes legítimos del matrimonio. Sin embargo, si los descendientes premuereen á los cónyuges que se agermanaron, se restablecen íntegramente la fuerza y el vigor del pacto.

2.<sup>a</sup> El *agermanado* superstite podrá consumir libremente todos los bienes y disponer de ellos por actos de última voluntad, según le plazca; pero los que resulten á su fallecimiento sin haber sido objeto de disposición se dividirán por igual, una mitad para los que tengan á la sazón la calidad de parientes más próximos del marido y otra para los que la tengan con relación á la mujer.

de cinco siglos, es la regulación *contractual* de las sucesiones; á tal punto, que puede, sin exageración, asegurarse que las capitulaciones matrimoniales otorgadas en ese sentido, se hallan con los testamentos, aun dada la facultad de que los reciban los curas párrocos, en la proporción de ciento por cinco.

»Y sin que quepa deducir de ahí, que en el resto de este antiguo Reino es desconocido ese modo singularísimo de funcionamiento económico del matrimonio, pues que, de más á menos, en todas las comarcas, incluso las centrales, se dan casos semejantes, si bien no afectan el carácter de generalidad que en la arriba indicada.

»Es que, *establecido* como privilegio á favor de los Barones, Mesnaderos, Militares é Infanzones por el *Fuero*, dado en la villa de Alagón á 1307 por Jaime II, con el epígrafe «*De testamentis nobilium, etc.*», que pudieren nombrar heredero á aquel de sus hijos que quisieren, dando á los otros lo que les pluguiese, y *convertido* á los cuatro años ese privilegio en Derecho general (*Fuero* dado en Daroca en 1311 por el propio Jaime II, con el título «*De testamentis civium, etc.*»), no pareció todavía bastante, y en 1398 publicó en las Cortes de Zaragoza Martín I otro *Fuero* — el cuarto, «*De donationibus*», lib. VIII de la colección vigente—, que merece ser considerado como el generador de la institución objeto del presente análisis.

»Declara anulables por vía de querrela el mencionado *Fuero* las donaciones de bienes en general ó *habidos y por haber*, constituídas á extraños por los padres que, teniendo á la sazón hijos legítimos, no dejan á éstos alguna cosa: decláralas también *irritables* por virtud del nacimiento posterior de descendencia, de la cual no se haya hecho expresión al constituir las; y añade (literal): «*Attamen, si voluerit de bonis suis facere donationem alicui aut aliquibus ex filiis suis legitimis et naturalibus, quod id facere possit prout eum aut eos hereditare poterat in testamento, dum tamen aliis filiis remanentibus aliquid det vel assignet in bonis suis, Foro qui incipit Parentes, titulo De donationibus in aliquo non obstante.*»

«He aquí la raíz y el fundamento de la regulación contractual de las sucesiones. La aparición del *Fuero* de referencia consentía ejecutar en estipulaciones convenidas con ocasión de matrimonio lo mismo que consentían ejecutar por acto de última voluntad los «*De testamentis nobilium*» y «*De testamentis civium*», etc., á saber, la elección por los padres de un heredero entre sus hijos, con tal que den ó asignen á los demás alguna cosa; produciéndose el abandono paulatino hasta relegarlo al número de los que no están en uso, de aquel otro que cifa con su palabra su inicial *Parentes*—pertenecía al libro cuarto de la primitiva Compilación de las Cortes de Huesca de 1247 bajo Jaime I—y que no facultaba á los padres para señalar á cualquiera de los hijos, con perjuicio de la

porción correspondiente á los otros, más que un sólo don en muebles ó en sitios, y aun eso con ciertas limitaciones, acomodadas á la calidad plebeya ó noble (ingenua) de las familias.

»De la grandísima difusión y del inmenso arraigo que, en manifestaciones de Derecho consuetudinario, han alcanzado las aplicaciones del repetido Fuero de 1398, sugieren idea aproximada las muchas decisiones del Tribunal territorial, la copiosa jurisprudencia del Supremo de Justicia, las reiteradas resoluciones de la Dirección de los Registros Civil, de la Propiedad y del Notariado, el precioso Resumen redactado por ella con fecha 3 de Enero de 1890, en cumplimiento del Real decreto de 31 de Agosto de 1886, acerca de las Memorias y los Estados formados por los registradores, en la parte del cuaderno cuarto, páginas 161 y 162, y el sinnúmero de documentos que los individuos de la Comisión, por razones profesionales, han debido examinar.

»El pormenor del articulado de la sección se ha calcado, respetando, naturalmente, la libertad de los contratantes, en lo que más aspectos de generalidad ostenta, habiéndose redactado con la necesaria elasticidad para que resulte sancionado todo lo que no sea imposible ú opuesto al Derecho natural ó á los fines esenciales del matrimonio» (1).

#### B. Cataluña.

6. PRELIMINAR.—Ningún testimonio, más autorizado, científica ni oficialmente, que el del insigne jurisconsulto catalán Sr. Durán y Bas, para anticipar un juicio de líneas generales sobre el contenido y tendencias de la legislación catalana en materia de *sucesiones mortis causa*, que el que presta con ocasión solemne (2) y del cual extractamos lo siguiente:

«En el estado actual del Derecho positivo propio de Cataluña, el de sucesión tiene, en primer término, las formas y variedades que le dejó la legislación justiniana; la herencia, el fideicomiso, el legado, la donación *mortis causa* y la *mortis causa capio*, no todas del mismo carácter, ni mucho menos de la misma importancia, ni aun de igual frecuencia en su uso, pues las dos últimas aparecen escasas veces; sucesión á título singular es la de los fideicomisos de este nombre, de los legados, de las donaciones por causa de muerte y de las *mortis causa capiones*; y sólo es universal la de la herencia común ó fideicomisaria. En segundo término, pueden considerarse como forma del Derecho de sucesión universal los *heredamientos*, en los casos que presentan este carácter.

»Pero dejando esta última aparte, por lo que tiene de especial su origen, y fijándose en la sucesión hereditaria, conviene precisar qué es lo

(1) Proyecto de APÉNDICE al Código civil para Aragón, pár. 2.º, sección 6.ª, cap. 3.º, tít. 2.º, lib. I. Exp. de mot., págs. xxiv á xxvi.

(2) Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña, págs. 165 á 170. Barcelona, 1883.

que hay de común y qué de especial en la legislación catalana, comparada particularmente con la de Castilla, pues ni todo es, ni puede ser distinto, ni lo que de ésta la separa presenta por igual en todos los puntos la imposibilidad de uniformarse.

»Por el contrario aun en su estado actual hay un rico patrimonio de principios comunes, que son como de Derecho universal; para lo venidero caben algunas alteraciones, que sean, para aquella de las dos legislaciones que las admita, mejora verdadera; sin que, respecto á las instituciones que Cataluña deba conservar exclusivamente para sí, pueda negarse su valor social y jurídico.

»Los principios que en ella rigen sobre lo que constituye los primeros elementos generales del sistema de sucesiones, son fundamentalmente los comunes á todas las legislaciones civiles; encuéntrase su origen ó en las leyes propiamente especiales ó en el Derecho canónico y el romano, con modificaciones introducidas por la legislación moderna. Consérvanse las donaciones *mortis causa*, suprimidas sin bastante motivo en algunas legislaciones contemporáneas; subsisten las *mortis causa capiones*, con los mismos caracteres y condiciones que por Derecho romano; si están abolidos los fideicomisos perpetuos, existen en vigor los temporales, universales ó particulares, y son todavía la base y centro de las instituciones del Derecho sucesorio, la herencia y los legados. Fundamentalmente romano el sistema general de la sucesión por causa de muerte, en Cataluña no ha recibido aún la influencia profundamente innovadora de algunas legislaciones modernas, como tampoco lo han recibido Castilla, Aragón, Navarra, Vizcaya, etc.; pero aun en lo que tiene de romano ese sistema sigue en observancia, eliminando de él lo que provenía de su elemento histórico; y si bien aún conserva algunos de los principios que le eran peculiares, aparece informado, merced á la influencia del Derecho canónico, por un espíritu más acomodado á las ideas de las naciones modernas.

»Esto indica que muchos de los principios relativos al Derecho sucesorio no son en Cataluña distintos de los de Castilla y de las demás provincias que tienen legislación especial; y que, en su mayor parte pueden elevarse á regla ó precepto de Derecho común.

»La naturaleza de la sucesión por causa de muerte, universal por herencia, ó particular por legado con los caracteres especiales que la distinguen y singularmente los dos más capitales, el de ser, como conjunto de derechos patrimoniales, una universalidad jurídica, y como concepto de la transmisión, una continuación del difunto en su personalidad jurídica con relación á aquellos derechos: el doble título para la sucesión hereditaria, la voluntad expresa por el testamento, ó la presunta suplida en su manifestación por la ley; la capacidad para testar y la de los testigos para intervenir como solemnidad del testamento; la testamentifacción pasiva

y sus cualidades; las formas del testamento y del codicilo; los supuestos para la delación de la herencia, y las condiciones esenciales al par que las formas para su adquisición y los beneficios preliminares que para ella concede la ley y sus respectivos efectos; los derechos del heredero, una vez adquirida la herencia, los de acrecer, las colaciones y las particiones y los de la Cuarta Falcidia; la diversa condición de la herencia yacente y de la vacante, así como la extensión de los derechos del comprador de la vendida; las especies de legados y sus respectivos efectos; el orden general de suceder á falta de testamento válido, y las condiciones para la sucesión legítima; es lo que, eliminado cuanto era mera tradición del primitivo Derecho romano, en una gran parte transformada en tiempo de Justiniano y que carecía de valor jurídico universal, subsiste en Cataluña con algunas modificaciones; pero todo esto, salvo lo que es especialidad del Derecho común y puede quedar como excepción del Código, puede serlo en la española como ley general, puesto que, donde no está introducido ya como Derecho antiguo, como Derecho escrito, lo está á manera de axiomas de Derecho en materia sucesoria.....

»En otros puntos, la materia de sucesiones aparece más discordante entre Castilla y otras provincias, y, por tanto, entre Castilla y Cataluña; así acontece respecto á las formalidades de los testamentos, al llamamiento sucesivo á las herencias, á la porción de libre disposición de los testadores, al destino legal de los bienes de abuelo, y al llamamiento á la sucesión, en defecto de la voluntad expresa del difunto. De todos modos, es indudable que en el organismo general del Derecho sucesorio, y salvas estas diferencias—que, á juicio del Sr. Durán y Bas, «no pueden desaparecer»—donde no hay identidad existen afinidades tan grandes que, si sobre ello rigiese una misma ley, no se alterarían de una manera que afectase la conciencia jurídica común las ideas sobre la transmisión de bienes por herencia, pues es romano el espíritu que informa el derecho sucesorio en sus contornos generales, allí donde el Derecho romano no es ley en observancia, como en Cataluña. Así que, respecto á este país, podría admitirse que, en vez de la prohibición que tienen los hijos de familia de hacer testamento no tratándose de sus bienes castrenses ó cuasi castrenses con arreglo al Derecho romano, pudiesen hacer los legados á la pubertad, como lo autoriza la ley de Toro; y que los condenados á muerte pudiesen también testar como en Castilla. En cambio, en Castilla debiera admitirse la prohibición relativa que para ser heredero existe en Cataluña respecto á la persona con quien el testador contrajo matrimonio incestuoso, y aquella con la cual el propio testador cometió adulterio y sus hijos.....

»Rige en Cataluña la célebre ley *Hac edictali*, en favor de los hijos del primer matrimonio, y bien podía admitirse en Castilla, no en odio á las segundas nupcias, sino para evitar el extravío que en los sentimien-

tos paternos producen con frecuencia las caricias del segundo consorte. Contrarios son muchos escritores de Castilla á la conservación del testamento por comisario; pero pudiera generalizarse el Derecho consuetudinario de Cataluña, por el cual se permite al padre ó madre que autorice á su consorte á disponer de los bienes del difunto entre sus hijos. En materia de reservas, incompleta, como es, la legislación de Castilla, podrían pedirse sus reglas al Derecho romano, y cabría desenvolver esta institución en conformidad á sus principios. Y en punto á las causas de desheredación, la sabiduría de las leyes romanas ha establecido los verdaderos principios, de suerte que éstos podrían ser comunes, y la única enmienda que debiera introducirse en aquéllas sería la de eliminar las que han caído en desuso ó repugnan por opuestas á las ideas de nuestros tiempos, como ciertas profesiones del hijo ó su pretendida participación en delitos imaginarios.

»Lo que debe de conservar Cataluña como instituciones propias en materia sucesoria, es lo que se expresa en los capítulos siguientes, en cuanto no se introduzca como de Derecho común.» Los epígrafes de dichos capítulos, son éstos: «De los testamentos y codicilos en su forma» (1). «De los testamentos y codicilos en su contenido (institución de heredero, preterición, desheredación y sustituciones)» (2); «De la legítima» (3). «De los fideicomisos» (4) y «De la sucesión intestada» (5).

Hasta aquí el testimonio, pensamiento y obra de aquel sabio maestro del Derecho, Sr. Durán y Bas, que destina numerosas páginas en folio á la justificación de sus ilustrados juicios y naturales inclinaciones de jurista catalán.

Anticipado, como lo está, nuestro juicio en este punto de la *Codificación civil española* y de su capital problema, concerniente á su *unidad y uniformidad ó variedad legislativas*, ó sea á las *relaciones de la legislación de Castilla con las tituladas FORALES* y la mayor ó menor *integración* de éstas en aquélla ó siquiera su *coordinación y armonía*, ó al menos su *depuración y simplificación* y manera de *sistematizarlas*—hasta cierto punto, según el criterio que prevalezca en el molde, bien esencial, bien meramente formal de un sólo *Cuerpo del Derecho civil español*—no podemos menos de lamentar que no correspondan las atinadas observaciones y razonables propósitos, formulados por dicho ilustre jurisconsulto en las líneas antes transcritas, que hacen, sobre todo en el principio de su lec-

(1) Parte 6.<sup>a</sup>, cap. 2.<sup>o</sup>, págs. 171 á 187, Memoria cit.

(2) Idem id., cap. 3.<sup>o</sup>, ídem 187 á 197, ídem id.

(3) Idem id., cap. 4.<sup>o</sup>, ídem 197 á 247, ídem id.

(4) Idem id., cap. 5.<sup>o</sup>, ídem 247 á 269, ídem id.

(5) Idem id., cap. 6.<sup>o</sup>, ídem 269 á 279, ídem id.

tura, concebir la grata esperanza de mayores aproximaciones y facilidades para la *unidad* en materia de sucesión *mortis causa*, con la estimación práctica que ofrecen y revela la extensión que en la referida Memoria se las consagra, en términos que casi se reproduce por completo un «Derecho de sucesión *mortis causa*», distinto y diferencial para Cataluña, incluyendo en él materias, por ejemplo, la capacidad para testar, la de especies y solemnidad de los testamentos, la misma institución de heredero, fuera de las modalidades de los *heredamientos* y de los *herederos de confianza*, los legados y otras, que bien pudieron fundirse respecto de esas materias en un Derecho *común*, como el de Castilla, con ligeras variantes de adaptación entre ambos en vez de ahondar doctrinalmente primero y en el proyecto de articulado, después, acerca de las mismas, dejando más concretada la diferenciación á otras, á las que fueran de peculiar carácter catalán.

7. CAPACIDAD PARA TESTAR.—A los catorce años el varón y doce la hembra, ó sea desde que entraron en la pubertad, pueden hacer testamento, á no ser que se hallen comprendidos en algún caso de incapacidad legal (1).

Derivándose principalmente del Derecho Romano y del Canónico las facultades de la testamentifacción activa en Cataluña, subsisten en aquellas leyes diferentes causas de incapacidad, que hoy han de considerarse derogadas en virtud de las Constituciones políticas desde la de 1812, del Código penal, de la ley de matrimonio civil, y de la de excomunión, que rigen en todas las provincias de España.

Así, no puede negarse hoy capacidad para testar, al condenado á muerte, ni á los que sufren la pena de interdicción civil, al hereje, al apóstata, al religioso profeso, al reo de lesa majestad y traición, ni al que ha cumplido veinticinco años, que ha dejado de ser hijo de familia y obtenido la emancipación legal, que concedía la indicada ley de matrimonio civil.

Por el contrario, no podrán hacer testamento, además de los que no estén en pleno uso de su razón, el declarado pródigo (2), los sordomudos, si no saben escribir (3), y el hijo de familia, excepto del peculio castrense y cuasicastrense (4). En cuanto á los que sufran enajenación mental, podrán testar en un intervalo lúcido, debiendo en este caso designar el notario dos médicos que previamente reconozcan al testador y certifiquen que tiene capacidad, dando fe de su dictamen y suscribiendo tam-

(1) L. 1.<sup>a</sup>, Dig.

(2) L. 18.<sup>a</sup>, Dig.

(3) L. 7.<sup>a</sup>, Dig.

(4) L. 16.<sup>a</sup>, Dig.; ib. l. *pen. et fin.*, Cod.; ib. l. 3.<sup>a</sup>, § 1.<sup>o</sup>; ib. l. 43.<sup>a</sup>, Dig., *De test. mis. inst.*, § 1.<sup>o</sup>, *Quib non est per.*

bién el testamento (1); por cuanto en este punto debe considerarse como supletorio de la legislación foral, el Código civil, con cuyos preceptos ha declarado el Tribunal Supremo (2) se halla sustancialmente conforme la legislación romana, que venía rigiendo en Cataluña acerca de la materia, y de cuya sentencia parece deducirse que las cuestiones sobre testamentos otorgados en un intervalo lúcido por el loco, deben resolverse con arreglo al Código civil, como Derecho supletorio, en ese punto, de la legalidad catalana.

8. ESPECIES Y SOLEMNIDADES DE LOS TESTAMENTOS (3).—Además de los especiales ó privilegiados de que se habla á continuación, dos clases de testamentos *comunes* pueden hacerse, conforme á la legislación foral catalana, el común *nuncupativo* ó *abierto* y el común *escrito* ó *cerrado*.

9. TESTAMENTOS COMUNES.

a). El testamento común *abierto* ó *nuncupativo* ha de otorgarse *en un solo acto* ante notario y dos testigos *rogados*, reduciéndose á escritura pública, no siendo admisible, por consiguiente, el testamento de palabra y sin notario. Es indispensable la *rogación solemne* de los testigos, y la *unidad de contexto*, consignándose en el mismo acto lo manifestado por el testador en escritura pública, que firmarán todos los concurrentes (4).

El testamento nuncupativo en el distrito, territorio ó feligresía donde no haya notario (5), puede otorgarse ante el párroco ó presbítero que legítimamente le sustituya y dos testigos, extendiéndolo en el papel sellado correspondiente (6).

(1) Art. 665 del Cód. civ., como Derecho supletorio, aunque de último grado, porque en los de preferente aplicación no hay disposición semejante.

(2) Sent. 7 de Junio de 1893.

(3) Durán y Bas opina que deben conservarse en Cataluña los principios del Derecho romano sobre las solemnidades externas ó internas de los testamentos, comunes ó privilegiados; las internas, ó sean la institución de heredero y la desheredación, y las externas en cuanto se refieren al modo de expresar la última voluntad.—Memoria cit., pág. 172.

(4) Const. de Cat., cap. 26.<sup>o</sup>, tít. 13, lib. I, vol. 2.<sup>o</sup>, LL. 9.<sup>a</sup>, 12.<sup>a</sup>, 21.<sup>a</sup> y 28.<sup>a</sup>, Cód. *De testamentis*, y sents. 25 Octubre 1865, 28 Diciembre 1868, 28 Diciembre 1872.

(5) «El Cura párroco no puede como Notario funcionar sino dentro del límite de su feligresía.»—Durán y Bas, Mem. cit., pág. 173.

(6) Publicada la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, se puso en duda, si por el art. 1.<sup>o</sup> de la misma, al disponer que sea el notario el funcionario público autorizado para dar fe, conforme á las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, y que habrá en todo el reino una sola clase de estos funcionarios, se debería tener por derogada la facultad que á los párrocos otorgaba el Derecho catalán de autorizar en ciertos casos los testamentos; pero el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de Octubre de 1867, confirmada por otras, como la de 28 de Septiembre de 1878, declaró que «por las leyes especiales que rigen en Cataluña se hallan facultados los curas párrocos, y en ausencia ó enfermedad de éstos, sus tenientes vicarios, para autorizar testamento con las solemnidades que las mismas determinan únicamente cuando en los respectivos distritos ó feligresías no hubiese escribano real ó numerario».